

lecciones Y ENSAYOS

31

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

Resulta la publicación de la REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin resolver 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 adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin perder la brillante y floreciente existencia de la Revista del Centro de Estudios, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a simular, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un momento estéril y vacío solamente, marcado sólo por sus propias preocupaciones.

Estas razones nos llevaron a crear **LECCIONES Y ENAYOS**, 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 entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y aborreciendo el temerario esfuerzo de cubrir gastos.

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

Ignacio Winkler
(LECCIONES Y ENAYOS, N.º 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Risolia

VICEDECANO

Dr. Ismael Basaldúa (h.)

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linares Quintana, Dr. Miguel Marínhoff, Dr. Manuel M. Díez, Dr. Alberto G. Padilla, Dr. Aquiles Horacio Gaughianone, Dr. Federico Videla Escalada, Dr. Ernesto C. Hermida.

Consejeros suplentes: Dr. José D. Ray, Dr. Hugo Caminos, Dr. Jorge Tristano Bosch, Dr. Francisco P. Laplaza, Dr. Mauricio A. Ortolenghi, Dr. Omar Lima Quintana y Dr. Juan Carlos Loqui.

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Enrique Bacigalupo, Dr. Marcelo A. Losada, Dr. Horacio R. Vega, Dr. Antonio Domingo Varela.

Consejeros suplentes: Dr. Andrés A. López Accoto, Dra. Judith Ana Candelini, Dr. Felipe S. Pérez Dellepiane.

Estudiantes

Consejeros titulares: Roberto Durrieu (h.), Juan A. Coraño, Marcelo E. Torres, Jorge A. Korn.

Consejeros suplentes: Néstor A. Ponzerrada, Helios A. Guerrero, Norberto M. Palacios Bacqué, Eduardo Darío Gómez.

LECCIONES Y ENSAYOS

1966

Nº 31

INDICE

ESTUDIOS

- MARGARITA ARGUAS: La regla "locus regit actum" 7
- JOSE CANASI: Algunas cuestiones sobre recurso jerárquico 45
- JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI: La obligación natural: una idea difícil que responde a un fundamento lógico y brinda una visión general del sistema del Derecho 69

ENSAYOS

- MARTHA FEIGIN DE BENDERSKY: La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales 93
- JORGE LUIS CAMPOBASSI: El elemento ideológico de la monarquía helénica 117
- CARLOS A. FRANZETTI: Los hechos reveladores de la cesación de pagos en nuestro derecho y los "acts of bankruptcy" en el derecho anglosajón 125

TEXTOS

- JULIO DASSEN: Escribana de constitución de una capellanía y su redacción 135

UNIVERSITARIAS

- Curso de especialización en Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires 145

LIBROS Y REVISTAS

- Notas de Beatriz Alicia Arceán, María Amelia Oliveira de Brinax, Pedro Percyá Cernadas, Norberto C. Sarubinsky Grafía. 151

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
Doctor Ignacio Winkler

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Directora: Beatriz Alicia Areán

Subdirectora: Elena M. Campanella

Secretario de Redacción

Jorge Manuel Roimiser

Secretarias Adjuntas: Lilia Germaine Bregliano y Elisa Díaz de Vivar.

Redactores: Felisa R. de Giralt, Emilio Oswald, Manuel T. I. Río, Carlos
A. Franzoni, Tulio Eduardo Orta, Sergio R. Alvarado.

Secretario Coordinador: Mario R. De Marco Nadeu.

ESTUDIOS

LA REGLA "LOCUS REGIT ACTUM"

POR LA DRA. MARGARITA ARGÜAS

Prof. Adjunta a c/cia. de Derecho Internacional Privado.

(Segunda parte de su tesis doctoral, cuya publicación fue iniciada en el Número 29 de "Lecciones y Ensayos")

VI. El fundamento de la regla "Locus regit actum"

Dice Pillet, que "la validez de un acto jurídico es la condición indispensable para el establecimiento de toda comunidad jurídica fundada en la aplicación armónica de las diversas leyes positivas. Basta que un acto sea internacionalmente válido para que produzca sus efectos en todo lugar; hay ecuación exacta entre esas dos proposiciones, y fuera de tal ecuación, no puede existir ningún derecho internacional privado".¹ Siendo el fin de la regla *locus regit actum* asegurar la validez de la forma de los actos en el orden internacional, la sola exposición de aquel enunciado de Pillet, cuya exactitud casi matemática evita el comentario, revela de manera incuestionable el valor de nuestra máxima, en el campo de aquella disciplina. La clave de su rápida aceptación, mediante la cual ha contribuido en el correr de los años a disminuir los rozamientos inevitables entre regímenes legislativos demasiado rígidos y cerrados a cualquier acercamiento por ciego respeto de las soberanías nos será dada por su fundamento racional.

Sin desconocer su grande influencia en la adopción de ésta y de muchas otras intervenciones, no es únicamente la necesidad, como quería Juan Voët, la que deroga en obsequio al valor internacional de la máxima, el *raisonnement* jer de la soberanía territorial. Hay interés en destacar su fundamento científico; aparte de la exigencia metodológica que aconseja investigar y conocer la causa o razón de las instituciones para su mejor aplicación práctica, conforme a los fines perseguidos en su evolución progresiva, en este caso particular se une a ello la resolución de un problema interesante planteado desde antiguo: ¿La regla *locus regit actum* es obligatoria o facultativa? De otro modo: ¿cuándo una persona celebra o realiza un acto jurídico fuera de su patria, usará las formas extrínsecas consagradas por la ley local, o podrá, si lo prefiere o le es materialmente posible, emplear las formas exigidas por su ley personal sea de la nacionalidad o del domicilio? La respuesta depende del fundamento racional

¹ Pillet, *op. cit.*, T. II, p. 792.

de la máxima. Será negativa y, por consiguiente, obligatoria ésa para los autores que la hacen derivar de la sumisión temporaria del súbdito a la soberanía del estado sobre el territorio en el cual se encuentra, o para aquellos que asignan a las leyes sobre la forma de los actos el carácter de leyes de orden público; en cambio, para los que la hacen reposar en motivos de utilidad, de necesidad, o en la sumisión voluntaria del individuo a la ley del país donde se halla, la máxima será facultativa.

Treará de sintetizar las orientaciones de la doctrina. A fin de ordenar la exposición me permito usar, apoyándome en la autoridad de Laurent, la más simple de las clasificaciones posibles, es decir, aquella que agrupa las opiniones de los autores en malas, equivocadas y buenas, recordando también al grupo que se limita a constatar la existencia de la regla sin ensayar una justificación. Distanciando en el orden de enunciación con el ilustre neo-escocés comenzaré por las primeras a fin de llegar a las mejores por eliminación.

a) Partiendo de su concepto del objeto del derecho internacional privado, Pablo Voët, Huber, Mertius, en el siglo XVII, y Story, Merlin y Massé, en el XIX, conectan la máxima a una idea de *sumisión voluntaria y recíproca del extranjero a la ley del lugar de celebración del acto*.

Story, el más representativo del grupo por la grande autoridad que su obra, influenciada de la de Pablo Voët, ejerció en el derecho anglo-americano, expone así su criterio: "El fundamento es, que toda persona que contrata en un país, se entiende que se somete a la ley del lugar, y presta en silencio su asentimiento a su acción sobre el contrato. Acaso sería más correcto decir que la ley del lugar del contrato, obra sobre él, independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de la *soberanía general* que posee cada nación para reglar a todas las personas, propiedades y transacciones dentro de su territorio. Y al admitir que la ley de un país extranjero rija con respecto a los contratos hechos en él toda nación reconoce meramente, por un principio de coram, que existe en otras naciones, al mismo derecho que pide y ejerce para sí" (2).

Mertius concreta aún más, al decir: "El extranjero deviene, en cuanto a sus actos, sujeto temporario del estado en el cual obra, quedando sometido, sin embargo, en cuanto a su persona, a las leyes de su país". Grotio, Massé (3) y aún Merlin, aunque éste suscita al mismo tiempo otra duda mejor, siguen la tendencia anterior y prueban, en el sentir de Laurent, como una opinión a veces falsa se transmite de un autor a otro y, a fuerza de ser repetida, llega a convertirse en un axioma.

La regla *locus regit actum* difiere mucho de estar fundada en una sumisión voluntaria de las partes a la soberanía del país donde obra; esa sería una razón capaz de validar el acto dentro de sus límites territoriales, pero no justi-

(2) Story. — *Comentarios sobre el conflicto de las leyes*, § 261.

(3) Massé. — *Le droit commercial*, T. 1, p. 471 N^o 371.

ficaría su reconocimiento fuera de ella; y justamente uno de sus caracteres más importantes es la *extraterritorialidad*, en cuya virtud el acto realizado conforme a la *lex loci* es plenamente válido en todas partes y en especial en los países a los cuales pertenece el autor por su ley personal.

b) La teoría de Merlín tiene sus puntos de contacto con el grupo anterior, pero merece, además, un lugar aparte por aducir razones que le son propias y que llamaría oportunista. Dice Merlín ⁽⁴⁾: "no es por un simple motivo de conveniencia que se ha dado, con relación a la forma probante de los actos, la preferencia a la ley del lugar de celebración sobre todas las otras, los verdaderos principios solos, han determinado esta elección. En efecto, los actos reciben el ser en el lugar en que son celebrados, es la ley de ese lugar la que les da vida, es ella, en consecuencia, la que debe afectarlos, modificarlos y reglamentar la forma. Desde luego, cada país tiene sus leyes para la forma probante de los actos, esas leyes están todas fundadas sobre motivos diferentes. Aquí la prueba testimonial es admitida indistintamente porque el legislador ha postulado mucho de la veracidad de sus sujetos; allí, ella es restringida dentro de ciertos límites porque la experiencia ha probado que los habitantes se apartan a menudo de la verdad; en otro país ella está casi reducida a nada porque se la aprecia que la buena fe era todavía más rara. Así todo depende en esta materia de la opinión que el legislador ha tenido de sus súbditos y, por consiguiente, las leyes relativas a la forma probante de los actos, están fundadas sobre razones puramente locales y particulares a cada territorio. Sólo la ley del lugar de celebración es capaz de asegurar la verdad; las del domicilio de las partes o de la situación de los bienes no tienen ese poder porque las razones que han determinado sus disposiciones, son todas diferentes de aquellas que han dictado las formalidades prescrites en el lugar del contrato. Además ¿una ley no manda soberanamente en toda la extensión de su jurisdicción?"

La teoría de Merlín es incompleta y podrían dispensársele las mismas críticas que a la anterior, dentro de la cual se coloca por el carácter de la pregunta con que cierra sus argumentación. Dejando de lado la justificación de la regla *locus regit actus* por las ventajas de la ley del lugar del nacimiento del acto, ya rebatida anteriormente por Boullestin, tiene el mérito de haber demostrado por primera vez la íntima relación existente entre la moral de un país en un momento determinado de su evolución y la forma de los actos en el mismo. Laurent y Weiss, cuyas teorías son más complejas, apoyan un aspecto de ellas en este criterio de Merlín; por eso he creído conveniente dedicarle alguna extensión.

c) Laurent ⁽⁵⁾, con muy buen tino, se pregunta si el principio *locus*

⁴ Merlín. — *Repertoire*, palabra "preuve", sec. II, § III, Art. 1, N° 3 del T. XIII.

⁵ Laurent, op. cit., T. II, p. 424.

regis actus no tiene otro fundamento que la necesidad, pues, de ser así, cuando éra conaria aquél también. Por el contrario, lo cree conforme a la razón, y, para demostrarlo, pone de manifiesto el fin de las formas llamadas *gentilicias* cuyo objeto es, según él, garantizar la libre expresión de la voluntad de las partes celebrantes, poniéndolas al abrigo de toda influencia ilegítima y de todo fraude. Al legislador de cada país le está encomendada la reglamentación de las formas más propias para alcanzar ese fin; todo depende del estado moral de la nación, por eso las medidas de desconfianza necesarias en una pueden no serlo en otra. Se apoya, según se ve, en parte de la teoría de Merlín y aún reproduce el texto del *Reperitorio*, ya citado, para reconocer que "cuando las formas locales han sido observadas se debe presumir que el acto es la libre expresión de la voluntad de los contratantes, y, en consecuencia, debe hacer fe en todas partes. Si, por el contrario, el acto no ha sido hecho con esas formas, no podrá ser considerado la expresión de la voluntad de las partes y no podrá hacer fe en ningún sitio". Tal es, para Laurent, el fundamento de nuestra máxima. No es del todo aceptable; podían reproducirse las observaciones sugeridas por la teoría de Merlín y aún criticárase el haber erigido en fundamento, una proposición. Sin embargo, aún cuando declara el principio imperativo, tiene el mérito de haber inaugurado el método de las razones múltiples.

d) Para Haus (*Droit privé des étrangers en Belgique*), según se desprende del comentario de Edmond Picard, está fundada en la imposibilidad o dificultad que hay, especialmente con respecto a los actos auténticos, de seguir otras formas que aquellas organizadas en el país en que la persona se encuentra.

Es una explicación de orden práctico e incompleta por abarcar un sólo aspecto del problema.

e) Picard la edifica de una *concesión recíproca de los pueblos y la aplica en la unidad común*. Una concesión, —dice— porque, en efecto, conforme a la lógica de las cosas, la regla primitiva era que la forma y el fondo del acto se acordaran y siguieran el mismo régimen y si se ha admitido la máxima *locus regit actum*, que significa una excepción a los principios del derecho internacional privado, se ha hecho respondiendo únicamente a razones prácticas.(*)

Es, como la anterior, una explicación de su adopción, pero dista de constituir una razón científica.

f) No hallando un principio racional para cimentarla Bar le ha negado fundamento jurídico, atribuyéndole por base principal, *el costumbramiento antiguo y tradicional de las naciones*. Ese criterio tan original, que consiste

* V. *Journal de dr. int. privé*, p. 461 y s., 1881.

simplemente en constatar el hecho de la admisión de la regla sin decir el por qué, es rechazado por Laurent y Weiss. Ambos están concordes en reconocer que si ese acuerdo secular no respondiera a una necesidad, si no se confirmara a la razón carecería de poder bastante para crear un derecho. Agrega Laurent, "si el derecho de gentes no se compusiera más que de reglas aceptadas por todas las naciones, sin tener asidero en la razón, no merecería el nombre de ciencia. Nuestra disciplina es racional y dejaría de serlo si sólo reposara sobre hechos. Cuando una regla es recibida por todas las naciones, debe suponerse que tiene, por lo menos, una razón de ser; la utilidad sola no es un principio". (1)

g) Fillet (2), en cambio, para exponer sus puntos de vista, se apoya en la autoridad de Bur, quien, ya hemos visto, considera a la máxima simplemente como una costumbre general aceptada (*Traité de droit des relations internationales*, T. I, p. 9, 387 y s.). Para Fillet, todas las explicaciones dadas hasta ahora son igualmente insuficientes y aunque la suya pueda parecer temeraria, reflexionando un poco, se la encuentra bastante plausible. "El derecho positivo —dice— viene a llenar las lagunas inevitables que deja toda teoría de derecho internacional privado. Su intervención es necesaria; quemus privareus de illi y buscar en la ciencia misma solución a las dificultades que quedan fuera de sus principios ordinarios, es abrir la vía a controversias infinitas y, para quien ve claro, resignarse por adelantado a elegir entre muchos errores". Hay casos en que los principios del derecho internacional privado pueden recibir aplicación, pero en que un principio de pura creación artificial sería de un uso más cómodo y favorecería mucho más la extensión de las relaciones internacionales. En esa hipótesis, es legítimo sustituir a la autoridad natural de la doctrina, la autoridad artificial de las reglas creadas con un fin de *utilidad* y de *comodidad*. La regla *locus regit actum* es la exposición más neta y completa de la reacción del derecho positivo sobre la teoría. Ningún principio es menos consensado que éste, y, sin embargo, mirando de cerca no se ve otra razón para su adopción que motivos de comodidad. Sin duda es muy útil al comercio internacional que cada uno esté seguro de hacer un acto también internacional válido en la forma debida, con la sola condición de obedecer a la ley del país en que se encuentra; pero ¿del punto de vista del análisis se justifica esa regla? Es difícil afirmarlo. Para hacer entrar en el cuadro de un sistema la *clibere máxima*, sería menester remontarse hasta la doctrina, según la cual los derechos serían naturalmente sometidos a la ley del lugar en que han tomado nacimiento. Es infinitamente más simple y, creemos nosotros, más justo, reconocer que *la regla "locus regit actum" no es deducida de ninguna teoría científica, sino que es una excepción sugerida por la práctica, adoptada por el derecho positivo y recomendada sin cesar por grandes razones de utilidad*".

1 Op. cit. T. II, p. 425.

2 *Journal de dr. int. privé*, p. 3 y s., 1891.

En otro artículo publicado en el *Journal Claret* (8), el autor resume, y aún redondea la opinión expuesta en éste. Siguiendo el hilo de su razonamiento en su "Ensayo de un sistema general de solución de los conflictos de leyes", donde atiende, sobre todo, al fin social de la ley sometida a discusión, piensa que "no sirve para nada querer justificar todo, sistematizar todo, reducir todo a principios generales, que serían universales e infalibles. Las condiciones mismas en que se presenta el problema que el derecho internacional privado debe resolver, hacen de éste una ciencia imperfecta, condenada a no alcanzar completamente, jamás, la misión jurídica que le es encomendada. La existencia de la regla *locus regit actus*, su inconmensurable utilidad, su aplicación contrasta, son una prueba de la verdad de esa afirmación. "Este adagio, que considero de puro derecho positivo, no justificación podría ser posible, mejor, ciertamente, y facilita la práctica de las relaciones internacionales; obra mejor en su dominio que lo que lo haría la aplicación rigurosa de los principios".

"Nos parece verdad —aigo copiando del *Journal Claret*— que su éxito es debido a que él ha suprimido en parte las dificultades engendradas por el carácter inadecuado de las leyes de esta especie, carácter existente, tanto con respecto a la teoría de los estatutos como con respecto a las teorías más modernas. Su gran comodidad ha hecho el resto. La regla nos parece, como lo hemos dicho y como piensan muchos maestros (Savigny, traducción Guenon, T. VIII p. 344 y 2; de Bar, citado al comienzo), una feliz reacción del derecho positivo sobre la doctrina y nada más".

Me ha permitido exponer con alguna extensión la teoría de Fillet respecto al fundamento de la máxima, o mejor dicho, a su falta de fundamento racional, por creer que en esta forma, inocua para las doctrinas muy conocidas, tratándose de ensayos tan novedosos como éste, puede oscurecerse y aún tergiversarse la opinión citada, máxime cuando esa parte —tal como sucede en mi trabajo— es sólo un aspecto, una de las comprobaciones del sistema general expuesto por el autor.

b) Un grupo considerable de opinión se inclina a considerar *las leyes sobre la forma de los actos, leyes de orden público*. Ello presenta la ventaja de dar a la regla *locus regit actus* un sólido fundamento teórico, aunque, en verdad, criticable. Sus partidarios ven en estas leyes el exponente de un lazo íntimo con las costumbres, las instituciones, el grado de civilización del país para el cual han sido hechas; quieren hacer de su aplicación una verdadera necesidad social. Buzzati, su representante más autorizado, halla una estrecha correspondencia entre las leyes sobre la forma y las condiciones físicas, económicas y políticas de cada pueblo; en una palabra con el desarrollo de su civilización y por eso no hesita en colocarlas entre las de orden público. (16)

⁸ *Journal de dr. int. priv.* p. 929 y á., 1893.

¹⁶ Buzzati, — *L'istoria delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*.

No puede negarse la íntima vinculación existente entre la necesidad de las formas y el estado moral e intelectual de cada pueblo. Ya Merlin lo había hecho notar; pero lo que es inadmisión en esa teoría es el carácter de orden público asignado por aquella causa a las leyes sobre las formas. Muchas otras leyes, especialmente las de la capacidad, también responden en sus cambios a aquellos factores; también constituyen un exponente del grado moral y de civilización de cada país y, sin embargo, no se ha pensado en reunirlos de aquel carácter tan exclusivo, siendo por el contrario, las leyes personales por excelencia.

Si se piensa que el mismo Buzzati, al indicar con proflijidad los diversos objetos perseguidos por las leyes sobre las formas de los actos, los reconoce implícitamente —asignándoles un carácter de utilidad general— fines protectores de los intereses particulares de las partes, entiendo que su inclusión entre las leyes de orden público parece menos admisible.

Con toda razón dice, Albérico Rolin: "Aún suponiendo que las formas sean, *de* orden público, sería menester precisar todavía el radio de acción de ese orden público. . . Para que solamente en nombre de éste, las leyes relativas a las formas fuesen obligatorias y exclusivamente obligatorias para todos los que realizan un acto sobre el territorio, sería necesario que ellas fuesen de orden moral o absoluto, como las leyes penales, o, en general, las leyes relativas a las buenas costumbres. ¿Puede sostenerse seriamente ese carácter de las formas en general, de las formas probanzas, por ejemplo, y aún de las solemnidades? Lo dudamos. . ." (11)

Todavía puede rechazarse el sistema de Buzzati y demás partidarios por la obligatoriedad de las leyes sobre la forma, consecuencia que fluye naturalmente de esa concepción, y contra la cual se alza en la época contemporánea la doctrina más calificada. La exposición de todas las teorías precedentes, nos demuestra que querer un derecho internacional privado explicar algunas de sus instituciones —producto de muchas influencias y de largas evoluciones— por un régimen simplista y unitario, es desconocer la verdadera naturaleza de esta disciplina; en cambio, pulsar la realidad, conciliar los principios sólidos dirigentes y, a veces, absolutos con las afirmaciones sugeridas por el empirismo o impuestas por la vida en sociedad, es hacer verdadera obra científica y creadora.

Para exponer los fundamentos múltiples y aceptables de algunos axiomas.

i) Según André Weiss, la regla se justifica por dos razones: la una técnica, y de utilidad práctica la otra. "Parece racional, a priori —dice— declarar válido todo acto con el cual se han satisfecho las condiciones de forma exigidas por la ley local. Las formas exteriores del acto jurídico tiene

11 Albérico Rolin, *Principes de dr. int. pr.* T. I, p. 333.

por fin proteger a las partes celebrantes, contra todo fraude y toda presión. Esas formas varían necesariamente con la situación moral del país, con el carácter de sus habitantes. Tal medida de precaución o de desconfianza, absolutamente indispensable aquí, será superflua en el estado vecino. A la ley territorial sola, pertenece apreciar cuáles son las garantías con las cuales deberá redondearse el acto para presumirse su sinceridad. Habiéndose observado las formas exigidas por ella, la veracidad del acto es probable y se comprende que ese título pueda ser invocado en todas partes". (18)

Hasta aquí, la argumentación no innova absolutamente y sólo reproduce a Merila, Laurent y a Buzzati. Agrega enseguida: "Por otra parte, la regla *locus regit actus* en de una utilidad, podemos decir todavía, de una necesidad práctica incontestable. Es a menudo imposible observar, realizando un acto sobre un territorio dado, las condiciones de forma establecidas por la ley nacional de las partes. A veces las autoridades rechazarán el concurso reclamado por esa última; a veces, no existirá, en el lugar donde el acto debe ser realizado, ningún oficial público con atribuciones análogas a la del oficial instruido por la legislación del extranjero. Y, en un caso como en el otro la obligación impuesta a la persona de observar, cualquiera que sea el lugar de su residencia, las condiciones de forma establecidas en su país para los actos jurídicos, equivaldría a una interdicción absoluta. El interés general de los estados, basado sobre el desarrollo del comercio internacional, precisa, tanto como el de los particulares, como un régimen tan tiránico".

La necesidad y la utilidad, con las cuales se autoriza la regla *locus regit actus* y que le sirven de justificación, existen también, según lo comprueba a continuación el autor, respecto de los actos bajo forma privada y en los cuales, para algunos autores, parecerían variar las razones que a juicio de Weiss fundamentan la máxima. Ambos elementos, la necesidad y la utilidad junto con el fundamento ético inicial, suministran a nosotros máxima una respetable base nacional.

)} Algunos traductores han querido completar la explicación de Weiss, reuniendo en una sola los diversos elementos sugeridos por otros autores. Al lado de la elegante sobriedad del profesor de la Universidad de París, descuellan Bevoise por su anhelo de aunar opiniones. Su teoría, sin embargo, no carece de exactitud.

"Los sistemas se oponen —dice Bevoise— todos contienen su parte de verdad y si ninguno la encierra enteramente; todos concurren a revelarla y se completan bastante bien entre ellos hasta formar en su conjunto una noción satisfactoria, sino perfecta". (19)

18 Weiss, *op. cit.*, T. III, p. 115.

19 Bevoise, *op. cit.*, Introducción.

La utilidad universal (Laurén y Weiss); el consentimiento unánime de las naciones (Bar), y el principio de la soberanía territorial (Voët, Story, Merlin y Mauclé), constituyen —a juicio del autor— simples aspectos parciales del fundamento racional de la regla *locus regit actum* que, si aisladamente no pueden dar la llave de la solución, completándose ofrecen en conjunto un fundamento perfectamente aceptable.

k) A fin de dar término a esta larga enumeración de opiniones de autores extranjeros, citaré la de Calandrelli, expuesta al final de una recopilación a grandes rasgos, análoga a la precedente.

“Se ve, pues —dice— que estos singulares fundamentos (los escogidos aisladamente) no alcanzan a dar suficiente razón del dominio y alcance de la fórmula que nos ocupa; pero también se ve sin esfuerzo que en el fondo de la regla *locus regit actum* hay ideas de necesidad, costumbre internacional, consentimiento general y soberanía territorial, que concurren a formar el complejo y sólido fundamento en que se apoya, pudiendo concluirse que, inspirada e impuesta por la necesidad y considerada por las naciones como una derivación de la soberanía territorial, ha logrado, por virtud de la comunidad de derecho que a aquellas vincula, la concesión recíproca de su aplicación en los diversos países”.

“La fórmula *locus regit actum* tiene un fundamento complejo, en que descuelan las necesidades de la vida social y la costumbre internacional. Y si puede decirse que la regla es una excepción al principio de la personalidad en el derecho internacional privado, no lo es respecto del derecho estricto, el cual no puede jamás hallarse en pugna con las necesidades de la vida humana. Cuando se dice que la regla *locus regit actum* consulta las necesidades de la vida social y la costumbre, se suministran elementos suficientes para dar una base jurídica a la importante regla” (19).

VII. El Código Civil Argentino y la regla “Locus regit actum”

El Código Civil Argentino ha seguido en la manera de adoptar la regla *locus regit actum*, la primer tendencia esbozada anteriormente. Aunque es verdad que por la deficiencia de los términos usados no alcanza sería muy parcial si posteriormente en otros artículos no lo completara, el principio en cuestión se halla consagrado en el art. 12: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”. El artículo 930 del título “De los actos jurídicos” (20), entiende singularmente la aplicación de la máxima. Por la

19 Op. cit., T. II, pág. 214.

20 Art. 930. — Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaron (Art. 12).

amplitud de sus términos, mucho más generales que los del artículo 12, según explicaré más adelante, podría decirse que aquél lo contiene a éste, y que si alguno de los dos merece el honor de estar en la parte general del Código, no es ciertamente el que hoy figura allí (art. 12).

Confirman la consagración de la máxima *locus regit actus* en lo referente a actos jurídicos y con más razón a los contratos, los artículos 1180, 1181 y 1182 (16). Además vuelve a usarse la regla en las formas de prueba de aquellos actos más importantes de la vida civil y cuya inobservancia en el momento preciso, falta de validez internacional o dilaciones en su reconocimiento, podría traer graves consecuencias para las personas y los estados, impidiendo los desplazamientos de país a país, tan corrientes en la época contemporánea y tan favorables al desenvolvimiento espiritual y comercial de los pueblos. Me refiero a las acts del estado civil, celebración de matrimonios y otorgamiento de testamentos, la validez de los cuales es regida en nuestro derecho por la *lex loci celebrationis*. Lo demuestran los arts. 82 y 83 del título "De las pruebas del nacimiento de las personas", no tan claros como el art. 47 del Código francés y, además, restringidos a la forma de las acts probatorias del nacimiento de las personas (17), a diferencia de aquel que abarca "todo acto del estado civil de los franceses y de los extranjeros hechos en país extranjero" (18); el art. 2º de la ley de matrimonio civil (art. 159 del Código) que adopta, para la validez de dicho acto, la ley del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas y leyes que en él rigen (*actor in fraudem legis*) y siempre que no haya, naturalmente, ninguno de los impedimentos que afectan el orden público o la moral de nuestro país (art. 9º, inc. 1, 2, 3, 5 y 6 de la misma ley); y las disposiciones concernientes a la forma de los testamentos en el orden internacional. En el art. 3635, cuya fuente es el 999 del Código Napoleón, se concede autorización a los argencinos para testar en el extranjero conforme a la ley del lugar en que se hallen, y en el 3638 se extiende esa disposición a todos, sean nacionales o extranje-

16 Art. 1182. — Lo dispuesto en cuanto a la forma de las acts jurídicos debe observarse en los contratos.

17 Art. 79. — El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad se probará en la forma siguiente:

Art. 82. — De los nacidos en país extranjero: por certificados de los registros consulares, o por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares o diplomáticos de la República.

Art. 8. — De los extranjeros en el país de su nacionalidad, o en otro país extranjero: por el modo del artículo anterior.

18 Todo acto del estado civil de los franceses y de los extranjeros, hecho en país extranjero, hará fe, si ha sido otorgado en las formas usadas en dicho país (Art. 47 del Cód. Napoleón).

ra (18). Este artículo es interesante porque es quizás la única vez en que nuestro Código Civil, apartándose de la ley personal del domicilio, somete la validez de un acto jurídico al imperio de la ley nacional de la parte interesada.

En el artículo 973, el Código define su concepto de la forma de los actos jurídicos del modo siguiente: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico"; y, para completar aún más su criterio, el codificador agrega: "tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar". A juicio de Salvat (19), esta enumeración no debe considerarse limitativa sino meramente enunciativa, y podrían agregarse: la lectura del acto por el oficial público en presencia de las partes y de los testigos, la transcripción de ciertos documentos, etc.

De la interpretación de los artículos correspondientes se desprende que nuestro Código admite la división clásica de las formas, en *ad solemnitates* y *ad probationem*. Tratándose de las primeras, la validez y la existencia del acto para el cual son impuestas, dependen de su observancia (*forma est esse rei*). En el orden nacional, los términos preteritorios de los artículos 973, 976, 977 y 978 no admiten discusión.

Las partes interesadas podrían, en su virtud, excusándose en la inobservancia de la forma legal exigida, aún en el supuesto de que la existencia del acto pudiera ser probada de otro modo, considerar el acto inexistente y rehusarse a realizar sus mismas prestaciones. Ya veremos más adelante cuál es su valor en el orden internacional, frente a las declaraciones de los artículos 1, 950 y 973. En cambio, tratándose de actos privados, la forma no es exigida para la validez, sino únicamente para asegurar la prueba en caso de posible controversia ulterior.

Las formas *ad solemnitates* tienen su imperio incontestable en el régimen de la familia (arts. 14 y 37 de la Ley de matrimonio civil para la celebración del matrimonio; art. 318 del Código y 40 de la Ley de matrimonio civil, para el reconocimiento de hijos naturales; arts. 383 y 394, para el nombramiento de tutor a los hijos legítimos o naturales, hecho por

18 Art. 3633. — Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado a testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva a la República, y en cualquier época que muera.

Art. 3638. — El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuere hecho en las formas prescritas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observen en la nación a que pertenece, o según las que este Código designa como formas legales.

19 E. Salvat, op. cit., § 1819.

los padres; arts. 1223 y 1225, para las convenciones matrimoniales sobre bienes cuyo valor excede de mil pesos o cuando se constituyen derechos sobre inmuebles); y en el de la sucesión (art. 3623 y a sobre la forma de los testamentos, apertura, etc.). En el derecho de los bienes las formas solemnes son exigidas con menos frecuencia (art. 838, sobre transacciones de derechos litigiosos; arts. 1810, 1811, 1812, 1815 y 1814, referentes a las donaciones; art. 2071, sobre contrato oneroso de renta vitalicia; art. 1435, sobre cesión de acciones litigiosas, etc.).

Las formas *ad probationem*, por el contrario, predominan en el derecho de los bienes (compra-venta de inmuebles, art. 1184 e incisos, etc.). La inobservancia de estas formas no afecta íntegramente la validez del acto.

Junto a esta división bipartita de los actos, en solemnes y privados por las formas de que están revestidos, hay una categoría especial constituida por los actos *auténticos*; dentro de éstos el instrumento público ocupa lugar preeminente. Instrumento público es la prueba escrita que constata la celebración de un acto jurídico y por la intervención de un oficial público debidamente autorizado, tiene dos efectos: fecha cierta y autenticidad. Puede constatar situaciones de estado y de familia, como son las actas extractadas de los asientos del registro civil sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, etc (ver artículo 979), o puede referirse a actos jurídicos; tratándose de contratos más generalmente toman el nombre de escrituras públicas. En realidad las primeras están catalogadas dentro de los instrumentos públicos no por razón de la forma o de la propia individualidad del instrumento, sino por los efectos que producen. Tratándose de los actos jurídicos, la intervención del oficial público, por presunción legal da a las formas solemnes el carácter de formas auténticas. Formas solemnes y formas auténticas no significan en nuestro derecho la misma cosa. Las solemnidades son ritos, ceremonias, destinadas a infundir respeto y exigidas por la ley para otorgar de mayor seriedad el acto al cual se imponen (ver el art. 975); una de ellas puede ser la presencia del oficial público, pero si éste no interviene, el acto por más solemne que sea, carecerá de autenticidad; prueba de ello es el testamento ológrafo, el cual, aún rodeado de tantos requisitos no es un documento auténtico (21). En realidad puede decirse que si todos los actos auténticos son solemnes, no todos los solemnes son auténticos.

Habiendo determinado el concepto de las formas en el Código Civil, se trata de fijar ahora su régimen en el orden internacional. Como éste depende del alcance del artículo 12, antes de analizar las disposiciones concernientes, me ocuparé de la redacción propuesta por Calandrelli para dicho artículo.

²¹ Art. 3639. — El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formas lo anula en todo si es otorgado (ver artículo siguiente hasta el 3651).

Según este autor (20) "teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 1182, lo dispuesto en cuanto a la forma de los actos jurídicos debe observarse en los contratos, el artículo 12, completado por las disposiciones recordadas (973 y 970) y sus fuentes (21) debiera hallarse redactado y debe entenderse del siguiente modo: *Las formas y solemnidades de los actos y contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes o actos del país donde se hubieren celebrado u otorgado.*"

Completamente de acuerdo en cuanto a la interpretación dada por Calandrelli al artículo 12, en el sentido didáctico, haciéndolo competeder las formas y solemnidades de los actos, contratos y todo instrumento público; pero no en cuanto a su redacción, en la que halló alguna redundancia.

Trataré de demostrarlo fijando el concepto del Código con relación a cada uno de los términos usados.

a) El *contrato* es, dentro de la metodología del código, un acto jurídico (art. 944), bilateral (art. 946), y, por no depender su eficacia del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emana, un acto entre vivos por oposición a las disposiciones de última voluntad (art. 947).

Considerando el contrato una especie del acto jurídico (22), es natural pensar que todas las disposiciones concernientes a los últimos serían aplicables a los primeros sin necesidad de especificarlo en cada caso y máxime, si se recuerda lo dispuesto por el artículo 1182 con respecto a las formas, que es lo que interesa en este momento.

(20) A. Calandrelli. — *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, t. II, p. 203.

(21) En la nota del Art. 12 el codificador le da como fuentes el Código de Luisiana, Art. 10 (La forma y los efectos de los actos públicos y privados se rigen según las leyes y los usos del país en el cual tales actos son hechos u otorgados); el Código francés, Art. 293 (sólo respecto de los testamentos) (19); *Sney, Conflict of Laws*, desde el párrafo 240; la Novísima Recopilación, Ley 18, § 4, Tit. 30, Lib. 10 y las Leyes 3, Tit. 31, Lib. 6 del Código, y/o Tit. 2, Lib. 21 del Dignmo (ver p. 32 y 31 de este trabajo). El artículo 970, cuyas fuentes no están indicadas en el Código, corresponde —para Calandrelli,— al 831 del proyecto de Código Civil de Freitas, según el cual: "En lo que atañe a la forma de los actos y a las solemnidades de los respectivos instrumentos públicos o privados (artículos 189, números 7º, 8º y 190 número 4º), su validez o nulidad será juzgada por las leyes o leyes del lugar en que los actos se realizaron, si las partes no hubieren observado la forma y solemnidades de las leyes de país de su domicilio". En el texto de nuestro artículo fue escrita esta última cláusula de la disposición. V. Calandrelli, op. cit., T. II p. 203.

(22) Este artículo está así citado por cuanto el correspondiente a ese número pertenece al Lib. 3, l. VI, cap. III, (viejo) del Código de 1804 que tras del "Decreto por el cual se suscriben", hoy abrogado por el artículo 1º de la ley sobre diverción, de julio de 1884. Considerando la nulidad hecha entre paréntesis por Villem Simón de que ese artículo rige sólo para los testamentos y que en la nota del art. 3623 se recuerda el art. 999 del Código Napoleón, cito que nuestro codificador ha querido referirse a dicha disposición.

(23) Véase: H. Lafolle, *Contratos*, 4ª ed., p. IX.

b) El instrumento público, según hemos visto, es una forma solemne del acto jurídico que por la intervención del oficial público tiene dos efectos importantes: fecha cierta y autenticidad, y cuyo régimen depende del de las formas solemnes.

c) La argumentación de Calandrelli²²), demostrando que cuando los artículos 12 y 950 dicen solemnidades se refieren a las formas *ad solemnitates*, debió haberse bastado para excluir aquel término, dejando únicamente formar en la nueva redacción propuesta. Emplear los vocablos, formas y solemnidades al mismo tiempo, es unir el género y la especie. Dentro de nuestro Código es innecesario usarlas juntas. La definición de la forma de los actos jurídicos dada por el artículo 973 lo prueba. Además, no hay en nuestro Código una disposición por la cual se excluya el imperio de la regla "locus regit actum" para ciertos actos solemnes.

De acuerdo con las razones enunciadas al margen de la redacción crítica del artículo 12, propongo la siguiente: *La forma de los actos jurídicos se rige por la ley o las usas del lugar donde se hubieren celebrado u otorgado.*

Después de las explicaciones anteriores, el uso de términos sinécdoques me parece justificado. Por esa parte, ocupando el artículo 12 un sitio en la parte del Código denominada "Títulos Preliminares", donde están reunidas la mayor parte de las disposiciones de Derecho Internacional Privado²³), juzgo que una cierta concisión no refutada, como en este caso, con la claridad de los conceptos, no solamente es permitida, sino obligatoria.

Iniciaré el análisis de los términos empleados, a fin de fundamentar la nueva redacción propuesta por mí. Creo inútil volver sobre la oportunidad del uso de forma después de los argumentos que preceden. Entre los comentaristas del Código la comprensión de su contenido no ha suscitado dificultades, algunos ni se han ocupado de su posible extensión en el artículo 12, y ese silencio me hace suponer que lo entendieron comprensivo de las dos clases tradicionales de formas: las *ad solemnitates* y las *ad probationem*. No me parece necesario agregar las *solemnitates* a las formas como lo hace Calandrelli y como está consignado en los artículos 12 y 950, pues, considerando éstas el género, aquellas están comprendidas dentro, salvo el caso de exclusión expresa.

Entiendo, además, que un código en sus artículos debe limitarse a consignar los principios generales sin necesidad de insistir inmediatamente so-

²² Op. cit. T. II, p. 198.

²³ Véase señalada para nuestro país la gloria de ser el primero que en el mundo adoptaron un sistema de Der. Int. Privado. La mayoría de los autores europeos, desconociendo los méritos de la obra de Willem Smitsfeld, la atribuyen al Código italiano, siendo así que cuando éste apareció en 1865, ya el primer libro de nuestro Código circulaba entre eruditos y especialistas.

lee su extensión cuando ésta es determinada con suficiente amplitud en la parte correspondiente (en este caso, todo el capítulo. "De las formas de los actos jurídicos" y los títulos correspondientes a los instrumentos públicos, escrituras públicas e instrumentos privados, art. 973 en adelante) o sobre sus aplicaciones cuando ellas, como sucede con las del artículo 12, se hallan distribuidas convenientemente en el resto del articulado.

No me atrevería a proponer en lugar de *forma* la palabra *instrumento* por la poca difusión que ella tiene en nuestro derecho. Su uso en el artículo 12, con el sentido amplio permitido por su etimología, evitaría muchas discusiones sobre el alcance del mismo, y siendo dicho artículo la consagración de la regla *locus regit actus* en el Código, tendría la ventaja de coincidir con la nueva fórmula (*lex loci celebrationis* o *lex loci actus legit instrumentum ejus*) de ésa dada por Calandrelli y a la cual habíamos llegado incluyendo paulatinamente todas las ambigüedades de la primitiva.

Sobre la adopción de *actos jurídicos* sin el agregado de contratos o instrumentos públicos, no creo conveniente insistir y remito a los párrafos a y b. En cambio, me parece interesante explicar por qué conservo junto a las leyes los usos del país donde aquellos se hubieran celebrado o otorgado. El artículo 12, sólo se refiere a las leyes; en cambio, el 930, más amplio, acepta también la competencia de los usos del país, con lo cual vuelve la prueba más difícil por la inestabilidad y falta de certeza de aquellos. Sin embargo, si tenemos en cuenta que para ciertos actos bien importantes de la vida civil, como lo es el matrimonio, por ejemplo, no hay en algunos países otro modo de celebración que el indicado por las tradiciones o los preceptos religiosos, y que representantes de esas naciones pueden inmigrar a la nuestra, me parece acertado reconocer la validez de los actos celebrados conforme a los usos de esas apartadas regiones. Un fallo del doctor de Vedia y Mitre lo confirma (17).

Por revestir caracteres particulares, el caso merece cierta atención. Se reconoció en él por el juez, la validez del matrimonio celebrado en el pueblo de Hoonan (prov. de Cantón, de la República China) entre dos personas, mediante el intercambio entre sí de unos papeles colorados con sus respectivas firmas y la comunicación posterior del acto a sus familias; y como, por no existir hasta el año 1912 en aquel país niemos parroquiales ni registro civil, las anotaciones de nacimientos, matrimonios y defunciones las hacía el miembro más anciano de la familia en apuntes particulares; el juez, considerando que ésa era la costumbre imperante en la época de celebración del matrimonio y que éste se realizó conforme a las formalidades exigidas por aquélla, llega al convencimiento de la existencia del vínculo matrimonial y reconoce con muy buen tino su perfección, aún, valiéndose de un

17 V. "Gaceta del Foro", año IX, N.º 2439, p. 216.

acto realizado con formalidades extrañas a nuestras leyes y sin dejar constancia escrita de ellas ante un oficial público.

Y, para terminar, diré que al referirme a los lugares de celebración u otorgamiento de los actos, entiendo significar con la primera la realización, solemne o no, de los requisitos necesarios a la validez del acto; y con el segundo indicar más especialmente decurso de aquéllos, el uso de escritura.

VIII. ¿La forma de los actos solemnes es regida en el Código por la regla "Locus regit actum"? — La forma de los actos privados.

Habiendo senado el alcance de la regla *locus regit actum* en el Código, nos resta averiguar por el análisis preciso de las disposiciones pertinentes, si dicha máxima; sancionada en los artículos 12 y 950, se aplica también a aquellos actos jurídicos para los cuales el Código ordena una forma solemne determinada bajo pena de nulidad.

Calandrelli cree indudable que "dadas la amplitud y claridad de los términos empleados en ambos artículos, la regla *locus regit actum* se aplica también a las formas *ad solennitatem*, entendiéndose que el Código consagra la competencia de la ley, no solamente en cuanto a la naturaleza de la solemnidad, sino en cuanto a la exigencia de una solemnidad, cualquiera que sea" (29).

Esta salvedad de Calandrelli diciendo que el art. 12 se refiere tanto a la exigencia de una solemnidad como a su naturaleza, merece alguna aclaración. Se recordará que algunos autores extranjeros y especialmente Laurent, separa, a los efectos del régimen internacional de las formas *ad solennitatem*, la exigencia de dichas formas, de su realización, y para conciliar la regla *locus regit actum* con la ley territorial o la de la nacionalidad, dice que la primera o la ley nacional del sujeto interesado, según los casos, fijará los caracteres formales del acto jurídico en cuestión, el cual será auténtico, solemne o privado, según ellas lo exijan, y que sólo corresponderá a la máxima *regit*, por imperio de la necesidad, la naturaleza de las solemnidades a cumplirse.

Aparte del aspecto especioso de tan sutil delimitación, repudiada por la doctrina, no hay en nuestro código, como en la ley hipotecaria belga, en el código del mismo país (art. 1339), o en el código civil francés, (art. 2128), asidero para ella; por eso creo que cuando Calandrelli distingue la exigencia de la naturaleza de la solemnidad, sometiendo ambas a la ley del lugar de celebración, entiendo simplemente recalcar la competencia de nuestra máxima.

Volviendo a nuestro objeto, preguntamos: ¿la forma de los actos so-

²⁹ Op. cit. T. II, p. 290.

leones es regida en el Código por la regla *locus regit actus*, según parece desprenderse de los artículos 12 y 930? Si recordamos previamente el carácter diferencial de las formas *ad solemnitatem* de las *ad probationem* en la economía del código, la respuesta surgió con claridad. Una donación de inmuebles (art. 1810, inc. 1°) y una compra-venta de inmuebles (art. 1184, inc. 1°), pueden servir de ejemplo. En ambos casos es exigida la escritura pública. Pero la ley no castiga de idéntico modo su omisión. Si suponemos que ambos contratos han sido hechos en escritura privada, la sanción será diferente para uno y otro. La donación, para la cual la escritura pública es exigida *ad solemnitatem*, será nula por imperio de la ley y las partes no tendrán nada que demandar entre ellas; en cambio, la compra-venta, para la cual la escritura pública es exigida *ad probationem*, celebrada en instrumento privado, valdrá como contrato en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (arts. 1185 y 1187).

Tratado el ejemplo al orden instruccional, la solución se completa. Suponiendo el mismo ejemplo anterior, es decir, una donación y una compra-venta de inmuebles, es menester distinguir según que esos contratos hayan sido realizados con el fin de ser ejecutados en la Argentina, o que la ejecución de ellos en ese país dependa de un accidente fortuito, como puede ser un cambio de domicilio de las partes contratantes. Ambos casos están contemplados en nuestro Código en los artículos 1209 y 1205, respectivamente.

Si habiéndose celebrado en forma privada una donación de inmuebles en un país donde no se exige para dicho contrato, como en el nuestro, la presencia de un escribano público o, a falta de éste, la del juez del lugar y dos testigos (art. 1810 inc. 1°) y que por una circunstancia cualquiera ajena a la voluntad de las partes se ejecuta en la República, aquella donación, aún celebrada en forma privada, surtirá todos sus efectos en forma, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1205, 12, 930 y 1182. La solución será la misma y con mayor razón para la compra-venta de inmuebles.

El problema adquiere complejidad y entran en juego otros principios, cuando se trata de actos celebrados en el extranjero, teniendo en mira expresamente por las partes, su ejecución en nuestro país. Volviendo al caso de una donación de inmuebles hecha en el extranjero en forma privada por no exigir más requisitos la ley del lugar de celebración, se trata de averiguar si en el momento de ejecutarse las prestaciones no podrá alegarse la nulidad del contrato por no reunir los requisitos enunciados en el art. 1810, inc. 1°, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1812, 976, 977, 978 y 1209.

Si recordamos la diferencia entre las sanciones con que la ley castiga la exigencia de escritura pública en las donaciones de inmuebles y en la compra-venta de inmuebles, podremos excluir los artículos 1185 y 1187, cuya competencia, en el caso, algunos autores pretenden. Estos artículos —en cuya virtud los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fueren

hechos por instrumento particular firmados por las partes, valdrán como obligación de hacer— no tienen aplicación a las donaciones, pues para éstas, según enunciamos al comienzo del capítulo, aquella es un requisito ad solemnitates cuya ausencia en el orden nacional, no pudiendo ser suplida por ningún otro, causa la inexistencia del contrato que se pretendió realizar. Participan de esa opinión Llerena, Lafaille y Salvat⁸¹; y la jurisprudencia se ha orientado en el mismo sentido declarando la incompetencia en el caso de los artículos 975, 976, 977 y 978 antes citados.

Calandrelli —para quien tendría aplicación a las donaciones lo dispuesto en los artículos 1185 y 1188, ya que siendo el artículo 2150 del proyecto de Feitas, fuere del 1810, al haber suprimido la parte del 2150 que dice que a las donaciones por él mencionadas no se aplican los artículos 1929 y 1934 correspondientes a los artículos 1185 y 1188 de nuestro Código había el codificador manifestado su opinión favorable en el sentido de aplicar a las donaciones del art. 1810 hechas en escritura privada lo dispuesto por los artículos 1185 y 1187 —piensa “que no es siquiera necesario apelar a los artículos 1185 y 1188, porque la donación sería válida, de la misma manera que lo sería suponiéndola en el caso anterior (el de la donación ejecutada accidentalmente en la República); y sería válida porque así como el artículo 1205 consagra implícitamente para el régimen de la forma el imperio de la máxima *locus regit actum*, el art. 1209 excluye la forma de la aplicación de la ley local, no sólo a mérito del texto mismo de la disposición, sino en virtud de los artículos 12, 950, 975 y 1182”⁸².

Si no aceptar la posibilidad de la aplicación de los artículos 1185 a 1187 a las donaciones de inmuebles hechas por escritura privada, pues sería desnaturalizar el carácter de las formas solemnes impuestas por la ley, creo que la de Calandrelli es la verdadera doctrina del Código y coincido con él en la apreciación de sus fundamentos. En efecto, dice: “el imperio de la regla no podría limitarse por los artículos 976 a 978, puesto que esas disposiciones no son de orden internacional, sino puramente local y se refieren a la validez o nulidad de los actos y contratos celebrados en la República; además, si en virtud de esos artículos pudiera anularse en nuestro país el contrato del ejemplo, no sería verdad que, según nuestro Código, las formas y solemnidades de los actos y contratos se rigen por las leyes y usos del lugar en que ellos se celebran. No se trata, por otra parte, de una condición de fondo, como sería la aceptación de la donación por parte del donatario, a la cual no podría aplicarse la regla *locus regit actum*, sino de una condición puramente formal”.

A fin de atenuar la exactitud de esta solución, concorde con los preceptos del Código, agrega el mismo autor: “Es preciso tener muy presente que nuestro Código no dice, como el Código Civil de Zurich, por ejemplo,

⁸¹ V. Salvat, op. cit., § 1819 y s. y Lafaille, op. cit., p. 287.

⁸² Op. cit., T. II, p. 210 y s.

colocándose claramente en el terreno internacional, que se reserva la invalidez de los actos realizados en el extranjero, *aunque de acuerdo con la ley local*, si por razones de orden público no pueden tener efecto en el Camión, sino mediante la observancia de ciertas prescripciones imperativas; no dice, como el Código de Chile (Art. 18), que en los casos en que las leyes chilenas exigen un instrumento público para la prueba que deba rendirse y producir efecto en Chile, no serán válidas las escrituras privadas, *cualesquiera sea la fuerza de ellas en el país en que hayan sido otorgadas*, prescripción que reproduce el artículo 6º del Código Civil del Uruguay; no dice, como el Proyecto de modificaciones del Código Civil de Bélgica (Art. 10), que cuando la ley que rige una disposición exige como condición sustancial que el acto tenga la forma auténtica o la ológrafa, las partes no pueden seguir otra forma, *aunque fuera autorizada por la ley del lugar (país) en que el acto se celebra*.*

Habiéndose podido agotar en esa enumeración, el art. 77 de la ley hipotecaria belga de 1851, que no admite la afectación hipotecaria de inmuebles situados en Bélgica, más que por acto auténtico, y *solo cuando la ley extranjera autoriza la constitución de hipotecas por acto privado*; la ley de introducción al Código Civil Alemán que después de admitir en la segunda parte del art. 11 la competencia de la ley del lugar de celebración para determinar la forma del acto, dice penosamente en la tercera: *la prescripción anterior no se aplica al acto jurídico por el cual se establece un derecho sobre una casa o se dispone de un derecho semejante*; el art. 22 del Código Civil de Colombia (de 1873 adoptado por ley de 1887); y, el art. 18 del de San Salvador, ambos como el 6º del uruguayo, reproducción textual del art. 18 del código civil chileno. También la legislación anglosajonesa (*Statute of frauds*) subordina a la redacción de un escrito la alienación de un inmueble situado en Inglaterra, sólo cuando ella sea hecha en país extranjero; la jurisprudencia griega (**) inserta en el mismo sentido el art. 2º de la ley civil T § A de 1856 y el artículo 48 de la ley sobre el timbre AXKE de 1887 (Tribunal Civil de Atenas, 1897); y, por último, podía citarse el art. 992 del Código Civil de los Países Bajos, el cual declara que "el holandés en país extranjero no podrá hacer su testamento más que por un acto auténtico en la forma de su país".

Los términos de las disposiciones legislativas precedentes marcan bien el sentido limitado en que adoptan ellas la regla *locus regit actus*, y permiten afirmar, razonando a *casus reus*, que nuestro Código según pretendimos demostrar en la argumentación anterior y según se desprende de la ausencia de una disposición semejante a las anteriores, somete sin restricciones la validez de las formas *ad solennitates* al imperio de aquella.

Vico, para quien los artículos 1185 y 1187, crean un lazo intermedio entre la manifestación concorde de voluntades y la realización formal

** V. Journal de dr. int., p. p. 357, 1898.

de acuerdo con las solemnidades de la ley, entiendo que no debe entenderse que cuando la ley fulmina con nulidad el cumplimiento de ciertas formas *ad substantiam* el acto sea inexistente, pues el acto puede valer como otro acto jurídico, que sería un estribón intermedio para la perfección del contrato cuya celebración se buscaba.

2. — No obstante admitir para la forma de los actos el régimen internacional de los artículos 12 y 950, algunos de nuestros autores aceptan ciertas derogaciones. Una de ellas, constituida por las prescripciones del art. 1211, es la referente a la forma del documento de transferencia de bienes raíces situados en la República, celebrada en el extranjero. Dice el art. 1211: "Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de esos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente".

En virtud de lo dispuesto en ese artículo, entiende Vico que "el régimen de la forma de los contratos sobre bienes raíces situados en la República, no está librado a la aplicación amplia de la regla general de los artículos 12 y 950, pues aquél requiere instrumento público y su presentación legalizada; y, además, que si se transfiriese el dominio de dichos bienes, su tradición no podrá hacerse sin la previa protocolización de los contratos por orden de juez competente. Quiero decir, que si basta la presentación de un instrumento legalizado para constituir un usufructo, un anticresis, un derecho de uso y habitación, es necesario, en cambio, protocolizarlo cuando transfiriese propiedad".

El artículo 1211 no representa para mí una derogación absoluta del principio. Trataré de demostrarlo basando mi argumentación en primer lugar en la nota del codificador al mismo artículo.

Aunque el valor de las notas es puramente de interpretación y ellas no deben tomarse en cuenta cuando están en contradicción —como a veces sucede— con el texto legal, en este caso particular, a mi juicio, ella aclara el concepto de la terminología del artículo, revela cuál era la intención del codificador al adoptar, y aún posee de relieve su alto criterio internacional en el sentido de no exigir un documento exclusivo, lo que sería contrario al desenvolvimiento de las relaciones humanas, sino únicamente expresar la necesidad de un documento legalizado.

Leamos al codificador en su nota al art. 1211: "Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar en instrumentos públicos, no se exige que, precisamente, sean hechos por notarios, o escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe

pública, que imprimen autenticidad a los actos y contratos que⁷⁷ pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etc., en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad a los actos, y los notarios se limitan a proesas de letras, o a recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en esas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público.⁷⁸ Haré tan claramente expuesto el criterio de Vélez sobre lo que entendió exigir al referirse a instrumento público en el artículo 1211, que casi obvia el comentario.

Si admitiéramos, con Laurent y con Calandrelli, la distinción entre la exigencia de una formalidad y su naturaleza, este sería un caso típico de su aplicación. El codificador exige un instrumento público para los contratos celebrados en el extranjero con el objeto de transferir derechos reales sobre bienes raíces situados en la República; pero en la nota él mismo acerca el alcance de su exigencia y explica que al referirse a instrumento público, no entiende que, precisamente, sean hechos por escribanos públicos o notarios; porque, si bien en la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de imprimir autenticidad a los actos y contratos pasados ante ellos, hay otras en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad a los actos, y como no sería posible impedir a los habitantes de esas naciones celebrar contratos sobre los bienes inmuebles de nuestro país, acepta la naturaleza de la autenticidad según la ley del lugar de celebración.

Aún no admitiendo el criterio de Laurent, creo que podría llegarse a la misma conclusión extramando el análisis de la nota, siempre a la luz de las disposiciones del código.

El art. 1211 no constituye una derogación al régimen internacional de las formas sancionado por el Código en los artículos 12 y 930.

En otros términos, cuando en un país donde para la constitución de derechos reales sobre inmuebles la ley local no exige la intervención de un escribano, o los escribanos no se ocupan de recibir esos actos, o los funcionarios encargados por la ley de dar autenticidad no están facultados para recibir estos a que me refiero, ¿quiere decir que dos personas, encontrándose en él deberán renunciar a transferir derechos reales sobre inmuebles propios situados en la República por no poder hacerlo conforme a las prescripciones de la ley argentina? El mismo Vélez en su nota, tan clara, dice: "respecto de los contratos hechos en esas naciones, Austria, Prusia, etc., aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público" y, si el instrumento fuera privado por no exigir más la ley del lugar de celebración, también sería válido para mí en virtud de lo dispuesto en el art. 12 y sus concordantes. Podría reproducirse, además, toda la argumentación hecha con respecto a las donaciones.

Aún pudiera agregarse que si la diferencia entre el acto auténtico y el privado es únicamente de forma y dentro de ésta, en el orden internacional, la escritura privada de un país, donde para ciertos actos no se exigen requisitos, debe corresponder al instrumento público de otro país para esos mismos actos. De no admitirlo, muy estrecho sería el campo de aplicación de la regla *locus regit actum* y muy insignificante su papel en el desenvolvimiento de las relaciones humanas. En el mismo sentido y en términos categóricos se expresa Demolombe quien, dice, refiriéndose a las formalidades *extérieures* o *probantes*: "la regla respecto a la autenticidad, es que el acto hecho según las formas usadas en el país de celebración, debe ser considerado regular y hacer fe en todas partes; es en ese sentido que se dice: *locus regit actum*"²⁴.

En los fundamentos de Coloso, motivando su voto en disidencia con la mayoría, en el famoso fallo de marzo de 1922 — sobre el régimen del derecho sucesorio argentino²⁵— he encontrado una confirmación de mi opinión.

Le dejo la palabra: "Basta hablar de inmuebles, para que todo cese. Basta invocar la nacionalidad y el argentinozmo para que todo tiemble, para que todo calle, así se trate de la misma moral o del simple buen sentido. Y este país de inmigración, este país de la construcción y las instituciones más liberales y del mayor humanismo, resultaría una especie de arca santa, algo como una urna cerrada a todo cuanto fuera no ya generosidad, sino principio científico, consorcio internacional y todo el resto. Por de pronto, no es cierto que cuanto se refiera a inmuebles quede sujeto a la ley local. El mismo código admite la aplicación de la ley extranjera con respecto a inmuebles situados en nuestro territorio en punto a capacidad de hecho (art. 7°); en punto a las solemnidades externas del instrumento de transmisión (art. 12, 939, 1180, 1211), etc."

En el mismo sentido de mi argumentación se pronunció Calandrelli, quien se apoya además en un fallo de la Suprema Corte, donde éste, refiriéndose a instrumentos públicos otorgados en el extranjero, dice que "la validez de ellos no puede ser impugnada por falta de las formas y solemnidades exigidas por nuestras leyes, pues son sólo las de aquel país las que rigen las mencionadas formas de los contratos e instrumentos públicos". Felicitamos la jurisprudencia de nuestros tribunales, en nuestros fallos, se ha pronunciado en el sentido anterior, acusando en la interpretación de los artículos concernientes a la forma de los actos en el orden internacional, un excusable espíritu liberal.

Al admitir el alcance del art. 1211 dentro de los límites esbozados, de

²⁴ Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*. T. I. p. 127; § 195, ed. 1880.

²⁵ *Gaceta del Foro*, N° 1797, p. 150. *Revista Argentina*, año V, N° 30 (Marzo), p. 125.

ningún modo voy en contra de la legalización exigida. Por el contrario, la considero esencial para comprobar y certificar la autenticidad de los documentos en cuestión, así como a la protocolización por orden de juez competente que debe ser previa a la tradición, si por aquélla se transfiere el dominio de bienes raíces situados en el país. Concurriera estos requisitos una fase de la competencia de la *lex fori* en materia de procedimiento y dependiendo la administración de las pruebas de la organización de la justicia en cada país, el dominio de aquélla es incontestable.

En el mismo hipotecario en materia de publicidad, por similitudes, concordantes con el art. 1211. Me refiero a los artículos 3128 y, en particular, al 3129. Dice así: "Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211 del título *De los contratos en general*. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe ser una cosa lícita por las leyes de la República".

La segunda parte del artículo contiene medida de publicidad establecida en beneficio de los terceros interesados que no son requisitos formales como los exigidos para la validez del contrato entre las partes.

Visto de acuerdo con Zeballos, en defecto de escritura pública hecho en el exterior para la constitución de derechos reales especialmente de hipoteca sobre bienes raíces situados en la Argentina, admite su celebración originaria en forma privada y su conversión en un acto equivalente a aquel que reviste la forma de instrumento público, mediante el reconocimiento de la firma hecha por la parte obligada en el documento privado. Zeballos se pronuncia en ese sentido, apoyándose en el artículo 1026, cuyo texto es el siguiente: "El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores".

La forma de los actos privados.

Con método un tanto desordenado he ido planteando y resolviendo los problemas referentes a la extensión de la regla *locus regit actum* en nuestro derecho civil. A fin de completar esos puntos de vista, sólo me resta referirme a su aplicación respecto de los actos privados.

No son éstos los que menos controversias han suscitado en la doctrina. Después de un análisis superficial podría sostenerse que nuestra máxima no debe aplicarse a ellos. En efecto: en estos actos las partes obran solas, no tienen necesidad de recurrir a los oficiales públicos de los países de celebración y el imperio de la autonomía de la voluntad puede ejercerse líber-

mente. Desaparecida la razón de necesidad que justifica la regla en el caso de actos solemnes o auténticos, amén de las otras causas que ya veremos, parece inoportuna su aplicación a los actos privados. No lo entendieron así los comentaristas del siglo XVIII, quienes, reaccionando sobre los autores más antiguos, partidarios de esa distinción, adoptaron la regla *locus regit actum* para toda especie de actos, procediendo con bastante buen sentido.

En la práctica es raro que las partes redacten por sí solas sus actos jurídicos, ya sean contratos o disposiciones de última voluntad. Desconfiando de su ignorancia del derecho y temiendo cometer ilegalidades, consultan a los abogados y notarios, y estas personas, al redactar los escritos, se conforman en cuanto a las formas con la ley del país donde ejercen su ministerio y donde están habilitados para realizar esas funciones. Redactados en esa forma, los actos harán fe en todas partes, pues, de lo contrario, como decía Portalis en la Exposición de motivos del Proyecto de Código francés, desaparecería la seguridad en las relaciones civiles.

Admitir otra solución sería "hacer pagar muy caro a la persona ausente por mucho tiempo de su país, la ignorancia, excusable por otra parte, en que se encuentra, de las formalidades a las cuales su legislación nacional subordina la validez de los actos, suacando a esos de nulidad si no están conformes con ella, cuando la ley del lugar de celebración admite su regularidad. La exclusión de la *lex loci* y su remplazo por la ley nacional o del domicilio, traería muchas dificultades en el caso tan común, de individuos con leyes personales distintas, cuyas prescripciones sería menester observar acumulativamente, y eso descurando los probables antagonismos tan frecuentes entre ellas. Ya Boullenois (*Déclaration des biens*, p. 141) decía que eso "ne servirait, qu'à embarrasser et retarder les traités et conventions des hommes, et rendre leurs actes exposés à mille questions litigieuses"²².

Los autores modernos más prestigiosos reconocen la utilidad de la regla *locus regit actum*, tanto para los actos privados como para los solemnes y auténticos.

Las disposiciones del Código Civil están completamente de acuerdo con el criterio de dichos autores y en conformidad con la teoría de las formas en el orden internacional, expuesta con respecto a aquellas dos categorías de actos.

El art. 1020, deja librado de la manera más amplia, a la voluntad de las partes, lo concerniente a la forma, idioma y solemnidades, reconociendo que para los actos privados no hay forma alguna especial.

El art. 1021 exige para los actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales la redacción en tantos originales como partes haya con

²² Weir, *op. cit.*, T. III, p. 116.

un interés distinto; pero el 1023, en cuya virtud: "El defecto de redacción en diversos ejemplares, en los actos perfectamente bilaterales, no anula las convenciones contenidas en ellos, si por otras pruebas se demuestra que el acto fue concluido de una manera definitiva", demuestra el carácter de aquella exigencia.

No siendo necesaria en el lugar de celebración la redacción de tantos ejemplares como partes intervienen en el acto, su forma será válida ante nuestro derecho por aplicación de la máxima *locus regit actum*. Su predominio en los actos jurídicos privados, después de las razones expuestas con motivo de los solemnes y asolados, parece inconcebible, máxime trasladose de formas exigidas únicamente al *probativum*, como en este caso (art. 1023 in fine).

IX. Carácter de la regla "Locus regit actum" ¿Es obligatoria o facultativa en la legislación argentina?

En doctrina, el problema referente al carácter de la regla *locus regit actum* está resuelto si se atiende a los fundamentos racionales aducidos en apoyo de su adopción y al número de tradiciones partidarias de su aplicación facultativa por las partes interesadas. Esta *ferrosísima* *questio* ha dejado ya de serlo en el sentir de los autores. Armand Lainé, en un erudito estudio publicado en el *Journal Clésot*, ensancha considerablemente el campo potestativo concedido a las partes en la elección de las formas de los actos privados, pero no respecto a los públicos, pues— dice— "si las formas exigidas por la ley del lugar para su autenticidad no han sido seguidas, no pueden tener el valor de actos auténticos en ninguna parte, ni aún en el estado donde la ley hubiera sido observada. La razón es que no obedeciendo a la ley de su país, el oficial público falta a una de las condiciones a las cuales está sometido al ejercicio de su cargo, y que el acto indebidamente redactado por él no podría ser válido en ningún lugar. Es como si este acto emanase de un ministro incompetente".

Con relación a los actos privados la situación no es la misma; el acto puede estar en contacto con muchas leyes que serían: la ley del país donde tienen su asiento los jueces llamados a entender en caso de controversia ulterior; la ley nacional o la del domicilio de las partes; la ley del país donde el acto ha sido hecho; y, la ley del lugar donde están situados los bienes objeto de aquél. A juicio del autor, una influencia legítima asientada en tantos diversos parámetros a todas esas leyes y no reconocido sería ser arbitrario. Dando imperio absoluto a la regla *locus regit actum* se excluiría esas leyes cuya observancia puede ser útil, cuando no necesaria; y, en derecho internacional privado esa materia debe ser regida según miras muy amplias y liberales, tanto que las partes deben gozar en ella, sino de una autonomía plena y entera, por lo menos de una autonomía que dentro de los límites precisos expuestos por Lainé, no tiene nada de ilegítima ni excesiva.

Subordinando la validez de los actos, salvo los públicos, al cumplimiento exacto de cualesquiera de las leyes con las cuales pueden estar en contacto, se disminuyen, hasta hacerlas problemáticas, las causas de invalidez de dichos actos; e implícitamente, al favorecer a los sujetos del derecho, se cumplen los altos fines de nuestra disciplina, pues los actos se hacen para ser cumplidos y los Estados no tienen absolutamente, no deben tener, ningún interés en imponer autidades.

La opinión extranjera más calificada, apoyándose en razones diferentes y en términos no siempre de la misma extensión, se pronuncia por el carácter facultativo de la regla *locus regit actum*; así Savigny, Foelix; Aubry y Rau, Baudry-Lacanzinerie, Bocher, Despagne y de Boeck, Surville et Arbays, Pillet, Despagne, Alberico Rolin, E. Naquet, Weiss y Fiore.⁸⁷

En realidad, las formas exigidas en un país, están lejos de constituir un principio de orden necesario y obligatorio, cuyo respeto se imponería a nacionales y extranjeros en igual medida, y tal cual quiso imponerlo la doctrina de la primera mitad del siglo XIX, sin influenciada por la autoridad de los maestros de los siglos precedentes —Dumoulin, Loiseau, Pothier, Boullenois,— el principio de los cuales era todavía muy grande para permitir una reacción. O como lo entienden aquellos autores que considerando a las leyes sobre las formas establecidas en cada estado en armonía con las costumbres, las instituciones, el espíritu del país, les asignan el carácter de leyes de orden público.

De ser ciertos los dos criterios anteriores, no podrían aceptarse en esa materia sino exigencias legislativas absolutas; y todo el armazón de los códigos y las disposiciones de las leyes nos están mostrando derogaciones y atenuaciones a la rigidez de los principios, más o menos aconsejadas, evidentemente, según la naturaleza de las relaciones de derecho contempladas. En materia comercial hay menos rigor que en materia civil, y dentro de ésta, las sustituciones y equivalencias se admiten con más facilidad en lo concerniente a los contratos y obligaciones, por ejemplo, que en lo relativo al régimen inmobiliario o de la familia.

Al imponer obligaciones a las partes en el régimen de las formas, se busca proteger su interés particular, más bien, como ya hemos dicho muchas veces, que el interés público; y si razones de necesidad y de utilidad no hubieran creado la regla *locus regit actum* se hubiera escudado seguramente a permitir el uso de la ley personal sea del domicilio o de la nacionalidad antes que erigir en principio absoluto la territorialidad de las leyes de forma.

De las razones con que los autores motivan su elección se desprende

⁸⁷ En Imperativo para México (op. cit., v. *Formas*, Sec. II, § III, Art. 1º, Nº 3 y v. *Tratados*, Sec. 2, § 4, Art. 3); Demoulin (Traité des donations et testaments, T. 4º, Nº 402 y s.); Laurent (op. cit., T. II, p. 444, Nº 265); Dumoulin (op. cit., p. 109 y s.) y Vassiliev - Sommarin, (op. cit., T. I, p. 103 y s.).

que el propósito de protección al nacional ha influido en gran parte para sumar opiniones en el sentido de reconocer el carácter facultativo de la máxima. La regla *locus regit actus* significa, para muchos de ellos, un favor, una derogación hecha, en interés del nacional, al derecho común de la personalidad de la ley. El carácter facultativo de nuestra máxima tiene para la doctrina moderna el mismo valor o importancia que asumió en el concepto de los *glanslozes*. En la hipótesis del tratamiento hecho en Venecia por un extranjero, ante dos testigos, cuando según el derecho romano debían ser siete, al reconocer la validez de aquél, se procedía graciosamente y haciendo un favor a las partes; si ésa, en lugar de acogerse a los beneficios de un estatuto más liberal cumplían las exigencias del derecho común, el conflicto no se producía. Entendían juiciosamente que la concesión de un beneficio no significaba, en ese caso, anular el derecho de opción y mucho menos imponer una forma determinada aún cuando fuera más cómoda.

Con análogo buen sentido, la doctrina más moderna, al acoger la máxima, no pretende quitar toda incumbencia a la ley personal, sea nacional o del domicilio. "Esta competencia racional de la ley nacional de los interesados (yo he agregado en éste como en todos los otros casos la ley del domicilio, respetando la orientación hacia ella de todo el grupo anglo-sajón y sudamericano y especialmente de nuestra legislación), dice Pille²⁸, no es tan clara en el caso presente como en otros dominios del derecho; pero el carácter protector de las leyes de esta clase resulta suficientemente como para que se pueda invocar en el extranjero. Por lo tanto, la regla *locus regit actus* es, según nosotros, facultativa, y las partes conservan el recurso de usar de las formas organizadas por su legislación nacional, en cuanto puedan hacerlo".

Como consagración en un cuerpo legal del carácter facultativo de la máxima, merece recordarse el art. 18 del Código Civil de Guatemala, sancionado este año, el cual, después de reconocerla en la primera parte, agrega: "Sin embargo, los guatemaltecos o extranjeros residentes fuera de la República, podrán sujetarse a las formas y solemnidades prescriptas por las leyes guatemaltecas, en los casos en que el acto haya de estar ejecución en la misma República".

Los autores —por lo menos los franceses y para nosotros, ya contentándose a la legislación argentina, son los más interesantes por los puntos de contacto entre el código civil argentino y el francés y por la influencia ejercida por sus enseñanzas en las interpretaciones de nuestra doctrina y jurisprudencia,— los autores franceses, digo, no han tropezado con dificultades provenientes del texto como puede sucederles en esta materia a los nuestros.

²⁸ Pille. — Principes, T. II, p. 314.

La ausencia en la legislación francesa de un artículo especial consagrando la máxima en términos expuestos, permite poner en práctica en la vida diaria de aquel país esa tolerancia aconsejada por la doctrina.

La disposición del artículo 999 del Código Napoleón (Encontrándose un francés en país extranjero, podrá hacer sus disposiciones testamentarias por acto bajo forma privada, como está dispuesto en el artículo 970⁸⁹, o por actos auténticos, con las formas usadas en el lugar en que este acto sea realizado), acordando al francés estar fuera de su país en la forma obligada de su patria, aunque no significa la reciprocidad en favor del extranjero, ofrece un firme argumento en pro del carácter facultativo de la regla *lex loci regit actum* en ese derecho.

La posición de nuestros estatutos no es tan favorecida. Los términos del artículo 12 consagrando la máxima en la parte general del Código, y la amplitud del artículo 950, complementado, según hemos visto, de aquel, disminuyen el valor de cualquier atenuación a ese rigorismo. La existencia aislada de un artículo que como el 999 francés pudiera significar en nuestro Código Civil un asidero para una interpretación inteligente y moderna consistiría, cuanto más, un caso aislado, una aplicación parcial del carácter facultativo de la máxima, tal como sucede con el art. 3638 del título "De las formas de los testamentos".

Disposiciones concernientes a instituciones legisladas por el Código, aún cuando terminantes a este respecto, no podrían cambiar los caracteres de la regla por la colocación de ésta en la parte general, de derecho internacional privado, diremos.

La solución sólo podrá ser ofrecida por otra declaración de esa parte general. El inciso 4º del artículo 14 parece reunir los caracteres requeridos. Contempla dicho artículo en cuatro incisos, los casos en que las leyes extranjeras no serán aplicables, y en el 4º las incluye: "Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos".

Veamos, a través de dos autores penitenciosos, cuál es la solución.

Cree Calandrelli que, "se haga o no distinción entre los actos auténticos y los actos privados, es indudable que nuestro Código no tiene, respecto de la cuestión propuesta, una disposición terminante; pero de acuerdo con el inciso 4º del artículo 14, puede concluirse sin necesidad de apelar a la doctrina general que, por nuestra ley, el principio es facultativo"⁹⁰.

⁸⁹ Art. 970. — "El testamento obligado no será válido si no está escrito todo entero, fechado y firmado por la mano del testador; no está sometido a ninguna otra forma".

⁹⁰ Op. cit. T. II, p. 312.

Entiende, además, que el carácter de la regla en el Código, debe referirse a través de sus aplicaciones, confrontando sus diversas disposiciones sin apelar a la doctrina extranjera, superflua en esta materia por ser suficientemente claro el sistema civil nacional, y contempla, al efecto, los tres casos posibles y únicos capaces de suscitar discusiones: 1º actos solemnes; 2º, actos auténticos; 3º, actos privados.

Respecto a estos tres clases de actos, la competencia de la máxima *locus regit actum* es indiscutible para Calandrelli; y habiéndolo ya suficientemente probado en páginas anteriores, por haber elegido otro método, con clem del mismo profesor, omito repetir su argumentación. Reproduzco, eso sí, la parte donde plantea y resuelve la premisa con que iniciamos su parecer. "Si en el acto solemne, en el acto auténtico, o en el acto bajo firma privada, los contratantes hubieran adoptado una forma que, sin hallarse de acuerdo con las exigencias de la ley local, satisficiera, sin embargo, las prescripciones por nuestro Código; si en el primer caso las partes hubieran convenido una donación ante escribano público, en lugar de hacerlo en escritura privada (actos solemnes); si en el segundo hubieran ocurrido ante el mismo escribano, en lugar de procurar la fe pública de un magistrado (actos auténticos); si en el tercero hubieran hecho tantos originales como partes hubiese con interés distinto en el contrato, en vez de redactar un sólo original (actos privados) ¿podría concluirse que los actos, contratos o instrumentos otorgados serían ineficaces en nuestro país porque contraviniesen las leyes locales, no obstante haberse los contratantes, conformado a las disposiciones de nuestro Código Civil?

Es evidente que ante las prescripciones y normas recordadas (véase el trabajo del autor, en sus Cuadernos T. H., p. 191 y s.), la conclusión sería forzada e injustificada. De aquellas solamente puede inferirse que *es suficiente observar las exigencias de la ley del lugar para ser considerado válido en el nuestro, el instrumento público, el cual no podría ser impugnado porque respondiese a las formas establecidas en nuestra ley*".

Y nuestros jueces no podrían desamparar tales contratos porque, en presencia de aquella validez alternativa según las leyes extranjera y argentina, ellos deberían aplicar en inciso 4º del artículo 14, según el cual, las leyes extranjeras no pueden aplicarse cuando las de este Código, en colisión con ellas, sean más favorables a la validez del acto".

Prescindiendo de resumir los considerandos en que se apoya Zeballos,⁴¹ para quien, como para el Dr. Vico, la regla *locus regit actum* es imperativa en "nuestro Código; por no admitir, necesariamente a no obstante sus orígenes, verdaderamente interesantes.

Vico por su parte, como he dicho, enuncia en las conferencias pronun-

⁴¹ Véase Zeballos. — Op. cit. T. II. p. 316.

ciadas en La Plata, una opinión contraria a la de Calandrelli. Por ser anterior, por citarlo en dichos apuntes y por parecerme que allí ha vertido su interpretación en la forma clara y sinéctica que le es peculiar, me referiré especialmente a su artículo "La regla *locus regit actum* en la legislación argentina. ¿Es facultativa u obligatoria?"⁴²

Esta disposición del artículo 14 de la cual deriva un derecho de opción que haría facultativo seguir la regla *locus regit actum* o la ley argentina, es, para Vico, de excepción y reviste carácter general, resultando ésto característico del cuerpo del artículo.

En las reglas de Derecho Internacional Privado consignadas por el Código, se establece que las leyes extranjeras se aplican en cada caso previsto, sin tener especialmente en cuenta el contenido de dichas leyes (art. 13). Más, como así podría llegarse a aplicar leyes extranjeras incompatibles con el concepto de la moral, de las necesidades o sentimientos nacionales, la doctrina limita esta aplicación por el orden público y nuestro Código Civil trata de precisar, en el art. 14, los casos de excepción a la extraterritorialidad reconocida a las leyes extranjeras en nuestro país; entre esos casos está el del inciso 4°, y dice: "Resulta esta disposición así comprendida, una derogación a la aplicación de las leyes extranjeras para todos los casos que el Código las autoriza. Por eso es excepción. Pero no es sólo para las formas y solemnidades de los actos jurídicos: se refiere igualmente a la capacidad o incapacidad de las personas, cuando trae como consecuencia la nulidad de los actos; a la ley que rige la sustancia del acto mismo con relación a su validez o nulidad (no en cuanto a sus efectos porque en este caso no se cuestiona su validez). Por eso es general. Esta derogación del derecho internacional privado por el derecho interno, impone una excepción a las reglas generales de aquí y, por lo tanto, es de estricta interpretación. La regla general (art. 12 y 930), en cuanto a las formas, será *potest* obligatoria, salvo las excepciones especiales indicadas por el Código (art. 111) y salvo la prevalencia de la ley argentina, que sería la *lex fori*, también, cuando la aplicación de la regla general del art. 12 trajese la nulidad total y parcial del acto".

Tal es, en síntesis, la opinión de Vico.

Yo creo que en este problema del carácter de las leyes sobre la forma de los actos en nuestro derecho, es menester distinguir dos aspectos: la aplicación de la regla respecto a los actos realizados en un país extranjero por personas domiciliadas en el nuestro, con prescindencia de su nacionalidad, o por consecuencia otras personas para tener efectos en la Argentina.

En el primer caso las partes deberán acoger ante todo, si quieren realizar un acto válido, a las exigencias de la ley donde el acto será ejecutado

⁴² *Revista de Derecho, Historia y Letras*, N° 48, año 1914, p. 309.

o donde producirá sus efectos. Si esa ley admite como suficientes en cuanto a las formas del acto las requeridas por la ley del lugar de celebración, las partes realizarán su acto de conformidad con la ley argentina; si exige el cumplimiento de las formalidades de la ley donde el acto será ejecutado o las de la ley nacional de las partes, lo que es más común tratándose de *legis europeos*, las partes tratarán de conformarse en nuestro país a esa exigencia siempre que lo puedan y nuestra ley lo permita.

El segundo caso es más interesante para nosotros; en él se contempla el problema del carácter de la regla *locus regit actum* en el Código Civil.

Vico cree que "no sería admisible en nuestra legislación que las partes siguieran, en cuanto a la forma de los actos, su ley nacional común, ni la ley de su común domicilio, ni la ley de otro país voluntariamente elegida para regir la forma del acto que tiene una forma determinada por nuestra legislación".

Me parece que Vico entiende demasiado la opción concedida a las partes en la elección de leyes, naturalmente quedando a las palabras *facultatis* en nuestra significación tal debía ser el carácter de esa concesión; pero, ya hemos visto que, fuera de Lainé, quien todavía presenta su tesis como un esbozo de teoría, el contenido de aquella palabra es el sencir de la doctrina, es mucho más restringido. Significa simplemente, la elección concedida a las partes entre la ley del lugar de celebración y su ley personal nacional o del domicilio; más comúnmente la primera.

Volviendo a nuestro caso, las personas competidas en él podrán usar la ley del lugar de celebración, en eso no hay dificultad (art. 12); lo mismo que su ley personal de la nacionalidad, siempre que la ley del lugar de celebración lo admitiera, pues, si para ésta el acto es válido también deberá serlo para la nuestra; y también la ley de su domicilio por la misma causa.

Si se trata de personas domiciliadas en nuestro país que quisieran usar las prescripciones de nuestra ley, su situación sería semejante a la de nuestros compatriotas, para quienes ésta sería además su ley nacional. He aquí planteado el problema.

Además de la ley del lugar de celebración cuyo uso está consagrado por el artículo 12 y concordantes en nuestro Código, podrán esas personas, válidamente de acuerdo a la ley argentina, realizar sus actos en el extranjero sujetándose a las prescripciones de ésta?

Ya se conoce la respuesta afirmativa de Calandrelli, apoyándose en lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 14.

Vemos la de Vico. Dice éste: "No podría decirse que el artículo 14, inciso 4º da el derecho o la facultad de elegir entre la ley del lugar del acto y la ley argentina porque sólo permite por excepción la aplicación de esa que ella no autoriza. Y si no lo declarase talo, la forma del acto aunque fuese

la de la ley argentina, estaría regida por la ley del lugar de la celebraci6n y no por esta ulti ma.

"A primer hora podria parecer— contina— que el mecanismo del articulo 14, inciso 4° produce igual efecto que si existiese redactado en forma que facultase al autor o autores de un acto juridico, a elegir la forma, optando entre las de la ley del lugar de celebraci6n y la ley argentina, en cuyo caso podria decirse que, dentro de los limites de esa opci6n, la regla es facultativa en nuestro derecho.

"Mas eso nos llevaria a considerar como facultativa una regla que no existe sino en uno de los dos terminos de la opci6n, porque el otro termino implica la nulidad del acto. Como seria dejar al arbitrio de las partes la nulidad de este, la ley argentina, interpretando la voluntad de las partes que no puede haber sido realizar un acto nulo, le acuerda la validez si ella resulta de su ley interna.

"No es, pues, termina el doctor Vico, en virtud de una facultad de las partes, que bien podian ignorar en absoluto la ley argentina de las formas, sino en virtud de una racional interpretaci6n de la voluntad de las partes, en el sentido de que al hacer el acto han entendido hacer algo real y no algo nulo, que se aplica el art. 14, inc. 4°.

Pero si suponemos que las partes conocian la ley argentina, por ser su ley nacional o la ley de su domicilio, y la observan en un acto celebrado en el extranjero, ¿ese acto sera nulo ante nuestra ley por no haberse observado las prescripciones de la ley del lugar de celebraci6n consagrada por el art. 12 del C6digo?

No creo que ningun juez argentino se atreviera a declarar su nulidad, en caso de celebraci6n entre las partes, por no haberse realizado conforme a la ley del lugar de celebraci6n si esta perfecta, en cuanto a las formas, de acuerdo a la ley argentina.

Esa soluci6n seria general, sin atenuaciones, aceptando el caracter facultativo de la regla *locus regit actum*, en virtud del articulo 14, inciso 4°; y seria parcial, limitada a los casos de nulidad, aceptando el criterio que ve en dicha disposici6n una excepci6n taxativa a la regla del articulo 12.

Conclusi6n: la regla *locus regit actum* est6 consagrada, en nuestro C6digo, con un caracter *facultativo atenuado*.

X. Carácter facultativo de la regla "locus regit actum"

El caracter imperativo de la regla *Locus*, que fue adoptada casi unánimemente por la jurisprudencia, la doctrina y la legislaci6n del siglo XIX, ha sufrido, sin embargo, en esta ulti ma, a partir de mediados de ese siglo, y en la jurisprudencia un cambio, en el sentido que su caracter facultativo va acrecentándose cada vez mäs.

En Francia dominó el carácter imperativo en la jurisprudencia y en el Cód. Napoleón. Aunque no se definieron las "formas" y por ello no se consagró explícitamente la regla *locus*, se la adoptó en los art. 47, 170 y 999, que se refieren, el primero, a los actos de estado civil de los franceses y de los extranjeros hechos en país extranjero y que se someten a las formas usadas en ese país; el segundo, al matrimonio contraído en país extranjero entre franceses y entre francés y extranjero y que se somete en cuanto a su validez, desde el punto de vista de las formas, a las usadas en el país de celebración y, finalmente, en el tercero, relativo a los testamentos, que dispone que el francés que se encuentre en país extranjero podrá hacer sus disposiciones testamentarias por acto bajo firma privada (art. 970 que se refiere al testamento olográfico), o por acto auténtico, con las formas usadas en el lugar en que el acto se realice.

Las razones que hicieron adoptar la regla *locus* (observación inmediata de las mismas y conocimiento del lugar de otorgamiento, así como el hecho de que en rigor sólo se comprometa el interés de las partes), han perdido fuerza en la doctrina contemporánea. Ella aseguraba a las partes que el contrato que ellas celebraban sería válido, en el lugar de celebración y en cualquier otro país. Como puede suceder que las partes apliquen una ley que concierne (la de su nacionalidad común, la de su domicilio común e incluso la del lugar del cumplimiento de la obligación), no hay inconveniente en reconocer entonces, hasta por razones de seguridad en las transacciones, el carácter facultativo de la regla. (*Boiffard Tr. théor. de Dr. I. Fried, ed. 1939, pág. 631-633.*)

Carácter facultativo en el derecho positivo.

Art. 11 de la Ley de Introducción al Cód. Civil Alemán, de 1896: "La forma de un acto jurídico es determinada por las leyes que rigen la relación de derecho que forma el objeto del acto.

Es suficiente, sin embargo, la observación de las leyes en que el acto se ha celebrado.

La prescripción del párrafo 1 pr. 2 no se aplica al acto jurídico por el cual se establece un derecho sobre una cosa o se dispone de un derecho semejante.

Art. 9 de las Disposic. sobre publicac., interpretac. y aplicación de las leyes en general (Código Civil Italiano de 1865): "La forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad son determinadas por la ley del lugar en que se han hecho. Sin embargo, es facultad del disponente o de los contrayentes, seguir la forma de la ley nacional, siempre que ésta sea común a todas las partes".

Cód. Civil Italiano de 1942. (Las disposiciones sobre las leyes en general y el Libro I, fueron promulgadas en 1938)

Art. 36 (De las disposiciones preliminares). Ley reguladora de la forma de los actos: "La forma de los actos entre vivos y de los actos de última voluntad es regulada por la ley del lugar en que el acto se ha realizado, o por aquella que regula la sustancia del acto, o también por la ley nacional del disponente o de aquella de los contratantes, si es común.

La forma de publicidad de los actos de constitución, de transmisión y de extinción de los derechos sobre cosa está regulada por la ley del lugar en que la cosa se encuentra".

Art. 180 del Cód. Bursátil. "Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito".

Art. 32 del Tr. de Der. Civ. Internac. de Montevideo, de 1889: "La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente".

^{1.} *Ex. art. 39,* con respecto a las formas de los instrumentos públicos, que se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

En el *art. 36 del Tr. de Der. Cív. Internac. de Montevideo de 1940,* se dispone que "La ley que rige los actos jurídicos (art. 37 ley del lugar en que los contratos deben cumplirse), decide sobre la calidad del documento correspondiente. Y se agrega:

"Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado".

La disposición relativa a la ley que regula las formas y solemnidades, agregada al art. 36, ha hecho innecesario referirse especialmente a las formas de los instrumentos públicos, (art. 39 del Tr. de 1889), por lo que no hay artículo que se refiera especialmente a ellos; pero en definitiva no se acepta el carácter facultativo.

En cambio, adopea el carácter facultativo de la regla "locus...", la "Convención, destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y billetes a la orden", suscripta en Ginebra en 1930, conjuntamente con la "Convención de Ley uniforme sobre letras de cambio y billetes a la orden", que se firmó también en Ginebra, en 1930.

El art. 3 dice: "La forma de las obligaciones tomadas en materia de letra de cambio y de billete a la orden es regulada por la ley del país en el territorio del cual esas obligaciones fueron suscriptas.

Sin embargo, si las obligaciones suscriptas sobre una l. de c. o un billete a la orden no son válidas según las disposiciones del párrafo pre-

ordenes, pero ellas están de acuerdo con la legislación del Estado en que un compromiso ulterior ha sido suscripto, la circunstancia que las primeras obligaciones sean irregulares en cuanto a su forma, no afecta la validez de la obligación ulterior.

En el tercer apartado se establece el carácter facultativo de la regla "locus...". Dice así: "Cada una de las Altas Partes Contratantes tiene la facultad de prescribir que las obligaciones tomadas en materia de letras de cambio y de billetes a la orden en el extranjero, por uno de sus súbditos, serán válidas con respecto a otro de sus súbditos sobre su territorio, a condición que ellas se hayan tomado en la forma prescrita por la ley nacional".

La jurisprudencia francesa que antes se había pronunciado por el carácter imperativo de la regla "Locus...", a partir de una célebre sentencia de la Corte de Casación del 20 de julio de 1909, ha aceptado el carácter facultativo. La decisión se tomó en materia de testamentos, pero hay acuerdo en extenderla, generalmente, al conjunto de los actos jurídicos y especialmente a los contratos. (Ver Baiffol, *op. cit.*, pág. 633, par. 581). Debe aclararse que la jurisprudencia no ha previsto más que la posibilidad de sustituir por las formas de la ley nacional las del lugar en que el testamento se hubiera redactado.

En esto habita coincidencia con las disposiciones pertinentes del Cód. Civil Italiano de 1865 y el de 1942 (Tit. preliminar).

Conviene recordar que el art. 11 de la Ley de Intr. al Cód. Civil Alemán, aplica la ley de la situación, a los contratos creadores de derechos reales.

Gran Bretaña. "Wills Act, de 1861. Esta ley se dictó para remediar la situación de los testadores de nacionalidad británica domiciliados en el extranjero. Ellos les permite elegir entre varios sistemas de derecho para la forma de su testamento. La ley fue inspirada por el *affaire "Bremer v. Freeman"*, en el cual el "Judicial Committee of the Privy Council" había considerado como nulo el testamento hecho según la forma inglesa por una testadora británica domiciliada en Francia. (*Aspectos filosóficos del derecho internacional privado inglés*, por R. H. Graveson, en "Revue critique de Dr. International privé; año 1962, pág. 397, especialmente pág. 405).

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Lausana, de 1927 incorporó la regla *locus regit actus* a las disposiciones aceptadas en Derecho Internacional Privado.

XI.— Jurisprudencia.

CAMARAS EN LO CIVIL DE LA CAPITAL

Fallos. T. 2, P. 352.— 5 de noviembre de 1983.
Impuesto de sellos

El sello que corresponde a los actos, contratos, documentos u obligaciones otorgados en país extranjero y que deban ejecutarse, pagarse o producir efecto fuera y dentro del territorio de la nación, no es el que corresponde al valor total de ellos, sino sólo a la cantidad o valor que haya de pagarse o hacerse cuya concurrencia hayan de producir efectos en la República.

Fallos, T. 13, P. 17.— 18 de Febrero de 1888.

Validez de un instrumento público.

La nulidad de los instrumentos públicos debe juzgarse con arreglo a las leyes del país de su otorgamiento.

Fallos, T. 17, P. 357.— 28 de junio de 1889.

Matrimonio celebrado ante cónsul extranjero.

Los tribunales argentinos no pueden dar por válido un matrimonio civil celebrado ante un cónsul extranjero, aún cuando a la época de su celebración no existiere autoridad de la religión que profesaban los cónyuges.

Fallos, T. 77, P. 270. — 5 de diciembre de 1895.

Poder — Presunción de su validez.

La excepción de falta de personería por deficiencias en el poder otorgado en país extranjero, debe rechazarse si el excepcionante no justifica la violación de formas establecidas por las leyes del país en que fué otorgado.

Fallos, T. 143, P. 94. — 13 de junio de 1903.

Poder otorgado en el extranjero.

El instrumento de mandato debe juzgarse, en cuanto a su forma, por las leyes del país en que ha sido conferido.

Fallos, T. 165, P. 232. — 7 de julio de 1904.

Instrumento privado — Protocolización.

Para reducir a escritura pública un contrato de donación de un inmueble hecho por instrumentado privado, es indispensable que éste se presente en el juicio en que tal escrituración se demande; el testimonio de su protocolización en el extranjero no puede ser tenido en cuenta.

Fallos, T. 172, P. 337. — 6 de junio de 1905.

Testamento ológrafo.

Si el testamento ológrafo ha sido otorgado y protocolizado en país extranjero, no puede exigirse la presentación del original para deducir acción de falsedad.

Fallos, Serie II, T. 8, P. 225. — 16 de noviembre de 1909.

Testamento cerrado.

Para que pueda tramitarse como testamento el juicio sucesorio del

fallecido en país extranjero, debe presentarse el original del testamento cerrado; no basta testimonio de su protocolización (revocado por la S. C. en 20 de agosto de 1910).

Jurisprudencia argentina. T. 3, P. 217.— 12 de abril de 1919.
(Cámara Civil 1ª de la Capital).
Escritura pública.

La escritura de transmisión hecha en Francia debe contener la referencia del notario a los antecedentes o documentos que habilitaban a los comparecientes para la operación que realizaban.

Gaceta del Foro, T. 36, P. 199. — 25 de Agosto de 1921.
(Cámara Civil 2ª)

La ley manda —art. 950 Cód. Civ.— que respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaron; principio consagrado en el art. 12 Cód. Civ.

Gaceta del Foro, T. 43, P. 229. — 21 de marzo de 1923.
(Cámara Civil II)
Testamento ológrafo protocolizado en el extranjero.

Procede la apertura del juicio testamentario presentándose la protocolización del testamento ológrafo ordenada en el extranjero y que fue otorgado de acuerdo a las leyes del país.

CAMARA EN LO COMERCIAL DE LA CAPITAL

Fallos, T. 3, P. 188. — 18 de noviembre de 1882.
Poder — Precaución de su validez.

La personería invocada con arreglo a un mandato otorgado en el extranjero, no puede ser desconocida mientras no se justifique que el instrumento no llena las formas exigidas por la ley del lugar en que se hubiere otorgado.

Fallos, T. 7, P. 240. — 18 de abril de 1887.
Poder otorgado en el extranjero.

La validez o nulidad de un instrumento público otorgado en el extranjero debe juzgarse con arreglo a las formas que prescriben las leyes del país en que fue otorgado.

Fallos, T. 8, P. 310. — 12 de octubre de 1887.
Poder otorgado en el extranjero.

Las formas que la ley establece para los instrumentos públicos, no son obligatorias para los otorgados en el extranjero.

Fallos, T. 22, P. 322. — 24 de marzo de 1892.

Poser — Ley que rige su validez.

Los poderes otorgados en el extranjero no pueden ser juzgados respecto a su nulidad o validez por las disposiciones del Código Civil.

La falta material de tiempo me impide hacer el comentario razonado de esta jurisprudencia, tan uniforme, por otra parte. Si hubiéramos de dar una impresión de conjunto diríamos que aparte de los considerandos de algunas sentencias, a veces interesantes, dicha jurisprudencia, tan acorde en el reconocimiento de la regla *locus regit actus*, no brilla por la originalidad de sus motivos. En términos generales, se limita a constatar su consagración por el Código o las leyes especiales, sin tratar de dar los fundamentos de su adopción en cada caso concreto. Buscando encontrar las razones sobre las cuales se apoyan esos fallos, acomeba no encontrar más que afirmaciones; la autoridad de la máxima parece dispensarle de una explicación, y todos los problemas interesantes esbozados en el curso de ese trabajo, que debiera continuar otras tantas dificultades a resolver, se diluyen en la desproporcionada uniformidad de las sentencias.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE RECURSO JERÁRQUICO

Por el DR. JOSÉ CANALI

Prof. Adjunto de Derecho Administrativo

I. Casos no previstos.

El decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 2126 del 20 de marzo de 1961, complementario y aclaratorio del decreto 7320/44, que ha sido materia de un comentario nuestro en "Anales de Legislación Argentina", tomo XXI-A, págs. 441 y sgts., contempla los límites gráficos de interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico dentro de la administración pública centralizada como de la descentralizada, y en ese sentido a lo ya dicho en esa nota, agregaremos algunos aspectos no previstos, pero que han sido motivo de dudas y equívocas interpretaciones con motivo del régimen creado por la Ley Orgánica de Ministerios 14.439.

Subraya que dicha ley crea una estructura ministerial de ocho Ministerios Secretarías en su art. 1°, conforme a lo dispuesto en el art. 87 de la C. N. y cuyos ramos del respectivo despacho se deja librado a la norma legislativa que dicte el Congreso Nacional y que invisten la jerarquía de Ministros de la Constitución. Dicha ley crea también tres equipos de Secretarías de Estado en la jurisdicción respectiva de los Ministerios de Economía, de Defensa Nacional y de Obras y Servicios Públicos, tal cual se detalla en el art. 17 de la misma.

Las atribuciones de los Ministros del Poder Ejecutivo, están regladas en los arts. 88 a 95 de la Constitución Nacional y arts. 2 a 16 de la ley 14.439, mientras que los Secretarías de Estado, encuentran sus atribuciones en los arts. 17 a 30 de esta ley.

El problema suele presentarse cuando un Secretario de Estado dicta una medida que puede violar en todo o en parte, o darle un sentido distinto, *v. gr.*, a un decreto o resolución del Poder Ejecutivo, o cualquier norma en sentido formal o material, y en esos supuestos, se preguntan algunos afecados, si existe recurso jerárquico contra la decisión de un Secretario de Estado, ya que en realidad, también éste forma parte del mecanismo gubernamental superior, es decir, del Poder Ejecutivo, aún cuando sus atribuciones son legales y no constitucionales.

Prima facie, parecería, que en los hechos, resulta difícil distinguir, cuando la violación de un acto administrativo tiene su origen en una Secretaría de Estado y no en el órgano inferior al de Subsecretario, como establece el art. 1º del Decreto Nº 2126/61 y si jugaría en tales supuestos la misma norma procesal del recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo Nacional, o si bien, dado que por la Ley de Ministerios se exige con la misma jerarquía ministerial a los Secretarios de Estado, con las atribuciones que se observa en el art. 18 de la misma, esta situación legal permite conferir a los Secretarios de Estado una posición orgánica y funcional, en cuanto a sus efectos, idéntica a la de los Ministros Secretarios, que son de origen constitucional y no meramente legal. Estas posibles suplantaciones permiten crear en sede administrativa situaciones equívocas en materia de revisión de medidas o decisiones que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos en general, que conviene aclarar y distinguir, a los efectos del ejercicio del recurso jerárquico en su clara acepción por cuanto la creación de la Ley Orgánica de Ministerios, y el Decreto 2126/61, no se aviene con el ordenamiento constitucional en lo que respecta al juego de sus respectivas atribuciones.

Si examinamos el texto del Decreto 2126/61, nos encontramos con alguna dificultad de interpretación. En efecto, el primer apartado del art. 1º, dice que "el recurso de revocatoria a los efectos del dec. 7520/44, será resuelto por las autoridades superiores de las entidades centralizadas y por los funcionarios de la Administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de ministerio o de secretaria de Estado". Vale decir, que el decreto 2126/61, coloca tanto a los ministros secretarios como a los secretarios de Estado, en un mismo nivel jerárquico, ya que tanto los subsecretarios ministeriales o los subsecretarios de la secretaria de Estado, serían los límites iguales e indistintos que marcan el tope para determinar, dentro de la Administración centralizada, a los funcionarios para resolver los recursos de revocatoria ante el Poder Ejecutivo Nacional.

En este sentido, resulta que, tanto los directores generales o administradores generales, etc., de los respectivos ministerios o secretarías de Estado, tal cual lo señalamos, serían los llamados a resolver el recurso de revocatoria, dentro de la Administración centralizada, ya que en lo que respecta a los entes autárquicos institucionales (Administración descentralizada), serían los organismos superiores de los mismos.

En la primera etapa procesal, o sea, la correspondiente al recurso de revocatoria el problema no ofrece todavía dificultad alguna, ya que tanto los funcionarios inferiores a los subsecretarios ministeriales o a los subsecretarios de las secretarías de Estado, mantienen una equivalencia jerárquica administrativa, frente a la Ley de Coactividad y la Ley de Presupuesto.

Es al responder la segunda etapa procesal administrativa, o sea, la correspondiente al recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo, en donde comienza a aparecer la duda que crea el art. 1º del decreto 2126/61, que se

identifica con la Ley 14.439, Orgánica de Ministros, y que no coincide con la norma del art. 87 de la Constitución Nacional. De acuerdo con esta disposición los ministros secretarios integran la actividad funcional y orgánica del Poder Ejecutivo de la Nación, pues tienen a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y "refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia". Estas mismas facultades o atribuciones constitucionales de los ministros secretarios, está reglada también por la ley 14.439, conforme a lo dispuesto en el último apartado de dicha disposición constitucional. Pero no ocurre lo mismo con los "secretarios de Estado", de origen exclusivamente legal. Sus atribuciones, si bien son superiores a las de los subsecretarios, de que habla el art. 1° del decreto 2126/61, y tienen jerarquía igual a la de los ministros, de acuerdo con la Ley Orgánica de Ministros, lo es en tanto y en cuanto los secretarios de Estado, no irrumpen en el campo demarcado por la Constitución para los ministros.

En este sentido los secretarios de Estado no integran el Poder Ejecutivo, como tampoco lo integran los subsecretarios. Ambos tienen su origen en la ley y reglamento del Ejecutivo, respectivamente, que crea los cargos administrativos, salvo que la configuración de estos últimos surge de cláusula constitucional.

Así las cosas, una medida dictada por un secretario de Estado que afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo reconocido por un decreto del Poder Ejecutivo, entiendo que no obviando el decreto 2126/61, sería recurrible por el recurso jerárquico también ante el Poder Ejecutivo, por ser éste el órgano superior, ya que es de la esencia del recurso jerárquico, que el mismo puede funcionar o funciona, cuando existe un órgano superior al que dicta la medida, dentro de la Administración pública, pues este último puede modificar o revocar las resoluciones de un órgano inferior, cualquiera sea él, como sostiene Uhler y por cuanto, como sostiene Bista, el recurso jerárquico funciona siempre como medida de control legal, (de legitimidad) o de control administrativo (mérito), por parte del órgano superior (conf. su Tratado de Derecho Administrativo, t. I. p. 623, 4° ed.), y poco importa que exista una subcomisión necesaria entre el órgano del cual emana el acto objeto del recurso, y el órgano ante el cual se ocurre. De aquí se explica, que sin haber necesariamente jerarquía procede el control sobre los entes autárquicos por parte del Poder Ejecutivo y con mayor razón de cualquier escala de la jerarquía dentro de la Administración centralizada, así se trate de medidas tomadas individualmente por los propios ministros secretarios y con mayor razón, por los secretarios de Estado.

Es cierto, como vimos en nuestra nota antes mencionada, que conforme a la actual legislación, para que proceda la apertura del recurso jerárquico, es requisito previo el haber interpuesto previamente el recurso de revocatoria, pero este mecanismo juega en la forma allí indicada, por lo menos dentro del decreto 7520/44, complementado por los decretos 21.680/49;

19.041/51 y 2126/61, y aparece el problema, no, cuando la violación del derecho subjetivo o interés legítimo surge del acto del propio Poder Ejecutivo, cosa que no admite recurso jerárquico alguno, por tratarse, precisamente, del órgano superior, sino aún cuando se trata del órgano inmediato inferior al mismo y en ese sentido, los principios del recurso jerárquico (que existe también sin ley o derecho que lo reglamente, ya que hace a la esencia misma de la legalidad administrativa con base implícita constitucional en su art. 14, de peticionar ante las autoridades), se aplicarían también a las medidas meramente ministeriales o de secretarías de Estado, cuando se viola o altera un acto administrativo, o un derecho cualquiera y también un interés legítimo.

Un ministerio, y con mayor razón una secretaría de Estado, es un medio conducto para el recurso jerárquico para llegar directamente al Ejecutivo, y en sí, aquellos órganos-personas que ejercen la competencia y decantan la voluntad respectiva de los órganos-instrucciones no configuran en este proceso, un fin, sino un camino. El Subsecretario realiza el procedimiento, redacta el memorial y dictamina, y aún cuando casi siempre suele considerarse dicho dictamen como el plan de la resolución definitiva, el que decide, bajo forma de decreto o resolución, de acuerdo al art. 13 del dec. 7520/44, es el Poder Ejecutivo y ello concide con lo dispuesto en el art. 89 de la Constitución Nacional que establece que los ministros (y con mayor razón los secretarías de Estado), no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos ministerios.

1.

Y debemos agregar, que el art. 13 del dec. 7520/44, dispone que el Poder Ejecutivo, de oficio o a petición de parte puede suspender o diferir la ejecución de la decisión, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica. Pero debe ser siempre el Poder Ejecutivo, nunca un ministro, menos un secretario de Estado y tampoco, cualesquiera de sus respectivas subsecretarías, aunque suele ocurrir con alguna desgraciada frecuencia que antes de llegar al Poder Ejecutivo se juegan resortes múltiples para evitar el libre desenvolvimiento del recurso, lo que habla en perjuicio de una verdadera democracia y de un Estado que pretende desenvolverse dentro del derecho.

II. Funciones de los Subsecretarios de Ministerio o de Secretarías de Estado.

Esos funcionarios de elevada jerarquía en el trámite del recurso jerárquico aparecen como los jefes virtuales de los respectivos departamentos en el orden administrativo e intervienen en la dirección técnica del proceso interno, dando dictamen sobre las conclusiones con amplias atribuciones instructorias y que en el hecho aparece como siendo el que dicta la respectiva resolución en cuanto a su contenido instruíto, no de forma. Pero en sus-

cro sistema, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Italia, Francia, etc., los poderes de decisión de estos funcionarios son muy limitados, pues apenas aparecen en cuestiones de exclusivo orden interno del respectivo departamento, aun en respecto de administrados, ni mucho menos con concernientes de servicios públicos, obras públicas, suministros, etc., ni aún en lo que se refiere a los propios empleados subalternos del mismo, en casos implican medidas disciplinarias graves, como la expulsiva, etc. Las atribuciones las observamos para el orden interno en los arts. 1, 2 y 4 del decreto del 15 de enero de 1912, y arts. 5, 6, 7 y 21 del decreto de febrero de 1913.

Las atribuciones de estos funcionarios son reglamentarias y no surgen de ley alguna¹ y estas delegaciones son válidas en tanto y en cuanto se conformen al régimen legal ministerial. El principio es el siguiente: el subsecretario tiene competencia normal en los actos respecto de los cuales la Constitución y la ley le impongan la firma del ministro. Y el dictamen, como afirma Bielsa, a que se refiere el decreto orgánico sobre el recurso jerárquico es esencialmente consultativo, y aún puede ser convertido en resolución por decreto ejecutivo, si sus conclusiones tienen la forma de tal. El decreto siempre debe tener ese carácter.

Pero la Constitución Nacional, solamente se refiere a resoluciones del Poder Ejecutivo, desempeñado por el Presidente de la Nación, entendiéndose por resolución, no en un sentido lato, amplio, ya que una resolución puede emanar de una autoridad administrativa, como es un ente autárquico institucional (el directorio), mientras que en sentido específico, esa resolución tendría el carácter de decreto del Poder Ejecutivo para el recurso jerárquico, y con la fuerza de citar, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos por regla general; ya sea decisión general (reglamento), ya decisión particular (nombramiento, revocatoria, etc.). Y afirma Bielsa², "Lo que la Constitución quiere es que sea el Poder Ejecutivo, esto es, el Presidente de la Nación, quien dicte cada resolución, con la intervención del ministro o ministros". El propósito de esa exigencia contenida en el art. 88 de la Constitución Nacional, es hacer también responsable al lado del Presidente de la Nación a cada ministro de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas. Si el Presidente pudiera delegar tal función en el ministro, su responsabilidad se debilitaría. Por ello es que constitucionalmente el ministro no puede dictar un reglamento, porque éste obliga a los administrados; pero puede dictar instrucciones generales o circulares referidas al reglamento, que es función normal, como surge de la ley 14.503 de 23 de julio de 1934, que modificó la ley 3727. Sostiene también Bielsa que las "modificaciones desnaturalizan la función ministerial (disponen, por ejemplo, que deben los ministros avisar al Presidente de la Nación). En el punto relativo a reglamentación dispone que los ministros deben proyectar

1 2 Bielsa, R. "El recurso jerárquico", ed. Depalma, 1938, p. 132.

decretos del P. E., así como las instrucciones y reglamentos que ésto debe expedir (art. 2°, inc. 6°).

También conviene distinguir los reglamentos que contienen normas jurídicas de las meras instrucciones o circulares que por lo general contienen normas técnicas, preceptos de aplicación interna, obligatorios para los funcionarios de su departamento. Claro que una circular puede tener, y por lo general tiene carácter general, como un reglamento, pero la diferencia está en el contenido.

El decreto que es circunscripto, tiene una relación de especie a género como la resolución, aún cuando en rigor, esta última expresión o vocablo lleva la idea de resolver o extinguir derechos, con el alcance mismo que tiene la palabra resolutorio. El decreto también puede tener sentido amplio, como disposición emanada, como afirma Orgaz³, pues significa disposición emanada de autoridad ejecutiva o judicial, que tiene por objeto reglamentar una ordenanza, ejecución, fijar normas administrativas, realizar procedimientos judiciales, establecer reglamentos de policía, o atender algún grave asunto de interés público. La variación en este sentido es bien amplia, ya que pueden tener una semejanza a la ley cuando emanan de los poderes políticos. En este aspecto tendríamos los reglamentarios, orgánicos y simplemente administrativos.

La ley 14.439, Orgánica de Ministerios, da a los ministros secretarios, en forma general, una serie de atribuciones que lucen en los arts. 1° a 7° de la misma, que reglamentan en realidad las que, a su vez, surgen de la Constitución Nacional en el art. 87 y luego, en los arts. 8° a 16° inclusive, se refiere a las atribuciones en particular de dichos funcionarios, pero siempre circunscripta a la norma constitucional del art. 87, aún cuando en esta parte contempla la materia propia de cada rama especializada, pues difiere de un ministerio a otro⁴.

Luego esta misma ley 14.439, en sus arts. 17° a 30, reglamenta las atribuciones o funciones orgánicas de los denominados secretarios de Estado, que son en total 12 y que se organizan también por materia especializada o función peculiar que puede comprender en general servicios públicos o

³ "Diccionario de derecho y ciencias sociales", 3ª ed. p. 93.

⁴ La ley 14.439, Orgánica de Ministerios Nacionales, contempla en esta parte a los siguientes ministros secretarios: Interior, Relaciones Exteriores, Economía, Educación y Justicia, Defensa Nacional, Asistencia Social y Salud Pública, Trabajo y Seguridad Social, Obras y Servicios Públicos. Entre son los ocho ministros a que se refiere la Constitución Nacional en su art. 87, sin enumerarlos, como ocurrirá sucesivamente, y de estos ocho ministros secretarios, dependen las correspondientes subsecretarías, que tienen la misión instructiva antes referida en materia de asuntos jurisdiccionales. Pero ninguno de dichos ministros-secretarios, ni tampoco los correspondientes subsecretarios de ministros secretarios pueden dictar resoluciones alguna en estos recursos, ni de realizar por sí solos este jurisdicción alguna que pueda comprometer al Estado.

funciones estatales que no son, precisamente, servicios públicos, jurídicamente hablando, ni siquiera conciben más que se refiera a los descentralizados servicios personalizados, por cuanto éstos suelen pertenecer a la Administración pública descentralizada, mientras que aquellos son organismos propios de la Administración centralizada².

Estos secretaríos de Estado, pues, deben circunscribir su labor orgánica y funcional a las normas de los arts. 17 y 18 de la ley 14.439, con excepción de las funciones que específicamente corran a éstos los arts. 87 y 92 de la Constitución Nacional, y acopiándonos a las palabras del miembro informante de la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados, diputado Cortá, debemos agregar lo expresado por el mismo, al decir: "En pocas palabras, señor presidente, legislamos en aquello en que no lo ha hecho la Constitución". Pero este legislador, al fundar la creación de secretaríos de Estado, manifiesta que el Congreso debe respetar la división de "funcionarios constitucionales y funcionarios legales y que no podemos entrar en el ámbito de aquéllos; no podemos nombrar funcionarios de la Constitución sino por la vía que la misma Constitución establece. Pero de ninguna mane-

² La ley 14.439, examina entre las doce secretarías de Estado a las siguientes: Agricultura y Ganadería, Hacienda, Finanzas, Comercio, Industria y Minería, Energía y Combustibles, Guerra, Marítima, Aeronáutica, Obras Públicas, Comunicaciones, Transporte. Estas secretarías de estado, según de acuerdo con la ley 14.439, en jurisdicción de los respectivos ministerios constitucionales, como si formaran un equipo y al tenor de lo que se acuerda con el art. 17^o, en jurisdicción del ministro de Economía, se ubican y funcionan las siguientes secretarías de Estado: de Agricultura y Economía, de Hacienda, de Finanzas, de Comercio, de Industria y Minería, de Energía y Combustibles. Como se ve son en total seis, que convierten a este Ministerio de Economía en el más numeroso. En jurisdicción del Ministerio de Defensa Nacional funcionan las secretarías de Estado siguientes: de Guerra, de Marina, de Aeronáutica. Y en jurisdicción del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, funcionan las Secretarías de Estado siguientes: de Obras Públicas, de Comunicaciones, de Transportes.

No obstante que el Art. 18 de esta ley atribuye a los Secretaríos de Estado jerarquía ministerial y les acuerda las atribuciones y deberes que para los ministros secretarios establece el Art. 2^o de esta ley en sus incisos 3^o, 5^o, 7^o, 8^o, 9^o, 10^o, 11^o y 12^o, y pueden acudir a los acuerdos a que se refiere el Art. 4^o, en rigor el mismo Art. 18, en su segundo apartado, indica sus funciones como dependientes del ministro respectivo, al disponer que "elevará al ministro secretario del ramo", concordiando esto con lo dispuesto en la Constitución Nacional en su Art. 87, y también con el Art. 2^o, inc. 1^o de la ley 14.439, en cuanto los ministros secretarios tienen por misión "Representar política y administrativamente ante el Congreso a sus respectivos departamentos y a los que conjunta o separadamente les confía el Poder Ejecutivo a los fines dispuestos en los Arts. 63 y 92 de la Constitución Nacional".

De estas secretarías de Estado dependen a su vez los respectivos subsecretaríos de Estado que no deben confundirse con los subsecretaríos de los ministros constitucionales. Pero tanto unos como otros subsecretaríos tienen también un análogo origen legislativo y colaboran en todo lo referente a sus respectivos departamentos. Tampoco estos pueden dictar resoluciones en materia de recursos jerárquicos, y su intervención debe circunscribirse dentro de los límites constitucionales señalados por Balsa anteriormente para los ministros.

ra los funcionarios de la Constitución han obliterado los atributos de ese parlamento para nombrar a los otros funcionarios, a los de la ley...".

El Ministro del Interior, en su exposición ante Diputados y posteriormente ante el Senado de la Nación, ha dejado claramente establecido la intención del Poder Ejecutivo Nacional, que era la de crear funcionarios con atribuciones legales, es decir, con atribuciones que le pueda otorgar el Congreso Nacional, no la Convención Constituyente en una Constitución. Cabe, como sostiene Fernández de los Ríos, hablar de que una Constitución es una planificación normativa de una cooperación, pero cooperación coordinada, perdurable, continua y agrega el referido Ministro del Interior, que también debe ser "en devenir, porque ella tiene que hacer la profunda educación social que constituye un instrumento necesario y útil a la sociedad" y agrega: "Para ello, señores diputados, creo que lo único que hay que hacer es dar a los textos constitucionales la suficiente elasticidad y evitar, en todo lo posible, que cuando se trate de prohibiciones, hagamos de ellas una interpretación extensiva o analógica porque ya sabemos que ese tipo de interpretación no debe hacerse jamás para prohibir, sino para permitir (D. de ses. Dip. 1958, pá. 601-3).

Pero más adelante, al hablar en el Senado, el referido Ministro del Interior, dijo: "De modo, señor presidente, que cuando en ese proyecto de ley se crean las secretarías de Estado, se está creando empleos, organismos y fijándose sus atribuciones, no en virtud de un artificio, por el camino de los poderes implícitos, sino por el claro camino de los poderes expresos que tiene el Congreso de la Nación Argentina. Naturalmente que al crear el empleo o la función no puede el Congreso otorgarle atribuciones que la Constitución haya otorgado a otra función u otro empleo. De modo que cuando no se rozan las facultades que la Constitución ha otorgado a los Ministros secretarios, el Congreso está en la habilidad de crear funcionarios y de fijarles atribuciones".

"Eso es, sencillamente, señor presidente, lo que ha hecho este proyecto de ley. Ha creado funcionarios, les ha fijado atribuciones y no les ha tocado a los ministros secretarios ningún aspecto de aquellas funciones que expresamente les ha otorgado a ellos la Constitución Nacional". Es decir, agrega, que "Se han creado las secretarías de Estado por esta ley, pero se deja la totalidad de la función constitucional a los ministros y no se rozan en lo más mínimo, absolutamente nada, su aspecto institucional. Entre secretarios de Estado pudieron llamarse de otra manera, pudieron ser directores ministeriales, ministros departamentales, jefes de sección, jefes de división; pudieron tener cualquier nombre. Pero se ha usado la expresión secretaría de Estado por la índole de la función que van a desempeñar, por la jerarquía ministerial que tienen, por su importancia funcional.

Es indudable que en todo ese esfuerzo dialéctico con que se ha pretendido rodear a este tipo de funcionarios de funcionarios evidentemente re-

levantar, sólo cabe afirmar categóricamente que no son ministros dentro de nuestro régimen constitucional y que entre nosotros no hay más ministros constitucionales que los que surgen de la propia Constitución, que son ocho, y que cuando se deja a la ley del Congreso la determinación de los mismos, los que superan en número a los indicados son, como bien afirma el Ministro del Interior, cualquier clase de funcionarios, pero nunca ministros secretarios. Sobre eso no hay dudas de ninguna naturaleza y así entendidos, podrían considerarse constitucionales, sus atribuciones y funciones. Por ello es que cuando excluidos expresamente de los arts. 87 y 92 de la Constitución Nacional en cuanto a atribuciones o funciones, estarían fuera del recurso jerárquico, por lo menos en la parte decisoria, resolutoria, en cuanto pueda obligar jurídicamente al Estado. Y si ello ocurre con los secretarios de Estado, con mayor razón se puede afirmar con los subsecretarios de secretaría de Estado, que ni siquiera tienen origen legal, sino exclusivamente reglamentario.

En ese sentido, pues, la creación de las secretarías de Estado por ley del Congreso, mientras no afecten el régimen ministerial de la Constitución Nacional, si no les atribuye competencia propia de los ministros, caería dentro de la órbita de lo que es materia propia de la organización ministerial, ya que aquellos organismos pasarían a depender de los respectivos ministros jurisdiccionalmente, no obstante, la denominación, carácter de la investidura, y demás formalidades y funciones de que se los rodea.

Y dentro de este campo de atribuciones, tanto de los ministerios como de las secretarías de Estado, el recurso jerárquico sigue la misma respectiva de dependencia o supremacía que marca la propia Constitución. Y si a ésto agregamos la posición de los respectivos subsecretarios de ministerios o secretarías de Estado, vemos que sin dejar de reconocer a éstos las atribuciones que les confiere el régimen reglamentario que les da vida, en la forma que lo hemos desarrollado anteriormente, su ubicación dentro del recurso jerárquico no altera el orden de prelación y función a su masa exclusivamente instructoria administrativa y nunca decisoria o que cause estado. Había imprevisión en el decreto 7320/44 y en el 2126/61, en cuanto a que un recurso quede administrativamente en una especie de zona que, si no se pronuncia el Poder Ejecutivo con la intervención del respectivo ministro del ramo, pero siempre una medida dictada por un secretario de Estado, el propio ministro, por sí sólo o cualquiera de los subsecretarios sería materia de un recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo Nacional, por cuanto hace tope en la materia la propia firma del Presidente de la Nación. Poco existen razones prácticas que hacen que los ministros tengan una autoridad legal (no ya constitucional), para aplicar la ley (en sentido lato), pero no pueden crear normas, como las reglamentarias. Pueden ejecutar decisiones generales o individuales, y en este último carácter representan exclusivamente al Poder Ejecutivo, cuando v. gr., suscriben los contratos en que la Nación es parte (art. 2º, inc. 9º, de la ley 14.439).

El inc. 5º del art. 2º de la ley Orgánica de Ministerios 14.439, faculta al ministro a intervenir en la celebración de contratos en representación del Estado y en la defensa de los derechos de éste, conforme a las leyes y en el art. 3º de esta ley, da a los ministros atribuciones para dictar resoluciones que tendrán carácter de definitivas en lo que concierne al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos, *salvo derecho de los afectados de deducir los recursos que legalmente corresponden*.

Es indudable que la tarea de un ejecutivo suele ser abrumadora, y resulta lógica una desconcentración o desconcentración administrativa de ella, que si bien es jurídica y pueda comprometer al Estado, en cuanto a una alteración de derechos de particulares o administrados o de cualquier clase, de allí que la propia ley deje a salvo los derechos de los afectados de deducir los recursos que legalmente corresponden.

Por esta lado debemos reconocer, que como bien dice Bielsa, en su Tratado de "Derecho Administrativo", Sexta Edición, año 1964, T. I, pág. 329, que, "Por poco que sea, los ministros son los que siempre conciben, proyectan y discuten las decisiones del ejecutivo (al menos tal es su función). Además, en su especialidad saben más que el presidente, salvo que este sea un estadista de larga actuación y gran formación, lo que es raro".

III. Alcance de las atribuciones ministeriales.

De los cuatro tipos de funcionarios estudiados precedentemente, en cuanto a sus funciones específicas y decisoria frente al recurso jerárquico, el que indudablemente tiene las de mayores alcances son las de los ministros secretarios, de acuerdo con el art. 2º de la ley 14.439, que no son diferentes que las de las leyes orgánicas de ministerios anteriores números 14.303, de 23 de julio de 1954, que derogó las leyes 13.529 y 14.221, como así también la del 11 de agosto de 1856, derogada por la ley 3737, aun cuando la actual en vigencia y la anterior tienen una mayor estructura orgánica de los ministerios, aunque estaba delimitada su competencia constitucional de una manera uniforme, aunque cuanto menos eran los ministerios mayores en lógicamente el campo de su competencia en cuanto a la materia.

Respecto de los ministros cabría decir, que las resoluciones que dictan en la esfera de su competencia, no son susceptibles de recurso en la vía administrativa, sino por incompetencia o violación de la forma substancial y así como las reclamaciones, en virtud de la ley 3952, de demandas contra la Nación, se solicitan en el ministerio respectivo que corresponde al ramo, las resoluciones debe dictarlas el Poder Ejecutivo, y si decide el ministro por sí sólo, tal decisión no es acto administrativo del Poder Ejecutivo, y por lo tanto no autoriza la acción que instruye la ley 3952.

El decreto 7520/944, establece en el art. 2º, que "Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo se presentará por escrito ante el

Ministerio respectivo, de acuerdo con las siguientes formalidades: . . .". Y el art. 13º del Decreto 7520/944, establece: "La Decisión, Definición, o Acuerdo, en Decreto o Resolución, según corresponda, de acuerdo con la Constitución (art. 89) y la Ley Orgánica de los Ministerios. Esta decisión será ejecutoria y se notificará en el término de tres días, al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerla cumplir. El Poder Ejecutivo, puede de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución de la decisión, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica".

Es la misma posición que ocurre con las resoluciones o decisiones que se dictan en el caso de la ley 3952 de demandas contra la Nación. Si la resolución no la dicta el Poder Ejecutivo y la dicta solamente el ministro, no sería, pues, acto administrativo del Poder Ejecutivo, y por lo tanto la decisión no causaría ejecutoria, ya que el art. 13º del decreto 7520/944, dice expresamente que la decisión debe ser pronunciada por Decreto o Resolución, según corresponde, de acuerdo al art. 89 de la Constitución, y esta disposición dispone, que: "Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos". La "Resolución" ministerial, sería esta última. El "Decreto", sería lo primero. Y una resolución sobre recurso jerárquico, requiere decreto del ejecutivo, lo mismo que en la ley 3952. Respecto de esta exigencia se ha expedido con razón la Corte Suprema de Justicia Nacional, en Fallos, T. 118, p. 496. Este criterio, caso vale frente a la actividad de la Nación como persona jurídica, como cuando haya obrado como poder administrador, es decir, tanto decaído de la norma de la ley 3952, como de la ley 11.634 que modifica aquella al suprimir el requisito de la venia legislativa, cuando obra como persona de derecho público.

Bien se aclara la idea de actos del Poder Ejecutivo para diferenciarlos de la actividad ministerial, desde luego en forma meramente enunciativa, no exhaustiva o limitativa, sobre quién debe decidir en el recurso jerárquico:

1º Debe decidir el recurso por decreto (acto del Poder Ejecutivo);

2º Cuando la decisión esté comprendida o implicada en una atribución del Poder Ejecutivo, v. gr., el nombramiento o remoción de un funcionario o empleado nacional. Lo mismo cuando se trata de una pena disciplinaria que por su importancia o naturaleza no es de competencia del ministro, o que aún siéndolo se trata de un acto viciado de incompetencia o violación de formas;

3º Cuando se trata de un recurso contra un acto de entidad autárquica, salvo que sea materia de interpretación de una decisión ministerial (circular o instrucción);

4º Los recursos contra decisiones ministeriales viciadas de incompetencia;

3º Cuando se impugna la resolución de un órgano inferior, se requiere aprobación del Poder Ejecutivo;

6º Cuando se trata de un conflicto de competencia de órganos de la Administración nacional, y él no puede ser resuelto por otra autoridad de ésta;

7º Cuando aún no transcurrió de actos en que interviene el Poder Ejecutivo, es evidente la arbitrariedad de la decisión. Por ejemplo un plan de estudios universitario aprobado exclusivamente por la universidad respectiva, pero si se establecen materias extrañas a la carrera o se suprimen algunas para excluir a profesores como acto de iniquidad, etc., o se fijan condiciones de ingreso notoriamente arbitrarias o se exigen requisitos extraños a la índole de la calidad de alumno o de profesor, el Poder Ejecutivo puede decidir en vía jerárquica como jefe de la Administración, pues no habiendo otro recurso para remover la arbitrariedad, es su deber decidir también ex officio. Ninguna ley puede privar al Poder Ejecutivo de sus atribuciones constitucionales, ni él puede renunciarlas, porque con ello altera el sistema constitucional que distribuye la competencia y establece la responsabilidad consiguiente. Las atribuciones no son facultades sino también deberes. Las facultades son renunciables. Tampoco el Congreso puede renunciar a ejercer ciertas atribuciones, porque falsearía el sistema constitucional.

Puede decidirse por resolución ministerial todo recurso promovido por la aplicación de penas hasta el máximo que compete al ministro imponer. También las cuestiones que surgen de la interpretación de circulares o instrucciones, si no se cuestiona la violación de ley.

Observa Bicha que el decreto ha sido erróneamente interpretado siempre que se ha considerado que los ministros pueden decidir en recursos jerárquicos promovidos por los administrados, (op. cit. 137, *ibidem*). Los ministros no pueden decidir sino dentro de los límites de su competencia, es decir, en el orden interno de sus respectivos departamentos; por ejemplo en los casos siguientes: 1) en recursos promovidos por funcionarios de una situación jerárquica dada, contra las resoluciones de sus superiores; v. gr., contra ciertas medidas disciplinarias; 2) cuando se trata de condecoraciones irregulares o agraviantes en el legajo (art. 9º, decreto 7520/44); 3) cuando promovido el recurso jerárquico ante el inferior (pues es la regla, ya que se debe pedir revocación al órgano que dictó la decisión, y si éste no revoca presentar el recurso ante el Poder Ejecutivo) y luego no se formaliza ante el ministerio respectivo, pero ese órgano informa a dicho ministerio, aunque el recurso caigahe o perima, el ministro puede decidir; 4) cuando la cuestión es de notoria incompetencia ratione materiae del ministerio ante el cual se promueve el recurso jerárquico, el ministro puede decidir de plano. Pero esto no impide un recurso contra la decisión del propio ministro para que el Poder Ejecutivo decida a qué ministerio corresponde el asunto.⁴

⁴ Rafael Bicha, "El Recurso Jerárquico", 4ª ed. Depalma, 1938, pp. 137 y s.

En rigor, tanto en el trámite de demandas de la ley 3892, como en el de los recursos jerárquicos, las decisiones deben ser por decreto del Poder ejecutivo, que es en realidad la única forma de agotar la vía administrativa o de obtener una resolución de quien puede constitucionalmente obligar al Estado. El mismo principio se presentaría en el orden municipal, aún sin régimen reglado, por cuanto es la propia jurisprudencia de nuestros tribunales la que ha sentado el principio de que debe existir decisión de la autoridad superior del organismo público, sea nacional, provincial, municipal o de otros entes jerárquicos institucionales. Es un principio general, pero como puede en los hechos ocurrir demoras en los pronunciamientos o sencillamente que no haya decisión del Poder ejecutivo, y como no se le puede a éste obligar a un pronunciamiento jurídicamente hablando, ya que no existe apelación sobre inactividad, jugaría como en todos estos casos, el principio del silencio del Estado y quedaría la vía jurisdiccional según procediere en los distintos supuestos a presentarse.

Podría ocurrir también que un subsecretario retirare el expediente del recurso y resultara ineficaz la reclamación ante el ministro o el propio Poder Ejecutivo, ya que todo originariamente debería pasar por sus manos por vía de la Mesa de Entradas del respectivo ministerio. Claro, que estos aspectos de delegación o retardo de justicia, "administrativa, que también suele presentarse en el orden judicial" . . . da derecho, o puede dar derecho a cualquier medida prevista o no prevista, como por ejemplo un telegrama relacionado directamente al Poder Ejecutivo o al ministro en su caso o hasta una solicitud en los diarios, etc.

Claro que la norma del decreto 7520/44 contempla un procedimiento regular de justicia administrativa interna, que es de interés del propio Poder ejecutivo el resolverlo y controlar su trámite y que su cumplimiento estricto coincide con un Estado de justicia distributiva y de derecho objetivo. Pero hay casos en que por razón de la materia, por ejemplo, en cuestiones impositivas, en que existen por lo general dos vías, la judicial y la administrativa y si se opta por ésta última (que es exclusiva de aquella) el ministro procede como "jefe administrativo". Estos casos de ministro-jefe, si bien tienen origen en la ley y las leyes fiscales instituyen esta apelación operativa, no puede negarse que sea un procedimiento no instituido por nuestra Constitución que en ningún momento faculta al ministro a componerse por sí solo la voluntad del Estado. Pero en cualquier supuesto el recurso jerárquico debe contar con todas las garantías de una buena Administración que si no es jurisdiccional por lo menos que sea de justicia, aún cuando sabemos que todo "acto decisorio" en vía de recurso debe ser deslindado del acto o hecho que "genera" el recurso, y que en definitiva no se excluye la intervención o competencia de autoridad judicial, para el juzgamiento de tales "actos" o "hechos" de la Administración pública o de sus agentes. La jurisdicción retenida no presenta indudablemente las garantías de la jurisdicción delegada, pero la justicia en la Administración, con el jergo de sus recursos, tanto en

el orden nacional, provincial, como municipal, tienen substancia constitucional, a falta de reglamentación o legislación positiva y la jurisdicción judicial, dentro de nuestro sistema judicialista, ofrece amplias garantías, sin que llegue a adquirir el perfeccionamiento del sistema contencio-administrativo francés, que tienen en Consejo de Estado y en sus consejos departamentales un juego de recursos que llegan hasta la mayor sutileza jurídica en su recurso de desviación de poder.

Hauriou⁷ se refiere también a estos escollos de la jurisdicción ministerial francesa que son la ausencia de un procedimiento que los ministros jamás organizan y la imposibilidad de interpretar, como decisiones o fallos, todas las resoluciones ministeriales; a las unas por que se las declara actos de pura administración discrecional; a las otras porque han sido dictadas en hipótesis en que la apelación habría podido ser llevada ante un Consejo de prefectura y aun ante un tribunal civil, oponiéndose a ello el principio de la separación de los poderes o la conveniencia administrativa.

Indudablemente que el recurso jerárquico en cualquiera de las ramas de la Administración centralizada como en la descentralización (en lo que es propio del controlador sobre los entes autárquicos) se ejercita por el Poder Ejecutivo Nacional, en forma integral, tanto en lo civil como en lo militar, en primer lugar por cuanto el presidente de la Nación "Es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1° de la Constitución Nacional) y respecto de lo segundo, por cuanto; "El comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación" y "Dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres, y tiene con su organización y distribución según las necesidades de la Nación" (arts. 15 y 17 de la C.N.). La subordinación del poder militar al civil es incuestionable en nuestra Carta Magna y el mismo sistema de provisión de los empleos militares del art. 15 nos lo demuestra, aun cuando el régimen posea lógicas características distintas, por el propio régimen disciplinario militar y la naturaleza jurídica de la justicia militar y del Código que le sirve de base que jamás podría en su caso, envolver la investidura penalidicial.

En lo pertinente, ocurriría con los gobiernos de provincia una supremacía jerárquica administrativa incuestionable y aún cuando ello será implícito en toda administración por ser de fundamento constitucional todo derecho de peticionar ante las autoridades, más se acreta cuando los propios gobiernos instituyen al respecto la correspondiente reglamentación de los recursos jerárquicos, tanto para la Administración centralizada como para la descentralizada (entes autárquicos institucionales).

IV. El silencio de la decisión final.

Un tribunal judicial aunque no cumpla en forma ortodoxa el plazo para su decisión final, tarde o temprano se pronuncia, por cuanto sino la justicia

⁷ En su *Précis de droit administratif*, Paris, 1927, p. 963.

no existiera. Pero en el orden administrativo, no precisamente en el contencioso-administrativo, que es semejante al primero), las cosas pueden variar, por cuanto el régimen del recurso jerárquico no contiene un plazo para que el órgano superior, o sea el ejecutivo nacional se pronuncie y en esta materia el llamado silencio del Estado, podría presentar en cierta forma una negación de justicia y hasta una indefensión, máxime, que el Estado al reglamentar positivamente el recurso, con el ejercicio del derecho a promover el recurso jerárquico y el recurso como cualquier acción debe necesariamente tener su resolución definitiva. Esto por lo menos en buenos principios y para no caer en el campo de lo discrecional además o arbitrario. Tampoco en el orden de los tribunales judiciales no siempre se fijan plazos para el pronunciamiento, pero no quiere decir que la sentencia se mantenga en suspenso "sine die". Máxime, en el orden administrativo, en que el trámite no interrumpe la prescripción de la acción a promover subsidiariamente ante los tribunales judiciales, como lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo mismo que en el régimen obligatorio de la ley 3952, lo que resulta totalmente injusto.

Bicha se pronunció hace muchos años sobre el particular en un artículo "El recurso jerárquico y la defensa de los profesores", publicado en el diario "La Prensa" del 12 de agosto de 1955, que consideró dicha falta de plazo como que los recurrentes sufran las consecuencias de demoras inusitadas en el trámite de los recursos jerárquicos los que a su vez suelen trabar en las subsecretarías de ministerios o de secretarías de Estado produciendo cierta incertidumbre que afecta indudablemente al régimen del recurso jerárquico, que si bien interesa principalmente al particular, la Administración pública gana mucho más con la posibilidad de rever sus propios actos que pueden estar afectado de alguna irregularidad que los hagan revocables o anulables, por cuanto como afirma Bicha: "El recurso jerárquico tiene mucho de función de control, y puede resultar efficacísimo aun en las Administraciones estatales, a menos que la complicitad de la llamada "superioridad" (cui siempre es inferioridad) eserve todo substratum moral del organismo administrativo" (Recurso Jerárquico, op. cit. p. 148).

A veces la reclamación administrativa se produce no por un acto de la Administración sino por un hecho y ese hecho puede provenir de las más variadas formas y en cualquier estado de la escala jerárquica. La dificultad surge cuando el hecho se motiva dentro de las subsecretarías o de los mismos ministerios o secretarías de Estado. Allí puede ocurrir una deserción o paralización de facto y en especial cuando se tiene la intención de que el recurso no marche por causas diversas o cuando se origina en la propia burocracia, ya que en principio es difícil que lo sea en base a instrucciones del Poder ejecutivo. Es una constante comprobada que la burocracia, sin una consciencia de su génesis se aparta de la tarea de los intereses comunes de los administrados y experimenta sentirse investida de una función directora, autónoma de su rol jerárquico y de su misión de mero agente de gestión,

produciendo hasta por simples fenómenos hedonísticos, o de negligencia aunque no intencionales, la paralización o destrucción de toda actividad en definitiva. Y esta gravitación de la burocracia en los recursos jerárquicos actúa despojándose tanto de las funciones del Poder Ejecutivo, como de los intereses de la comunidad que se exteriorizan en los casos concretos de los administrados recurrentes. Esto ocurre cuando la burocracia en su actividad rutinaria y con el correr de los años de estabilidad y escalafón, garantizados por los distintos estatutos de los funcionarios públicos, sienten para sí una propia personalidad jurídica distinta al del propio Estado (latu sensu) a quien sirven y no representan, por cuanto no son propiamente funcionarios públicos, jurídicamente hablando, sino meros agentes de gestión con más o menos atribuciones de acuerdo a sus jerarquías dentro del escalafón.

V. El recurso jerárquico y la burocracia.

El recurso jerárquico, es un recurso directo ante el Poder Ejecutivo, una vez deducido el recurso de revocatoria ante el funcionario inmediato inferior al de subsecretario de ministerio o de secretaría de Estado o ante el órgano superior del ente autárquico institucional (Direccorio).

Sin embargo este recurso directo ante el Poder Ejecutivo, sufre en su tramitación una línea que puede ser quebrada o indirecta y puede hasta encontrar la parálisis o la extinción o muerte en el trayecto que va desde el presentamiento del funcionario inmediato inferior al de subsecretario (revocatoria) y el que surge en virtud del recurso jerárquico, al tener entrada la reclamación en la Mesa de Entradas del respectivo Ministerio. Ese proceso, que llamamos insurrección de las subsecretarías, debe reducirse a reunir todo el material y hasta realizar los proyectos de resoluciones, etc., pero no debemos olvidar al decir de Roger Labrousse ("Del Mago al burócrata"), que "el gourdame es el símbolo moderno de una realidad múltiple, jerarquizada, impenetrable; el cuerpo entero de la burocracia civil, militar y académica". Y como ha dicho C. M. Joad, "La falla de la burocracia europea no fue ciertamente debida a la incapacidad de su personal. Es el resultado de la debilidad inevitable de toda administración de asuntos públicos".

Podemos afirmar, como sostiene Pierre Ramus, que "La burocracia no es un bien ni un mal, es un método de gestiones aplicables en diferentes sectores de la actividad humana" y agrega "Dentro de la sociedad no debe existir ninguna especie de monopolización particular, ni por el Estado ni por el individuo, de los instrumentos de trabajo, de las materias primas, de los medios importantes de vida de cada individuo". Y si nosotros observamos que dentro de la pirámide jerárquica administrativa, existe una copiosa burocracia que intercepca con gravitaciones efectivas y produce una especie de solamente acceso de sus respectivos poderes individuales u orgánicos, sino que hasta produce una especie sensible de desviación de esos poderes por las

estas formas bien conocidas de lo que se denomina en la jerga administrativa el "peloteo" de los expedientes y consistente en la utilización de fórmulas más o menos ingeniosas de dar largas a los asuntos, no con intención deliberada, sino muchas veces con propósitos meramente hedonísticos que evita el esfuerzo inmediato de abocarse a la solución de un asunto enviando el expediente, con cualquier pretexto, a otras oficinas, ya sea requiriendo un informe previo o la necesidad de un dictamen, o una determinada agregación, o dejándolo dormir un tiempo prudencial en el cajón del escritorio, o haciéndolo "traspapelar" o introduciéndolo en algún laborioso trámite que la imaginación burocrática es capaz de elaborarlo con experiencia refinada y sutilezas mil, que se suele adquirir con el correr de los años con admirable perfeccionamiento y que constituye un sistema procesal administrativo que corre paralelo al trámite normal derivando los asuntos de su fin y que funciona, como si se trata de una verdadera perecuación, como afirma Wallace⁴, y que consiste en una institución destinada a restablecer la igualdad entre los comerciantes. En la especie, se la utiliza para favorecer sistemáticamente a uno de ellos; se la fomenta y aun más se la utiliza en un fin exactamente opuesto al que le es propio por definición. Hay pues, empleo del poder en un fin distinto del que quiso el legislador al crear la institución (o lo mismo del decreto del Poder Ejecutivo que dicta leyes en sentido material o substancial), y aun contrario a dicho fin. Hay, pues, derivación de poder, por lo menos en el sentido que la jurisprudencia nos habituó a dar a esta expresión... De suponer que el interés público haya exigido una tal protección a la empresa en cuestión, esta protección no podía ser acordada legalmente por la vía del procedimiento de la perecuación sin que ésta fuera derivada de su fin legal. Diciendo lo contrario, el Consejo de Estado ha creado un precedente debilmente peligroso por los poderes que reconoce a la Administración, lo que hace temer que haga un uso arbitrario de los mismos; peligroso por el porvenir del control jurisdiccional de la derivación de poder, que de someterse a la letra de la senescencia, resultaría reducidísimo. Y si a este agregamos, que en los recursos jerárquicos estamos desconvolviéndonos dentro de la justicia retenida, no delegada en organismos o tribunales jurisdiccionales, el entorpecimiento resulta más sensible por cuanto la regulación de la norma procesal en el orden contencioso-administrativo, en órgano separado de la Administración activa, presenta perfiles que nunca encontramos en la denominada jurisdicción retenida o justicia en la Administración o dentro de la Administración, en que la autoridad administrativa se presenta como juez y parte.

También suele jugar una burocracia política o de partido o una buro-

⁴ En sus el libro *Spandau de la raffinement de souffre français*, en D., 1933, p. 661. — Rafael Barata, en su reciente obra, "Significación de la burocracia", ed. Abalado-Puente, Buenos Aires, 1963, se refiere a este instituto que viene del vocablo "bureaucratie", de bureau (oficina) y cratic (poder o autoridad), y que equivale a gobierno de la oficina, en sus concepciones bien perfiladas y con el alicance que le damos en este capítulo.

cracia de función, o de las dos juntas y tal como está ocurriendo en todo el mundo, vamos hacia un dominio cada vez más pronunciado de la burocracia, que tiene los medios técnicos, la fuerza, los recursos propios y hasta suele dejar traducir en sus procedimientos efectos psicológicos sobre las propias autoridades ejecutivas y aún sobre la Administración en general y el mismo pueblo. Sobre este particular algunos estudiosos, como Burham* han querido eludir la verdadera solución y crearon una nueva clase, la de los "Directores", que estudia el asunto y que mirando bien termina por vencer la burocracia. Lo mismo pasa con los ejecutivos frente a este mecanismo de la Administración pública que suele arrojarse a los propios gobiernos. Por cuanto los empleados y funcionarios administrativos propiamente dichos, es decir, excluidos los propios gobernantes o poderes ejecutivos (que son quienes deben decidir en los recursos jerárquicos), muchos de ellos son parte en el proceso administrativo de cualquier trámite oficinesco y salvo fracciones inasaciables son también una actividad gubernamental en los hechos no solamente en estas cuestiones jerárquicas sino también en todo el proceso económico y social en el mundo contemporáneo.

* Véase James Burham: *La evolución de los directores*. Ed. Claridad Buenos Aires. El problema de la gestión de la burocracia en los recursos jerárquicos es cosa bien visible para todos y esa como una consecuencia del sistema en general. Es que la burocracia ha tomado carta de ciudad con el transcurso de los años desde que se crearon los cargos de funcionarios públicos, como señala Fritz Eisner (Instrucciones de derecho administrativo, pág. 27, trad. de la 8ª ed. alemana, por Julián A. Gendín), con el carácter de funcionarios profesionales dependientes del Príncipe —uno de los más grandes aciertos de los príncipes alemanes, sobre todo del primero— y se organizaron "Colegios de Justicia" especiales, estableciendo así una separación entre las dependencias de la justicia y de la policía (Gobierno). Originalmente el Príncipe reservaba el poder gubernativo a su libre arbitrio, como señala Gótzner. Las normas según las cuales los funcionarios habían de seguir la Administración eran órdenes de servicios, no preceptos jurídicos y como el poder gubernativo ejercía un verdadero trabajo en la vida de los individuos o adócos en el proceso de evitarse males futuros sin tomar en cuenta los intereses de los individuos perjudicados, se consideraba, según Gótzner, que *del asunto de su ser asunto* de acuerdo al proverbio: "En materia de política no hay apelación" (apelación ante los Tribunales). Por lo tanto, sólo podía apelarse a una decisión, conforme a Derecho el ciudadano que sabía impugnar a su reclamación contra la autoridad el carácter de asunto judicial, pero para eso había que tener que la autoridad había lesionado derecho individual, existiendo entonces "un asunto gubernativo de carácter judicial". "Sinado indistinto que la lesión del Derecho se realizase en asuntos privados o en el ejercicio del poder del Príncipe, que el litigio versase sobre derechos del particular o sobre los del Estado, que se hubiera cometido una injusticia al establecer una norma general o al hacer la excepción, y que la reclamación se refiriese a la violación del Derecho en materia disciplinaria, política, comercial, fiscal, agrícola o gubernativa. Frecia a este criterio, el particular lesionado en sus derechos (propiedad, libertad), gozaba de la facultad de invocar la protección de los Tribunales. Verdad es que los Tribunales del Príncipe en cada Territorio no estaban facultados para tramitar demandas contra su autoridad o contra sus funcionarios, pues el Príncipe no estaba sometido a su propio poder judicial; pero en cambio, el demandante podía acudir a los Tribunales del Imperio. La jurisdicción del Reichsämtergericht, se dirigía a los ciudadanos contra los actos del poder del Príncipe, determinados, "según principios generales del Derecho" los límites que el poder del Estado había de respetar frente a los derechos adquiridos" de los ciudadanos, a menos que la aut-

Hoy puede decirse que el burocrata ejerce su preponderante influencia y hace hegemonía dentro del Estado mismo y hace como "segundón" sur-ten dirigir determinada política económica o empresas del Estado, a través de diversos tipos de control y hacer sentir su influencia oculta e invisible en casi todas las actividades de la Administración pública, nacional, provincial, municipal o de instituciones autárquicas descentralizadas, etc. Y como observa Barham, en la obra indicada, al final no se sabe si la burocracia está al servicio de los directores o jefes de la burocracia. "Tanto en un caso como en otro será la misma organización general e institucional". El mismo tipo de economía, la misma ideología, las mismas instituciones políticas y la misma situación para las masas tanto si el Estado es burocrático como si es directorial", afirma el ilustre escritor americano en su notable trabajo.

Indudablemente es un hecho real que estamos frente a una inflación de la burocracia, tanto o más perniciosa que la inflación económica, por cuanto también aquella tiende a contribuir fuertemente a su desarrollo, por cuanto el ser así resulta un fenómeno de psicología social y que hace decir a Barham (op. cit., pág. 314), que "La burocracia representa en todos los aspectos a los capitalistas y en el terreno político actúan en nombre de sus intereses", y luego se pregunta: ¿serán los directores o los burocratas los que integran la clase gobernante?" y afirma también "que la burocracia representa en todos

alidad, en algunos casos excepcionales, podía favorecer la teoría del lin amicum para desmantelar esos desechos. Pero al pretender el Príncipe neutralizar esas detonas individuales ante los Tribunales del Imperio, por medio de la obtención de impuestos "privilegio de non apelando" y de "privilegio de non evocando" y en su defecto a la fuerza, Federico I de Frisia defendió a sus súbditos ordenando que se cumpliera a los nobles eclesiásticos toda clase de molestias a fin de que de ese modo se abstrahiera en lo sucesivo de realizar semejantes intentos criminales e impíos, que no otra cosa significaba el hecho de proceder contra su natural señor y soberano (Fischer, op. cit., pág. 27 y siguientes).

Era costumbre de funcionarios intermedios entre el poder del Príncipe y el de los súbditos o individuos, en sus relaciones administrativas por parte de éstos últimos, apelaban públicamente al individuo bajo la firma directa de los funcionarios e indirecta del Príncipe. Pero con los funcionarios y empleados públicos los que están en contacto directo con los individuos y si substituimos el poder del Príncipe por el del Estado moderno y su voluntad por la ley en sentido formal o material, resulta que los funcionarios adquieren aún más esas características autocráticas y omnipotentes, ya que el Estado se presenta como una persona jurídica y actúa apodípticamente de la voluntad de aquellos para su desvoluntadismo sin los cuales no puede extender su voluntad y ejercitar su omnipotencia. Se observa pues, frente a una lenta evolución, que con el andar del tiempo, un burocracia, que cada vez se acerca más en su gerencia administrativa, va tomando una personalidad propia que tiene una vivencia hacia cierto punto independiente, en los hechos por lo menos, del poder de los gobernantes que representan al Estado. Esto es precisamente lo que no debe olvidarse en toda gestión administrativa y también en los recursos jurídicos. Muchas veces se crean vías para producir el desahucio de los recurrentes y así se resuelve las cosas como debe ser para evitar el procedimiento y pueda producir en los particulares el hábito de familiarizarse con el recurso lo que implica labor, sufrimiento y hasta responsabilidades que los burocratas consideran que no se compadece con un hedonismo que suele ser el leit-motiv del burocrata que se estima.

los aspectos a los capitalistas" (op. cit., ib idem). Afirma también que es ridículo querer superar la era de la burocracia sin tocar lo fundamental que es la clasificación estatal. La burocracia se encuentra en todo tipo de gobierno; tanto en las monarquías como en las dictaduras que se suelen hacer más numerosas por cuanto la tendencia se acerca en los gobiernos más fuertes o absolutos, como que precisamente tuvo su origen en el seno de los Principes absolutos, según vimos. Hay burocracia en las repúblicas donde aparecen más débiles y corrompidas y valeo menos siguiendo el desenvolvimiento del Estado moderno, y es precisamente, por cuanto el individuo o persona física o humana, es quien en definitiva actúa en nombre, representación y actividad real del Estado, sin distinción entre agentes funcionarios y agentes empleados, por cuantos todos se complementan, cualquiera sea la teoría del Estado en cuanto a su personalidad jurídica.

El Estado (hau sensu), tiene indudablemente su parte humana y ésa está en la función pública y es precisamente la dictadura la que hace pie firme en la burocracia sin la cual no podría existir.

Debemos aclarar, que la burocracia es un estado moribundo de la función pública pero que no es la función pública y que su fenómeno se produce por incapacidad de los llamados gobernantes, o por tendencia a lo policial o por espíritu de partido y soborno de ciudadanía, como señala Bielsa, en "La función pública", ed. Depalma, 1960, pág. 19. Este fenómeno de la burocracia, que incide en desastre en la actividad administrativa del Estado (hau sensu), se origina en los compromisos electorales, en las campañas de proselitismo y hasta en el espionaje y a la enorme afluencia del ciudadano al empleo o función pública, que hace perder toda noción de idoneidad que exige el art. 16 de la Constitución que ya implica un principio de selección integral que complementado con las garantías del art. 14 bis, de la misma, dan garantías de estabilidad a los empleados públicos, por medio de los respectivos estatutos, dan las bases firmes de que se constituye en cuerpo de funcionarios y empleados públicos, que garantizan ampliamente los derechos de todos los habitantes de la Nación y no se ven compelidos o necesitados a tratarlos como siervos de la gleba y a dar por olvidados los deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos.

El deber de fidelidad que algunos denominan de lealtad y la del honor y honorria de bien que sería su acepción gramatical, es como dice Villegas Barvillazo (Derecho Administrativo, T. III, págs. 457 y siga.), "el deber supremo impuesto por la Constitución para el ejercicio de todas las funciones públicas, civiles y militares. La fidelidad es un concepto esencialmente ético más que jurídico. Es ante todo, según la afortunada expresión de W. Jellinek, un deber de sentimiento, y, por consiguiente, mientras permanecen en el interior de la conciencia no es posible sujetarlo a una valoración jurídica, pero de pronto se manifiesta al exterior en acciones u omisiones concretas, éstas quedan sujetas al derecho. Una acción u omisión pueden estar en contradicción con el deber de fidelidad".

Laband, en "Le droit Public de L'Empire Allemand", T. II, pág. 158) funda en el juramento ese deber de lealtad, pero la Constitución de 1853, a diferencia de la de 1949, no exige tal requisito sino para determinados funcionarios, pero no quita que dicho deber de lealtad o de fidelidad a la ley y al superior jerárquico esté implícita en todo tipo de función y especialmente en las más relevantes. Por lo pronto los ministros secretarios, secretarios de Estado y subsecretarios de los mismos, prestan juramento al asumir el cargo y ellos deben cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales y muy especialmente en materia de justicia administrativa, cuando se interponen recursos de revocatoria y jerárquico, por cuanto se está ejerciendo una función de soberanía jurisdiccional, se juzga el acto administrativo cuestionado por un particular o por cualquier órgano administrativo, y si bien, este deber es considerado, por la mayor parte de los juristas como de carácter moral, el se complementa con el deber de obediencia que le es también hacia el superior jerárquico y hacia la ley misma en primer lugar que es velar por los intereses públicos que a todo funcionario o empleado público le es confiado, "con todas sus fuerzas intelectuales y morales, muy a menudo en detrimento de sus intereses personales y algunas veces con peligro de su vida" Laband, op. cit., pág. 146; Mayer Droit Administratif allemand, t. IV, pág. 3 y agts; Peruzziello, Il Rapporto di Pubblico Impiego, op. cit., pág. CCX; Villegas Busalibazo, T. III, pág. 428.

Jefe considera que todos los empleados públicos tienen el deber o la obligación funcional de afirmar su lealtad personal al jefe de Estado, pero al mismo tiempo "los agentes públicos con sus deberes no para contentar a sus jefes sino para asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos". Pero como Jefe, da a los servicios públicos una función que realice, que cumpla, que sostenga, que sea eficaz, siempre debe cumplir, en fin, de interés y de bien público.

VI. Fines del recurso jerárquico.

El decreto que instituye el recurso jerárquico también pudo establecer que si dentro de un término dado no se dicata resolución, debía entenderse como rechazado el recurso. Pero esto sería fomentar la inercia administrativa.

El recurso jerárquico no es un medio de control establecido exclusivamente en interés del recurrente, sino también en interés de la Administración, que hasta puede proceder ex officio, por cuanto el Estado es moral y se presupone moral, y no puede ni debe obrar arbitrariamente o caprichosamente.

Este recurso es una forma de colaborar con el Estado. Una intervención de esta naturaleza debe ser siempre bien vista y todo esfuerzo tendiente a evitar anomalías administrativas o irregularidades, hasta debería ser de contenido obligatorio para los particulares en determinados casos de importancia y no solamente para los interesados, en la misma forma que el Código

de Procedimientos en lo Criminal y Correccional faculta a los particulares que tienen conocimiento de un delito de acción pública, por estar en juego, precisamente, el interés público. Por ello el recurso jerárquico debe merecer en todo momento la mayor protección de los poderes públicos, pues es el mejor medio y más sano de control de legitimidad y moralidad, que no siempre los funcionarios o empleados denuncian, no solamente por espíritu de cuerpo, sino por razones de comodidad y también de tranquilidad y de defensa de sus propios empleos. De allí es que si el recurso jerárquico se rechaza por mal presentado o por vencimiento de los términos, vale como simple denuncia y la Administración revisa el acto. Ello evidencia su fin moral.

VII. El recurso jerárquico en cuanto a su ámbito.

El recurso jerárquico se observa tanto en la administración centralizada como descentralizada en el orden nacional y también en las provincias y comunas de acuerdo a sus respectivas reglamentaciones y tanto procede en lo civil, militar y policial. Es una vía de conocimiento constitucional la de peticionar ante las autoridades, aún sin normas positivas regladas. Es de su esencia.

En el orden nacional esta regulado por los decretos del 7 de abril de 1933, 7 de noviembre de 1934, 7 de abril de 1939 y adquiere forma definitiva en el decreto 7520 de 1944 y se renova, por así decirlo, por los decretos: 21.680 del 6 de setiembre de 1949, 19.041 del 25 de setiembre de 1951 y 2.621 del 20 de marzo de 1961, como hemos tenido oportunidad de estudiar en la nota corriente en "Anales de Legislación Argentina", Tomo XXI, B, págs. 441 y agr. ("Los recursos jerárquico y de revocatoria" y en este sentido existen reglamentaciones análogas en otros organismos del Estado que ofrecen algunas variantes.

Así por ejemplo, si tomamos el "Reglamento del régimen disciplinario" del servicio penitenciario de la Nación, elevado en cumplimiento de los artículos 67° y 119° de la ley 14.513, que es el "Estatuto para el personal del servicio penitenciario de la Nación", tenemos que en los artículos 93 a 102, instituye un régimen de recursos administrativos con cierta minuciosidad a favor de cualquier agente penitenciario a quien le fuere impuesta una sanción que considere excesiva. Este sería un recurso del tipo de los contemplados en los decretos como el 6666/57, para el Personal Civil de la Nación, que además del recurso jerárquico contempla el contencioso-administrativo ante la jurisdicción judicial.

Este recurso del organismo penitenciario es un recurso administrativo disciplinario en que el recurso se va formando de resoluciones escalonadas, es decir, de los órganos inferiores hacia los superiores; en que a cada funcionario le toca actuar en grado ascendente y que debe pronunciarse en la forma que indica dicho reglamento, hasta que alcanza al Director General del organismo, como ocurre precisamente, con el decreto 2126/961, en que el

recurso de revocatoria se interpone ante el funcionario con cargo o jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de ministerio o secretario de Estado, pero cuando la sanción adquiere fiscomía grave en el orden disciplinario, como se contempla, v. gr., en el art. 99, inc. c), como censurita, exoneración, etc., entonces el recurso es remitido por la Dirección Nacional al Poder Ejecutivo Nacional para su resolución definitiva.²⁸

Podríamos citar también el caso del Estatuto del Docente (Ley nacional N° 1.473 del año 1958), que modifica el decreto-ley 16.767 de fecha 11 de setiembre de 1956, aprobatorio del Estatuto del Personal Docente del Ministerio de Educación y Justicia, que legisla sobre el régimen disciplinario en el Capítulo XVIII, y respecto de las faltas del personal docente, cuyas sanciones se contemplan en el art. 34, que pueden ser correctivas o expulsivas y se instituyen una serie de recursos administrativos y el correspondiente contencioso-administrativo en su caso, como puede verse en los arts. 35, 36, 37, 39, 60 y 61, de una manera bien circunstanciada.

En estos ejemplos, los recursos jerárquicos ofrecen las dificultades que se observan en los capítulos precedentes, de casos no previstos, y que demandamos para la mejor defensa de quienes tienen que deducirlos, por cuanto es muy corriente que estos recursos administrativos se vean paralizados o desviados del fin querido por la ley.

Es muy frecuente también en los entes autárquicos institucionales, en materia de licitaciones, en contratos de suministros o de obras públicas, etc., y en los concursos para llenar cargos docentes, especialmente los universitarios, en que se observan verdaderas anomalías en los procedimientos posteriores al pronunciamiento de los jurados respectivos, en que los exámpulos se suelen dejar de lado, incurriéndose en verdaderas excesos de poder, y también, en desviaciones de poder, y aún en la violación de la ley misma, en forma intencional, que configuraría este último vicio, cuando el agente obra impulsado por algún interés personal y no de un interés público, general, objetivo, impersonal.

En todos estos casos de entes autárquicos institucionales el recurso jerárquico se complica aún más cuando se legisla impropriadamente como ha ocurrido con el Decreto-ley 10.733 de 1956, ratificado por la ley 14.467, que establece que no habrá recurso jerárquico contra las resoluciones del Consejo Superior Universitario, criterio invocado en los actos del gobierno provisional (decreto-ley 477/55), programa del gobierno de 7/12/56, decreto-ley 6403/55, decreto-ley 10.775/56, decreto-ley 8780/57 que consagra un régimen legal fundado en el principio de la denominada "autonomía universitaria" de imprecisa e impropia denominación (Ver diario "La Nación" del 7/5/1960).

²⁸ "Capítulo V del Reglamento del régimen disciplinario penalitario nacional". De los Recursos, Art. 93.

El Poder Ejecutivo Nacional se expidió en ese sentido en el recurso jerárquico interpuesto por el Dr. Ferrer, Decano de Odontología, no obstante lo dispuesto en el art. 5º del Decreto-ley 10.733 de 1936, modificado por ley 14.457.

Agregaba a lo antes expuesto, el Poder Ejecutivo Nacional, "Que sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo tiene el inexcusable deber impuesto por la Constitución, de observar la actividad cumplida por los órganos de la administración nacional a efecto de ejercer la atribución de controlar cuyo ejercicio no puede ser impedido por la ley ni por las autorizaciones que se haya impuesto el Poder Ejecutivo en reglamentos generales"

"Que nuestro sistema institucional debe conformarse a la estructura de la Constitución que responde al clásico principio de la organización de toda la actividad estatal en tres esferas: legislativa, ejecutiva y judicial".

"Que los actos públicos que tienen a su cargo la ejecución de las leyes, se encuentran en la esfera propia del poder administrador, cuya jefatura ejerce el presidente de la Nación por mandato expreso de la Constitución Nacional (art. 86, inc. 1º)".

"Que las razones de conveniencia que han conducido a la descentralización administrativa, han servido para justificar la creación por ley de entes autárquicos, habiéndose olvidado las impugnaciones a su constitucionalidad porque el principio de la unidad de la administración pública, se mantiene mediante el ejercicio por el Poder Ejecutivo de sus funciones de controlar y que, por tener su fuente en la Constitución, no necesita ser establecido por ley y tampoco pueden ser desconocidas por ella".

Y continúa el decreto referido, reconociendo el carácter jurídico de este autárquico que corresponde a las universidades nacionales, rechazando la expresión "autonomía", por cuanto sólo puede ser aplicada a las provincias. Indudablemente el Poder Ejecutivo está en la verdadera doctrina sobre el control de los entes autárquicos, a que se refiere el decreto 7320/944.

Eso siempre lo hemos aseñado en la cátedra y en nuestras publicaciones y hace a la fuerza del recurso jerárquico que siempre debe estar en manos del Poder Ejecutivo Nacional, mientras nos rija el art. 86, inc. 1º de la Constitución Nacional.

LA OBLIGACION NATURAL: UNA IDEA DIFICIL QUE RESPONDE A UN FUNDAMENTO LOGICO Y BRINDA UNA VISION GENERAL DEL SISTEMA DEL DERECHO

Por el Dr. José María López Olaciregui
Prof. Titular de Derecho Civil I

1. Advertencia inicial.

A los estudiantes a quienes nos dirigimos hemos de hacerles una advertencia inicial: la teoría de la obligación natural se presenta a primera vista como una construcción elaborada sobre ideas difíciles que bordean la zona de la contradicción, pero al retrocediendo con el pensamiento se aclaran sus antecedentes y fundamento resulta ser el centro de un sistema claro y coherente.

Llegar a esa simplificación partiendo de aquella dificultad constituye el objeto de este trabajo que reproduce una clase del curso de Obligaciones.

2. El porqué de las dificultades.

Las dificultades surgen porque en el seno de la obligación natural se combinan elementos contradictorios que hacen equívoca su configuración.

3. Como surgen del código.

Basta para confirmarlo pasar revista a las cinco cualidades básicas que nuestro código atribuye a la obligación natural en los artículos 515 y 518.

- a) fundarse en razones de derecho natural y equidad;
- b) corresponder a vínculos que acusan fallas varias de capacidad, forma, prueba, etc. (incisos del artículo 515);
- c) no ser exigibles;
- d) ser sin embargo base de pagos irrevocables;
- e) y de eventuales garantías constituidas por terceros.

4. Cualidades de distinto signo.

Las mencionadas cualidades registran distinto signo: las unas positivas (como el fundamento de derecho natural y la irreperibilidad) y las otras negativas (como las fallas de vínculo y sobre todo la no exigibilidad).

Esta última plantea el problema básico y previo de la materia: ¿puede ser verdadera obligación aquella que corresponda a un vínculo no exigible?

Para resolverlo hay que recurrir con el pensamiento y previamente aclarar: ¿qué debe entenderse por una verdadera obligación? La teoría de la obligación natural se vincula así a los problemas fundamentales del derecho: ¿qué es una obligación, qué es un deber, cuál es la relación entre el derecho y la equidad? Los consideraremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y UBICACIÓN DE LAS LLAMADAS OBLIGACIONES NATURALES

5. Antecedentes: ley y doctrina.

Para comprender cabalmente el sistema de nuestro código fundado en la categoría de afirmación de que las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones corresponde adentrarse en las razones por las cuales esa solución adoptada por el codificador se ha impuesto en doctrina contrariando las conclusiones de tesis adversas.

Todo el problema gira en torno a determinar cuál es la gravitación que corresponde asignar al elemento "exigibilidad" como componente de la realidad "obligación jurídica". Se descompone en dos momentos: a) si la exigibilidad es indispensable; b) si aparte de la exigibilidad, existe otra cualidad jurídica positiva que convierta en obligatorio un vínculo de deber y prestación. Los consideraremos en títulos separados.

§ 1. SI LA EXIGIBILIDAD ES INDISPENSABLE: PREDOMINIO DE LA RESPUESTA NEGATIVA

6. Primera opinión: supuesta equivalencia de "obligatoriedad" y "exigibilidad".

Una primera tendencia doctrinaria atribuye a la exigibilidad el carácter de elemento indispensable de toda obligación.

Las relaciones de un sujeto respecto de una conducta —se dice— pueden ser de dos tipos: de libertad (si no se le puede forzar a que la cumpla) o de obligación (si se le puede forzar).

La posibilidad de exigir forzosamente el cumplimiento, vale decir la exigibilidad sería el elemento calificativo que asignaría a un vínculo el carácter de obligación y en consecuencia su contrario (la no exigibilidad) privaría de carácter obligatorio al vínculo al que calificara.

La idea de una obligación no exigible no podría ser pensada con coherencia; supondría una contradicción en los términos pues en definitiva sería una "obligación no obligatoria" vale decir una "no obligación". Plantel expuso esta fórmula en un artículo que publicó en la "Revue Critique" allí por el año mil novecientos once.

7. Observaciones críticas.

A primera vista esta tesis aparece dotada de sugestiva fuerza de convicción. La fórmula de Plantel, como otras muchas de ese espíritu luminoso, parece ser expresión de la verdad misma. Pero antes de dejarse arrastrar por la fuerza de conclusiones que deslumbran con su evidencia aparente conviene reflexionar quicisimamente sobre la esencia de las cosas porque son precisamente las luces que deslumbran que no dejan ver con claridad.

8. De las palabras a las ideas.

Y si en esta quinta reflexión comenzamos a analizar las ideas a través de las palabras que expresan su ser, advertimos inicialmente que "obligatoriedad" y "exigibilidad" no son palabras sinónimas. De allí surge una conclusión necesaria: tampoco son conceptos equivalentes.

9. Diferencias y conexiones.

No hay duda que entre uno y otro hay conexiones, pero eso no significa que se trate de una misma y única cosa.

Sucesivamente analizaremos tres puntos: esencia, relación de prioridad e independencia de los conceptos mencionados.

10. A) Las esencias: heterogeneidad.

Una cosa es exigible "por" alguien cuando ese alguien tiene potestad, títulos o medios para forzar su cumplimiento; una cosa es obligatoria "con relación a" alguien cuando ese sujeto por alguna razón "la debe" cumplir.

La exigibilidad es un poder; la obligatoriedad es un deber. El poder es una realidad de hecho, en tanto que el deber se funda en una razón y supone una valoración. En definitiva: obligatoriedad y exigibilidad no sólo son conceptos distintos, sino que son heterogéneos entre sí.

11. B) Relación y prioridad.

Las de obligatoriedad y exigibilidad son ideas encadenadas y conexas, pero no ideas iguales; la exigibilidad es consecuencia de la obligatoriedad, pero nunca lo mismo que ella. Una conducta es exigible porque es obligatoria, pero no es obligatoria porque sea exigible: si los padres no alimen-

ran a sus hijos se ejecutará su patrimonio, pero no puede decirse que esta obligación a alimentarios "para" evitar esa ejecución futura, sino "por" una razón preexistente. En definitiva: la obligatoriedad es cualidad ideal anterior y determinante; la exigibilidad es resultado de hecho posterior y determinada.

12. C) Independencia.

Al valorar la relación de dos sujetos con relación a una conducta posible de uno de ellos que favorecerá al otro, el ordenamiento comienza preguntándose: "¿debe el primer sujeto cumplirla y puede el segundo pretenderla?" Si la respuesta es afirmativa el ordenamiento habrá consagrado la existencia de una obligación.

En un segundo paso el ordenamiento se pregunta: "puesto que racionalmente el deudor debe cumplirla, ¿es adecuado brindar al acreedor los medios compulsivos para obtenerla?". Si la respuesta es afirmativa habrá nacido la exigibilidad.

Pero los pasos sucesivos son entre sí independientes; el que se haya dado respuesta afirmativa al primer cuestionario no presupone que necesariamente vaya a serlo también la que corresponde al segundo.

El ordenamiento maneja razones distintas para uno y otro caso. La afirmación del "deber" emana de una valoración pura; la concesión de los medios coercitivos, tiene en cuenta, además otras razones prácticas de política legislativa. Un entrecruzamiento de razones opuestas puede aconsejar que no se brinde la coerción a los acreedores de ciertos deberes sin que ello implique negar fundamento a su pretensión dirigida a la conducta de que se trate.

13. Confirmación Histórica

Desde los tiempos del primitivo derecho romano se admitió que una cosa era la existencia de una "razón de deber" y otra la concesión de acciones judiciales al sujeto en cuyo favor aquella razón existiera. Entre otros casos la diferenciación se daba en aquellas épocas en que el derecho de peticionar a los magistrados era exclusivo de los ciudadanos: los no ciudadanos podían tener entre ellos créditos y obligaciones, pero no podían presentarse ante los jueces pidiendo se les concediera el auxilio de la pública fuerza para obtener su cumplimiento. Allí, precisamente, nacieron las que serían antecesoras de las actuales obligaciones naturales.

14. Coincidencia con la doctrina procesal.

Coincidentemente la moderna doctrina procesal se apoya en la idea de que la "acción" es un derecho público subjetivo para obtener la intervención del Estado en favor de un derecho privado, y aunque sirva de coher-

cara a ese derecho no se confunde con él. La acción (instrumento de la exigibilidad) es independiente del derecho o de la obligación a los que se refiere.

15. Primera conclusión.

De cuanto queda dicho, surge una primera conclusión: la exigibilidad no se confunde con la obligatoriedad.

La obligatoriedad de una conducta se funda en las razones que puedan existir para afirmar que un sujeto determinado debe cumplirla en favor de otro; la exigibilidad en las razones que puedan existir para conceder a ese último el amparo de la fuerza pública en orden a obtener la satisfacción de su derecho.

Si la exigibilidad no es elemento necesario de la obligación, su contraria, o sea, la "no exigibilidad" no es impedimento para que un vínculo determinado pueda ser considerado obligatorio. En consecuencia: entre las obligaciones puede haberlas "exigibles y no exigibles"; las segundas no dejan de ser obligatorias por el hecho de no ser exigibles.

§ 2. CUAL ES EL ELEMENTO COERCITIVO QUE A FALTA DE EXIGIBILIDAD PUEDE CALIFICAR DE OBLIGATORIO A UN VINCULO.

16. Planteo.

Para afirmar que un vínculo no exigible es, sin embargo jurídico, es necesario demostrar que el mismo, además de tener un fundamento de razón, tiene en su amparo una forma de protección coerciva que lo juridicise. De lo contrario ese vínculo sería "pensamiento moral", pero no sería jurídico.

17. Formas de coercitividad.

Si se analiza el funcionamiento de la coercibilidad en el caso de la obligación civil a través de los distintos momentos que componen el proceso de su existir se advierte que el vínculo obtiene del ordenamiento una doble protección coerciva: la primera se da frente al incumplimiento del deudor y consiste en la posibilidad de exigirle el cumplimiento forzoso; la segunda se da frente al cumplimiento del deudor y consiste en el hecho de que el ordenamiento protege al acreedor en la quieta posesión y disfrute de la prestación percibida. Tenemos pues dos formas de coercitividad:

- a) La exigibilidad que funciona cuando el deudor no cumple;
- b) La irrepertibilidad que funciona cuando cumplió.

La segunda forma no deja de tener subsistencia de coercitividad por el hecho de que la primera, de mayor volumen, la relegue a plano menos relevante.

Protegiendo lo irrevocable de la traslación de valores operada en el pago se protege algo que fue consecuencia de la obligación y por ese modo se protege y consagra retrospectivamente a la obligación misma.

Que la protección coercitiva sea posterior y esté subordinada a que haya mediado pago no le quita que sea protección coercitiva.

18. Verificación de la conclusión por inversión del argumento.

Todo esto sólo se obtiene tras un esfuerzo mental que puede parecer artificioso.

Ello es así porque la inteligencia se ha habituado inconscientemente a equiparar la noción abstracta de obligación con el supuesto de obligación civil exigible, que es su tipo más difundido. Así como la persona que pasa de una plena luz a una semipenumbra no distingue los objetos y le cuesta admitir que pueda allí haber alguno puesto que a ninguno ve, así también al observador intelectual habituado a ver la exigibilidad como signo de la obligatoriedad le cuesta admitir que esa última condición pueda existir en casos en que falte aquella calidad. La mente es reacia a admitir la definición por sustracción: un vínculo puede ser obligatorio aunque no sea exigible.

Conviene por ello verificar el acierto de la conclusión marchando por otro camino y para ello nada mejor que invertir el desarrollo del argumento. No se ha de partir de lo que al vínculo le falta, sino de lo que el vínculo tiene (una razón de deber) y de allí se ha de seguir comparándolo con los vínculos que no tienen ese elemento. El argumento puede marchar a través de seis pasos que para mayor claridad iremos numerando:

- 1) Cuando entre dos sujetos no hay, con relación a una cosa, ninguna "razón de deber".
- 2) Si uno de ellos la entrega al otro en pago.
- 3) El que la entregó puede repetirla (art. 784).
- 4) De lo cual surge:
- 5) Que si en un caso dado no puede repetirla, porque el otro le opone la existencia de una razón de deber que el ordenamiento considera válida,
- 6) El vínculo que existiría entre esos sujetos era de obligación.

Todo gira, pues, en torno a la idea: irrepetibilidad fundada en una razón de deber.

En irrepetibilidad es en su plano, como la exigibilidad lo es en el suyo, una balza indicadora de la existencia de una obligación.

(Sobre la fórmula "irrepetibilidad fundada en una razón de deber" ver la aclaración que hacemos en Apéndice Nº 44).

CAPITULO II

PORQUE NO SON EXIGIBLES SIENDO OBLIGACIONES. ESTUDIO DE LA FORMULA Y DE LOS CASOS PREVISTOS POR EL CODIGO

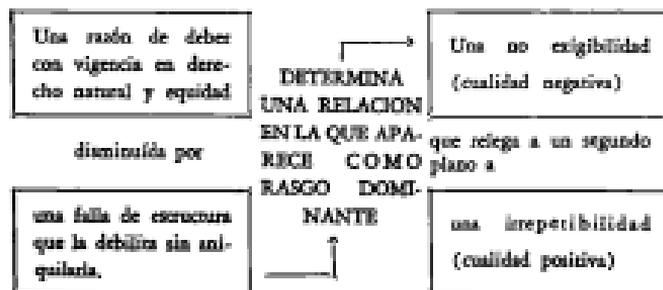
19. Planteo.

Lo complejo del ser de las obligaciones naturales consiste en que a pesar de contener una razón de deber no son exigibles y en que, al mismo tiempo, a pesar de no ser exigibles son obligaciones. Nacen, viven y se renuevan entre esas "a pesar de..." que las convierten en algo difícil.

Pero la dificultad se disipa si se advierte que esos efectos contradictorios son consecuencia de elementos de signo distinto que operan en la zona de su raíz: no son exigibles porque tienen fallas y, sin embargo, son obligaciones porque esas fallas aunque lo suficientemente graves para quitarles exigibilidad no lo son en medida tal que suprima la razón de deber que queda en su fondo.

Son vínculos imperfectos en su estructura que por ello mismo son débiles en sus efectos. La lógica del Instituto se apoya en esa serie de fuerzas y contrafuerzas que viven en su seno: la razón de deber actúa como fuerza impulsiva hacia la afirmación de un vínculo obligatorio y la falla que la debilita es el obstáculo que la frena en su postulación de plenitud; de esa combinación de opuestos que se da en los elementos surge la que correlativamente se da en las consecuencias: la irrepetibilidad (como consecuencia de la razón de deber) y la no exigibilidad como consecuencia de la falla.

Expresando en un gráfico el cuadro de esas fuerzas se compone la siguiente figura:



Fundamentalmente la obligación natural es un vínculo que por ser imperfecto en su base, es débil en sus efectos. No siempre fuerza suficiente para vencer la resistencia del deudor que no las quiera cumplir, pero ayudada por la conformidad de ese deudor son causa bastante para justificar la traslación de valores que para cumplirlas se haya operado. Su "voluntad" que no llega a producir el primer efecto, surge, en cambio, el segundo. El derecho—*dicat Puig Brutau*— sólo interviene para mantener el status resultante de la espontaneidad social (*Fundamentos*, I, 2 pág. 107).

20. Falta que no suprime la razón de deber.

Lo esencial es recordar esta idea: la falta que deprime al vínculo no suprime la razón de deber que vive en su fondo.

21. Realización del esquema en nuestro código.

De acuerdo a la enumeración del artículo 515 son obligaciones naturales:

- + las contraídas por incapaces relativos (inciso 1°).
- + las obligaciones prescriptas (inciso 2°).
- + aquellas a las que faltan formas esenciales (inciso 3°).
- + las no probadas en juicio o las perdidas en juicio (inciso 4°).
- + aquellas a las que el ordenamiento no concede acción (inciso 5°).

Cada caso, según se advierte, acusa un defecto. Son defectos graves (y por eso el vínculo no comporta obligación civil), pero dentro de los grados de gravedad no son de los que podríamos llamar "malignos" porque no suprimen lo que en el vínculo es raíz y fundamento (una razón de deber). En esta forma el vínculo de obligación natural ocupa un lugar intermedio entre el vínculo perfecto (el de obligación civil válida) y aquel otro que aparece como irremitible e insalablemente ineficaz (por ej. el de obligaciones contrarias a la ley y al orden público).

En el mundo de los vínculos imperfectos el de obligación natural ocupa un lugar intermedio que en algunos casos coincide con el de las llamadas nulidades relativas con el cual, sin embargo, no se confunde (sobre esto ver capítulo III).

22. Clasificación de los requisitos y de las fallas.

Un vínculo de obligación es perfecto cuando reúne tres requisitos:

- 1°) emanar de un hecho o acto fueran "perfecto".
- 2°) haber sido probado en juicio. ..
- 3°) haber sido investido de acción y conservado.

Los recaudos, como se advierte, no se refieren sólo al nacimiento, sino también a lo que podríamos llamar "estado de conservación" del vínculo.

Si esos son los recaudos de perfección del vínculo surge que sus eventuales defectos o fallas podrán ser:

- 1°) fallas en la fuente.
- 2°) fallas en la prueba.
- 3°) fallas en la acción.

De alguno de estos tipos son las fallas que determinan que un vínculo quede relegado a la condición de obligación natural y no alcance (o pierda si lo alcanzó) el carácter de obligación civil. Ello con la aclaración ya anticipada: debe tratarse de una falla lo suficientemente grave para producir esa disminución de grado y no tan grave o "maligna" como para suprimir la razón de deber.

De los incisos del artículo 313 que hemos mencionado en el número anterior surge que esas fallas intermedias son:

1°) Fallas en la fuente (o sea, en el acto jurídico generador de vínculo) que consistan en:

- a) falta de capacidad de hecho en el sujeto (inciso 1°).
- b) falta de forma substancial (inciso 3°).

2°) Fallas en la prueba (inciso 4°).

3°) Fallas en la acción, sea por haberse extinguido la acción de que se tratan donados (inciso 2°), sea por no haber concurrido nunca con ella (inciso 3°).

23. Significación de estos textos.

Estos artículos se convierten en valioso instrumento complementario de la teoría del acto jurídico, ya que precisan el significado y la importancia de sus diversos elementos.

24. Falta de capacidad (inciso 1°).

El inciso describe mirativamente el caso al que se refiere. Se trata de actos jurídicos emanados de sujetos que tienen *voluntad*, pero a quienes falta la *capacidad*.

El esquema de la obligación natural que hemos anticipado ("vínculo con razón de deber debilitada por fallas que no llegan a suprimirla") se realiza en el caso que ahora nos ocupa en la siguiente forma: la razón de deber surge del hecho de que un sujeto jurídico dotado de voluntad quiso conservar la obligación, lo cual es fundamento suficiente para que a la tal obligación se la tenga por existente en un plano de equidad; la falla resulta del hecho de que ese sujeto no tenía capacidad civil, la cual capacidad es requisito substancial para que la obligación alcance el carácter de civil o exigible.

25. Falta de forma (inciso 3º).

Por razones de método alteramos el orden de los incisos del código y pasamos a considerar la situación prevista en el inciso 3º: acto jurídico al que falta la forma substancial.

El análisis de la situación se puede hacer con ideas similares a las utilizadas en el caso anterior.

La voluntad aparece como la fuerza substancial del acto jurídico que en definitiva no es sino el reconocimiento de la fuerza generadora de la voluntad privada por el valor que esa voluntad tiene como emanación de la personalidad.

En el orden civil esa voluntad requiere una "forma" que sea el modo de volverse en la realidad, pero la forma no pasa de ser modo en tanto que la voluntad sigue siendo sustancia.

A los efectos de la nulidad civil el modo o forma es exigido inmensurablemente y también en este caso la falta de forma (al igual que la falta de voluntad) es causa de nulidad, pero tan pronto se extiendan las visuales y se pasa del campo civil al de la equidad se restablece la jerarquía suprema de la voluntad y se distingue: la falta de forma deja subsistente una obligación natural en tanto que la falta de voluntad no dejaría tras sí nada que pudiera ser soporte de vínculo alguno.

26. Reflexión incidental.

De estos incisos surge la jerarquía de los elementos constitutivos del acto jurídico: aunque en el plano del derecho estricto se equipare la fuerza destructiva de la falta de voluntad con la de la falta de capacidad y la falta de forma, y a todas se las consagra como causas de nulidad, lo cierto es que cada una de estas fallas tiene importancia distinta porque también la tiene cada uno de los elementos a que la falla se refiere. La teoría de la obligación natural en esta forma se conviene en valioso auxiliar mental para pensar la teoría de las nulidades (sobre esto ver el capítulo III).

27. Falta de acción (incisos 2º y 5º).

Dos casos de falta de acción encaran los incisos del artículo 513: uno y otro se dan en condiciones distintas.

28. Primer caso: obligación prescripta (inciso 2º).

En el supuesto del inciso 2º (obligaciones prescriptas) la falta que debilita el vínculo no le viene de su fuente (acto imperfecto), sino de su usual estado de deberlo. Es un vínculo que fue de obligación civil, pero que ha dejado de serlo. Los autores franceses en general hablan en estos

casos de "obligaciones naturales por degeneración" o de "obligaciones degeneradas".

El deterioro consiste en haber perdido algo que antes tuvo; ese algo es la acción judicial.

La demostración anticipada en el capítulo I y dirigida a probar que la acción es independiente de la obligación tiene aquí cabal aplicación.

La acción es el instrumento de la exigibilidad y la exigibilidad es aditamento de los vínculos de obligaciones que son perfectas no sólo por su origen, sino también por su estado de conservación.

La disposición del Código contenida en el inciso que comentamos concuerda con la contenida en el artículo 1949 que define a la prescripción liberatoria como "una excepción para repeler una acción por el sólo hecho de que el que la encierra ha dejado durante un lapso de tiempo de incurrirla..."

29. Segundo caso: falta inicial (Inciso 5º).

El caso del inciso 5º corresponde al mismo defecto de falta de acción al que se presupone producido en distinta oportunidad: es la falta inicial de acción determinada por una falla en la convención creadora del vínculo. ¿Cuál es esa falla?, una falta de utilidad social.

Eso se presta a reflexiones y constituye también un valioso instrumento para construir la teoría del acto jurídico desarrollada por el Código. Tiene en especial la utilidad de colocar al sistema de nuestro Código en una línea por la que la doctrina moderna ha avanzado con decisión.

En ninguna parte de la teoría del acto jurídico se dice que éste para ser válido deba ser "útil" o rendir "utilidad social".

Un acto que respondiera a un capricho y que no condujera a ningún resultado socialmente útil sería, sin embargo, válido porque los sujetos que lo quisieron con sólo quererlo le imprimieron la vida jurídica que su voluntad estaba habilitada para reunir. Todo ello es así en el campo del derecho de fondo, pero sobre su superficie se tiende una segunda capa: aquella de las "acciones", o sea, de los medios para movilizar los derechos de fondo, plano dinámico y extrínseco según hemos visto en el capítulo I y referido a la forma de actuar los poderes del Estado en la protección de los sujetos de derecho que reclaman de ellos amparo por la vía de la acción. En este segundo plano se produce la falla prevista en el inciso que comentamos: obligaciones a las que el derecho no confiere acción.

Ahora bien: la referencia queda un tanto en el aire porque el derecho de fondo no confiere acción caso por caso a cada uno de los derechos que ampara, sino que da por sobreentendido que todos ellos la poseen,

pues por definición la acción es el medio de proteger todos los derechos, pero ocurre que en casos especiales el ordenamiento niega expresamente acción a un derecho determinado, y es entonces que se produce la situación prevista por el inciso. De los casos en que ello ocurre el Código menciona uno: las deudas de juego. Es una situación especial a la que pasamos a referirnos.

30. La deuda de juego como ejemplo de deuda sin acción.

Para comprender el alcance del inciso no basta con su letra, porque ella alude vagamente a "deudas de juego" y lo cierto es que hay varias clases de deudas de juego y no a todas ellas sirve la calificación de obligación natural.

Legisló el Código sobre juego en el título XI de la sección III (Contratos) del libro II y allí incluyó el artículo 2055 que es básico para comprender el que analizamos. Dispone dicho artículo: "Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía".

Si analizamos con cuidado ese texto advertimos que contiene tres disposiciones distintas:

- 1) por regla prohíbe demandar la deuda de juego,
- 2) salvo que sean de fuerza o destreza, en cuyo caso permite tales demandas,
- 3) pero ese permiso queda sin efecto si el juego de que se trata estuviera prohibido por ley o reglamento de policía.

Dado que el último período alude a juegos prohibidos por las leyes de policía cabe concluir que los dos primeros se refieren a juegos que no han sido prohibidos por tales leyes, de donde existirían tres clases de juegos:

- 1) los que no son de destreza ni están prohibidos por ley de policía.
- 2) los de destreza no prohibidos.
- 3) los prohibidos por leyes de policía.

El régimen jurídico de cada categoría sería como sigue:

1º) Juego que no es de destreza ni está prohibido por ley de policía: no se puede demandar el cumplimiento (art. 2055), o sea, constituye una obligación natural (art. 515).

2º) Juego de destreza: se puede demandar el cumplimiento (art. 2055 segundo párrafo). Es obligación civil que queda al margen del artículo 515, pero en cuanto obligación civil tiene una particularidad: el juez puede re-

ducir su monto cuando fuere excesivo con relación a la fortuna del deudor (art. 2036).

3º) Juego prohibido por ley de policía: al no disponer nada en especial el Código ley es aplicable la norma del artículo 302 del título de las obligaciones en general, de acuerdo al cual son de ningún efecto las obligaciones fundadas en causa ilícita.

En conclusión: las deudas de juego mencionadas en el artículo 313 como obligaciones naturales son las que provienen de juegos que no son de déuena ni están prohibidos (primer párrafo del artículo 2035).

¿Por qué esas deudas invisten la calidad de naturales? Porque la convención que las generó no responde a un fin de utilidad. Advirtárase bien: no se trata de convenciones prohibidas (pues si lo fueran la deuda resultaría causa ilícita), sino de convenciones "inútiles" o anodinas. La ley se pasa sobre ellas con indiferencia: ni tienen ilicitud bastante para que se las prohíba ni tampoco utilidad suficiente para que se las consagre; son algo neutro e incoloro: una realidad nueva, cuyo perfil no surge de los textos sobre actos jurídicos, sino de esos textos rectificativos y complementarios que legislando sobre obligaciones naturales integra el cuadro general del derecho obligacional y da pautas para su aplicación. (Debate sobre esos puntos: ver N° 46).

31. Falta consistente en la falta de prueba o en el fracaso de la actuación (inc. 4º).

Pasemos con esto a una falta peculiar: la falta de prueba.

La prueba es algo extrínseco al nacimiento de la obligación, pero algo indispensable a su efectividad.

Todo lo relativo a la prueba está en alguna medida dentro del derecho civil, porque éste no puede desentenderse de los aspectos prácticos de las situaciones que legisla (y por eso el Código incluye normas sobre prueba de los contratos, sobre prueba del estado civil de las personas, etc.), pero, al mismo tiempo, se escuere del derecho civil al procesal porque la prueba que hace al ejercicio del derecho ha de producirse y valorarse en el juicio en que se lo acóda (sobre la función de la prueba en la vida práctica del acto jurídico ver Salva-López Olaciregui, Parte General, II N° 0-1344-A y siguientes).

En orden a lo que ahora nos interesa (la falta de prueba como falla de un vínculo) queda todo expresado con esta idea: en derecho sólo se acuerda vigir a las situaciones que se prueban; de las no probadas se precinde.

Una relación obligatoria construida sobre la base de una razón de deber real y existente, pero cuya prueba no se ha podido producir en juicio

aparece como un vínculo en que se dan contradictorias cualidades que califican a las obligaciones naturales: su elemento positivo consiste en que habría la razón de deber y su falla en que no se produjo la prueba que era necesaria para activar su virtualidad.

Lo que se dice de esa falla de prueba vale para cualquier frustración o fracaso surgidos en la trapa de la actuación judicial del derecho. Los derechos se activan en juicio; al iniciar el juicio el acreedor lanza en él la acción de su derecho, de modo que si pierde el juicio pierde el derecho, pero si lo pierde por falla del mecanismo judicial (caso de "...error o malicia del juez" que prevé el inciso 4º), ese fracaso constituye una falla que no hebra la subsistencia de la razón de deber. Se explica, pues, también la inclusión de este caso entre los supuestos de obligación natural.

En conclusión: las fallas producidas en el mecanismo organizado para la realización del derecho, sean ellas fallas de prueba o de actuación del órgano jurisdiccional, constituyen deflexiones desmarcadoras del vínculo del tipo de aquellas que dejan subsistir la razón de deber y entran por tanto en el esquema típico de la obligación natural.

CAPITULO III

OBLIGACIONES NATURALES Y OBLIGACIONES CIVILMENTE NULAS

32. Materia de encuentros y desencuentros.

Las obligaciones naturales tienen en común con la teoría de la nulidad de las obligaciones civiles el que una y otra materia corresponden a casos en que un vínculo determinado acusa fallas.

Este principio común da lugar a que tengan zonas comunes sin perjuicio de que también tengan zonas diferenciadas. En efecto:

- a) las nulidades corresponden exclusivamente a fallas de otorgamiento; las obligaciones naturales pueden corresponder indistintamente a fallas de otorgamiento, de prueba o de acción. (Ver lo dicho en el Nº 24).
- b) las nulidades corresponden a fallas que pueden o no dejar subsistir una razón de deber que tenga vigencia en equidad; las obligaciones naturales siempre corresponden a fallas que dejan subsistir esa razón.

De estas coincidencias y discrepancias surge:

- a) hay casos en que una situación es, a la vez, de nulidad y de obligación natural (por ej. obligaciones contractadas por un incapaz relativo a aquellas a las que faltan formas).

b) hay casos de nulidad que no son de obligación natural (por ej. actos con vicios de error, dolo, violencia, simulación o fraude).

c) hay casos de obligación natural que no configuran supuestos de nulidad, (por ej. obligaciones prescriptas, o aquellas que no han podido probarse en juicio).

d) una obligación civil viciada con defecto determinante de nulidad absoluta que priva de todo fundamento a la pretensión del acreedor no da lugar a una obligación natural; una obligación viciada con defecto determinante de nulidad relativa puede dejar tras sí una obligación natural si el defecto es de incapacidad o de forma (defectos éstos mencionados por el artículo 515 entre los que dejan subsistente una razón de deber), o bien puede no dejarse en otros casos, (por ej., vicios de dolo, violencia, etc.: no hay razón para que quien sufrió el engaño o violencia pueda sentirse obligado en conciencia frente a quien lo engañó o forzó).

e) el mismo acto jurídico (el pago voluntario) que lleva a la obligación afectada de nulidad relativa a la condición de obligación válida por la vía de la confirmación, consolida el vínculo de obligación natural asignándole eficacia por la vía de la irrepetibilidad de lo pagado (artículos 1063 y 515/516).

f) las disposiciones legales sobre obligaciones naturales a través del tratamiento normativo que dan a ciertos defectos (falta de voluntad, falta de capacidad, falta de forma) sirven como elemento de juicio para fijar criterios en orden a la clasificación de las nulidades en absolutas y relativas. (Ver sobre este punto: Salva-López Otáregui, Parte General, II, N° 2638-A-III).

CAPITULO IV

OBLIGACIONES NATURALES. DERECHO POSITIVO, DERECHO NATURAL, EQUIDAD Y MORAL

33. Generalidades.

La obligación natural está dentro del derecho positivo (ver sobre esto el capítulo I) y no en la zona de meros deberes morales, pero el derecho positivo —según resulta de la instrucción que analizamos— se integra con razones que ocupan planos distintos:

- a) un derecho ético,
- b) un derecho ético que corrige al primero.

34. Derecho positivo y derecho natural.

Que las obligaciones naturales se funden en derecho natural y equidad no significa en forma alguna que las civiles sean ajenas a esas fuentes de ins-

piración; por el contrario, las obligaciones civiles típicas (las contractuales, las delictuales, las resultantes de enriquecimiento sin causa) se fundan en grandes principios de derecho natural y equidad (cumplir la palabra empeñada, no dañar a otro al enriquecerse a expensas ajenas, etc.). (Ver sobre este punto: Aubry et Rau, IV § 297 pág. 4; Buzo, Código Civil anotado III, pág. 345 N° 100).

Lo que ocurre es que —tal como destaca la fórmula del artículo 515— las naturales se fundan “SOLO” en el derecho natural y en la equidad.

En la teoría de la obligación natural el derecho civil se autocorrigió y rectificó absorbiendo grandes dosis de equidad; diríamos que se llena de equidad “en estado puro” sin los aditamentos de razones de seguridad, conveniencia etc. que componen la substancia del derecho escrito, y en esa composición “pura” se genera obligaciones cuyo cumplimiento se imponen a sí mismo los deudores compensados del sentido de justicia.

35. Auto-justicia del deudor. Deberes de conciencia.

Porque esto último es lo propio de la obligación natural: su cumplimiento no le impone la autoridad sino la conciencia del propio deudor que en su fuero íntimo se condena a sí mismo al sentirse obligado a cumplir.

36. Deberes morales.

Decir deber de conciencia o deber moral son dos formas de decir lo mismo: la conciencia del deudor prohíbe y cumple los mandatos de una regla moral en cuya vigencia creó.

En lo que va del siglo la teoría de la obligación natural se ha impregnado de sentido moral: se ha convertido junto con la noción de “causa” en uno de los instrumentos básicos para la obra de moralización de las relaciones jurídicas emprendida por la doctrina y la jurisprudencia (ver Ripert “La règle morale dans les obligations civiles” N° ...; Buzo, Código civil anotado, III pg. 340 N° 56 y pg. 346 N° 106; Carbonnier, Droit civil, II § 86, pg. 294). El código alemán aleó esta tendencia al consagrar su famosa fórmula: “es irreperible lo pagado en cumplimiento de deberes morales” (artículo 814) como que repitieron los códigos civiles suizo e italiano de 1942 (arts. 63 y 2034 respectivamente).

CAPITULO V

CASOS DE OBLIGACIONES NATURALES

37. Número limitado.

Si lo que caracteriza a las obligaciones naturales es fundarse en reglas de equidad y aplicarse por el tribunal de las conciencias queda dicho que es imposible dar de ellas una nómina limitativa.

38. Menciones ejemplificativas.

No se limita su número por el hecho de que algunas leyes —tal como ocurre con la nuestra— mencionan una serie de casos. Tales admi-
nistraciones meramente ejemplificativas y así ha de entenderse la de nuestro código no sólo por ser esa la interpretación racional que corresponde al legislador sino también por la misma redacción del precepto que tras exponer una fórmula general (obligaciones fundadas sólo en derecho natural y equidad) la enlaza al siguiente período gramatical con la locución adverbial "tales son" (que vale como sinónimo de "tales como") y enumera diversos casos sin que en parte alguna diga que sean los únicos posibles (ver en el mismo sentido: *Salvar Obligaciones* N° 289; *Colmo, Obligaciones* N° 83, *Buzo, Código civil anotado* III pg. 350 N° 153; comparar las reservas que formula el artículo *Bibiloni Anonpropra*, nota al art. 1026).

39. Otros casos.

En doctrina y jurisprudencia se mencionan una serie de situaciones existentes entre dos sujetos en las cuales debe considerarse que existe una obligación natural de uno a favor de otro en virtud de concurrir razones de deber. Han sido incluidos en la nómina:

1) Deudas de alimentos entre personas a quienes la ley no impone tal cargo pero que por razón de parentesco pueden sentirse como un deber moral.

2) Pagos de disposiciones testamentarias que exceden la porción de que el testador podía disponer. El heredero que por respeto a la voluntad del causante hiciera esos pagos ajustaría su conducta a un imperativo que ha sentido dentro de él como deber de conciencia.

3) Deudor concursado o quebrado que no obtiene la liberación que la ley le concede paga a sus acreedores los saldos de ellos que quedaron impagos en la liquidación colectiva del patrimonio.

4) Persona que paga un daño que causó pero del que civilmente no respondería (por ej. en estado de privación accidental de capacidad).

5) Persona que paga gratificación por servicio que no autoriza a pretender una retribución (por ej. a quien le salvó la vida en circunstancia determinada).

Para una mención completa de casos consagrados por la jurisprudencia francesa ver *Brabianco, "Les obligations naturelles"*, pgs. 71 y sigs.

40. Importancia práctica.

La importancia práctica de saber si otros actos han respondido o no a una preexistente obligación natural es la siguiente: si la respuesta es afirmativa se ha tratado de verdaderos pagos y en consecuencia si otros acre-

dores del deudor procedieran impugnar la entrega que éste hizo en cumplimiento de su deber moral se aplicarían las reglas sobre revocación de actos a título oneroso. Si por el contrario no existía obligación alguna la entrega habría importado una liberalidad o donación cuyo régimen de revocación es distinto y menos exigente. En resumen: la existencia o inexistencia de la obligación natural influye en la calificación del acto de cumplimiento y en el régimen de su eventual impugnación por otros acreedores del deudor.

CAPITULO VI

TEORIA Y PRACTICA DE LA OBLIGACION NATURAL

41. Idealismo y realismo.

La concepción legal que abre las puertas del cumplimiento a los deudores "en conciencia" para que ellos se juzguen a sí mismos revela una honda penetración del sentido moral en la obra del legislador.

Las tendencias jurisprudenciales que en determinados casos consagran la idea y convierten en irrepetibles las prestaciones voluntariamente cumplidas se colocan en la misma línea de pensamiento.

Ciertamente esto no basta para que el campo de acción del instituto se dilate y funcione con amplitud.

Su falla radica precisamente en su ámbito: en que depende de la conciencia del deudor, y lamentablemente no son en la práctica muchos los sujetos que revelan una afinada sensibilidad de sus deberes. Carbonnier, que hace estas observaciones, destaca que son pocas las aplicaciones prácticas de estos textos, principalmente en materias en que abundan las "injusticias civiles". No se ha expandido la obra rectificadora que de los cumplimientos espontáneos se puede esperar. Por eso el mismo Carbonnier apunta esta reflexión: "para que funcionen las obligaciones naturales no es suficiente con que haya jueces dispuestos a reconocerlas: es necesario que haya deudores dispuestos a pagarlas" (*Droit civil*, II, § 86 pg. 296).

A P E N D I C E

42. Irrepetibilidad y obligación natural (a propósito del Nº 18).

Toda obligación natural determina la irrepetibilidad de lo que por ella se haya pagado, pero no todo caso de irrepetibilidad de un pago indica la existencia de una obligación natural.

Fundamentalmente pueden señalarse dos tipos de irrepetibilidad:

A) El primero se da cuando la ley no permite al deudor repetir algo que pagó en cumplimiento de un deber moral o de conciencia, porque tal pago fue algo acorde a la juridicidad y la pretensión de arrepentirse queda descalificada. Este es el supuesto comprendido en la fórmula expuesta en el número 18: "irrepetibilidad fundada en la existencia de una razón de deber" y corresponde a los supuestos de obligaciones naturales.

B) El segundo se presenta cuando el pago correspondía a una relación ilícita que la ley reprueba es decir una relación que no contenía una razón de deber aceptable para el ordenamiento. En este caso tampoco se admite la repetición de lo pagado, pero ello es así por el juego de un principio (el "nemo audiat propriam turpitudinem allegans") ajeno a la calificación ilícita del vínculo preexistente.

La similitud externa de los resultados (irrepetibilidad) no debe llevar a confundir sobre la esencia íntima de las situaciones. La segunda irrepetibilidad comporta un castigo personal al deudor y no funcionaría —a nuestro juicio— con relación a otros sujetos con legítimo interés en la repetición. Si un deudor insolvente pagó una suma de dinero a quien le salvó la vida (obligación natural) y otra suma en cumplimiento de un contrato con objeto ilícito la masa de sus acreedores podría repetir el segundo pago (pues frente a esa masa el acreedor que lo recibió no tendría título para resar lo recibido) pero en cambio no podría repetir el primer pago, pues ese acreedor tiene a su favor un título.

En definitiva: la irrepetibilidad que resulta de las obligaciones naturales se funda en la existencia de una razón de deber que tiene vigencia respecto de todos los sujetos afectados por el pago en tanto que la irrepetibilidad resultante del principio "nemo audiat" es un castigo personal al deudor al que se impide ejercer la acción de repetición, pero no alcanza a otros acreedores de ese deudor que en caso de insolvencia de él recibirían título e interés para recuperar la suma o prestación ilícitamente pagada.

43. Legislación comparada.

La materia de la obligación natural contiene tres planteos: a) conceptos y fundamentos; b) casos; c) efectos.

Los códigos que tratan la materia pueden ser clasificados según la forma como la encaren.

Algunos consideran los tres planteos. Es el caso de nuestro código y también de los códigos civiles chileno, uruguayo, colombiano y el de las islas filipinas (con relación a este último, poco conocido entre nosotros, ver Paig Bruna, "Fundamentos del derecho civil", tomo I, volumen II, pg. 114).

La gran mayoría de los códigos, siguiendo al francés (art. 1235) adoptan una posición pasiva: aluden incidentalmente a la inscripcón al tratar de

la repetición de los pagos indebidos y mencionan entre los casos de irrepetibilidad aquellos que correspondan al pago de obligaciones naturales, es decir; no hablan de la causa (qué es una obligación natural, cuáles son los casos) sino que toman la materia en la zona de los efectos. En esta misma posición puede citarse al código italiano de 1865 (art. 1257), al código español, etc.

Una posición especial toma el código civil alemán al establecer en su art. 814 que es irrepetible el pago que hubiera respondido a un deber moral. Ese mismo texto aparece en el código federal suizo de las obligaciones (art. 73) y en el código civil italiano de 1942 (art. 2034). Encontramos en estos códigos un método distinto: no dicen que la obligación natural consiste en un deber moral, pero asignan al pago del deber moral el efecto de irrepetibilidad que clásicamente caracterizaba a las obligaciones naturales, con lo cual se entra a dudar si han querido incluirlos y definir su esencia como la de un deber moral o si por el contrario han querido prescindir de una calificación jurídica cuyo alcance se hacía más difícil y han ido directamente a tratar los casos más bien que los réstos (ver sobre punto Ennescherus, Obligaciones I, pg. 13).

44. Sobre las deudas de juego (a propósito del Nº 30).

Es opinión uniformemente admitida que lo pagado en razón de una deuda de juego es irrepetible, pero discrepan los autores en orden a determinar la razón de esa irrepetibilidad: para unos se trata de una aplicación del *"nemo audiam propriam turpitudinem allegans"* ya que el juego comportaría una actividad ilícita, en tanto que para otros se funda en que la deuda de juego comporta una obligación natural, opinión que —según se ha visto— ha aceptado nuestro código. Ampliando lo ya visto interesa conocer los argumentos de una y otra tesis.

A favor de la causa ilícita se argumenta que la falta de que adolece la obligación reposa en la inutilidad y en la inmoralidad del juego que no puede funcionar como fuente de obligaciones válidas. En este orden de ideas se sostiene que el juego es en sí mismo inconveniente, que lo que el perdedor abona al triunfador no responde a ningún servicio que de él haya recibido y que sólo se debe al factor suerte. El juego, se añade, es elemento de discordia que a diferencia de los otros contratos que permiten la cooperación de los hombres entre sí, tiende a dividirlos y separarlos. Se señala, por último, que el juego comporta un vicio en cuanto separa la idea de ganancia de la de trabajo que debe ser su fuente (ver Brabienon, "Les obligations naturelles", pg. 133; Bonfante, "Le obligations naturelles e il debito di gioco", en Obligaciones, pg. 41; Puig Brutau, "Fundamentos del derecho civil", I, 2 pg. 140, y II, 2 pg. 519; Planiol, II, Nº 2110; Ennescherus Obligaciones, I, pg. 14 y entre nosotros Lafaille, "Curso de Obligaciones", II, Nº 25/2).

En oportunidad anterior hemos sostenido la tesis opuesta y defendido la solución del código (ver nuestra colaboración en Basso, Código Civil Anotado, III pg. 361 N° 227 y N° 230 y sgs.). Aunque todo lo dicho del juego sea cierto no es ese enfoque el que corresponde al problema de que se trata. No se trata de dilucidar si la práctica del juego es buena o es mala puesto que por hipótesis el caso a resolver se presenta ante el hecho consumado de que dos personas ya han jugado y una de ellas ha perdido. El verdadero punto es saber si la persona que tras jugar y perder se niega a pagar no acumula con esta última actitud una segunda inmundicia a aquella que cometió al jugar. Los hombres deben ser consecuentes consigo mismos en sus actos y en sus juicios: o bien no se juega porque se considera inhumano esa práctica, o bien si se juega se paga. Acordarse de la inmundicia del juego después que se perdió y no advertirse de ella antes de jugar impone una línea de conducta sinuosa e inaceptable. La conducta de quien paga lo que en juego perdió tiene el sentido de un castigo que el perdedor impone a su propia falta, lo cual no puede menos que aparecer como una forma de redimirse con lealtad; lo absurdo fuera que pretendiera "castigarse" y redimirse no pagando lo que perdió. El principio del chequeo a la palabra empeñada funciona como causa válida de deber con independencia de las circunstancias que hayan rodeado al acto por el que se le empeñó: únicamente podría dispensarse al promitente de cumplir cuando lo prometido fuera intrínsecamente ilícito o inhumano (por ej, el que se hubiera obligado a robar, a matar, a cometer adulterio), pero no existiendo esas situaciones recupera vigencia el principio general que impone a cada uno asumir las consecuencias de los propios actos, y con tal sentido el "mal" económico que resulta del pago valdrá para el deudor como adecuada sanción de la falta cometida al jugar. El ordenamiento no puede menos que respetar los motivos que inducen a ese sujeto a ser consecuente con sus juicios y a aprobar la conducta implicada en el pago ya que no puede aprobar la conducta que cumplió cuando jugó. En definitiva: el mandato de la ley moral es el de "no jugar" y si se quiere también lo es (respecto del acreedor) el de "no cobrar lo ganado" porque precisamente para él la inmundicia se continua al obtener una ganancia como consecuencia de un acto que viola la ley moral, pero en forma alguna puede sostenerse que respecto del deudor el mandato moral sea el de "no pagar lo perdido": ese únicamente puede ser un mandato que le surra al oído su avido, su conveniencia y su destitución.

ENSAYOS

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE DERECHOS REALES

POR MARTINA E. FREIJÓ DE BERNARDSKY

I. Introducción

1. Por lo común, la doctrina se ocupa de la "autonomía de la voluntad" con relación a los contratos, convirtiendo a dicha expresión en sinónimo de "libertad contractual" en un doble aspecto: libertad de "constitución" y libertad de "configuración" del contrato.

En tal sentido, se recuerda la etimología del vocablo "autonomía": "auto": por sí mismo; "nomos": ley, encontrándose expresiones que, a fin de denotar la identidad de conceptos que se pretende, la definen como actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas.

Afirmarse finalmente, que "libertad contractual", como expresión del principio de la "autonomía particular", fue traducción jurídica del liberalismo político-económico.¹

¹ MARIANNA H. "El Contrato Necesario", *Monogr. Jurídicas* N° 91—B. An. 1964. Cap. 1. add. /CARBONNIER J. "Droit Civil" Presses Universitaires de France, Paris 1959. 2° ed. t. II, pág. 313, N° 92. (Capítulo de los contratos). Como introducción al tema de la Autonomía de la voluntad explica: "Es una teoría de filosofía jurídica según la cual la voluntad humana es para ella misma su propia ley, es crea su propia obligación: si el hombre se obliga por un acto jurídico, especialmente por un contrato, es porque él lo ha querido; al contrario es el fundamento de la vida jurídica; la voluntad individual, el fundamento del contrato; esta teoría marcó al C. C. en armonía con la idea individualista de 1804. (Muestra época, opuesta a ella) ha razonado fuertemente contra ella, y es uno de los aspectos de la socialización del derecho civil". ADD/RIER A. "La Role de la Volonté" dans *Lecté Juridique en droit civil Français et Allemand*, Paris 1961. (Bibliothèque de Droit Privé tome XIX); en la introducción, dice:

"La voluntad es el origen primero del Derecho": así puede concebirse el credo filosófico del siglo XIX. El Estado, la ley, el acto jurídico derivan de la autonomía de la voluntad. Kant ha sido considerado, durante mucho tiempo, el teórico por excelencia de este individualismo y de este liberalismo jurídico; en realidad su colina se remonta al desmoronamiento de la filosofía moderna, a la escolástica franciscana, después a la escuela de Paley y de Locke, Wolff.

"Todo acto de la voluntad libre y a ella tiende. En efecto, la organización de la

2. Es en estos términos como se plantea comúnmente la cuestión del papel que, dentro de cada legislación, desempeña la "voluntad individual", en la regulación de los intereses patrimoniales.

Sin perjuicio de ello, se advierte que debe tenerse en cuenta, que tal "autonomía de la voluntad", no ha sido nunca sostenida como un principio absoluto, en el derecho. Así, aún en la época de sanción del Código Napoleón, o sea en pleno auge del liberalismo individualista, la afirmación filosófica respectiva debió atemperarse, restringiéndose para poder ser aceptada en dicho Código.²

"sociedad no deriva del Derecho Natural, ni de la razón, sino de la voluntad: los individuos, aislados en el estado de naturaleza, se asocian libremente para dar nacimiento al Estado y fijar sus reglas y funcionamiento: es el contrato social", base de todo el derecho público, donde Hobbes hace Rousseau. La influencia de esta concepción en el derecho privado no es menos fuerte; el tráfico jurídico reposa necesariamente sobre la voluntad de los individuos, por ejemplo, el contrato, o más simplemente, el acto jurídico. No sólo sería inconcebible obligar a una persona, sin su consentimiento, porque se violaría su libertad sino que, además los resultados políticos a que rimde la acción de la voluntad son considerados justos. A la fórmula "suo es justo porque ha sido querido", corresponde en el ámbito económico el "laissez faire, laissez passer" de la escuela liberal. Tájate, Baudry, compendia bien la doctrina de su siglo escribiendo: "el Derecho, es la autonomía del ser humano".

"Se admite que en nuestros días, el esplendor del voluntarismo' ha cedido ante su propia decadencia, a causa de que las exigencias de una sustentación más demandada manifiesta. Con justicia se ha atribuido esa declinación al desarrollo de las ciencias histórico-sociales: ellas han demostrado que la voluntad por sí sola era impotente para crear el Derecho, el individuo vive en un orden jurídico que le es anterior y que se le impone por sobre él. Se ha dicho, recordando a una bella imagen que "la voluntad no es más que un conductor que da paso a una máquina, cuya fuerza está en otra parte"....

"...Pero si el voluntarismo está destruido como sistema, eso no significa que la voluntad misma no tenga ninguna función que cumplir en el seno del Derecho. Por el contrario, conserva sin duda una competencia creadora. El orden jurídico reconoce a los individuos un poder de arreglar sus vinculaciones jurídicas, que sería absurdo negar: el instrumento por excelencia del tráfico jurídico, a saber, el acto jurídico, el contrato, es por hipótesis de origen voluntario"....

"...El nacimiento del acto reposa íntegramente sobre la voluntad de su autor. No existe acto jurídico sin consentimiento y el derecho positivo se debe por encima de todo a la protección de esta voluntad.... Pudo una vez haber sido creado el acto, que se haya empleado en la vida jurídica y se haya integrado en el medio social, el problema de la seguridad se vuelve imperioso..."

"...A la autonomía de la voluntad que domina la génesis del acto jurídico, se opondría la autonomía de los efectos jurídicos que regirían el alcance o trascendencia del acto"....

² CARBONNIER J., op. cit. — pág. 313 y ss. y 185/6 considera que el contrato debe responder a las exigencias sociales para ser válido. El mínimo de exigencia está dado por los principios de orden público y buenas costumbres. "Como una especie de condición negativa de validez del contrato expresada no por el art. 1103, sino por el art. 9º (que establece: "no respetar éterger, por dos convenciones particulares,

Las restricciones, han ido en aumento. Y la doctrina se hace eco de lo

sus lois qui infortement l'ordre public et les bonnes moeurs". Cass./art. 21 C.C. Arg.) el contrato no debe contrariar ni el orden público ni las buenas costumbres. Éste, mantiene los límites a la autonomía de la voluntad". El Orden Público es definido "como el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las prescriptivas o supletorias de la voluntad".

"La noción de orden público no se deja encerrar ni en una definición ni en una enumeración. La idea general es la de representación de la sociedad sobre el individuo. El orden público expresa el "querer vivir" de la nación que encerrarían ciertos iniciativas individuales en forma de contratos. Es, se ha dicho, un mandamiento de Estado, el mandamiento mediante el cual el Estado regula las convenciones particulares que suscitan como sus intereses esenciales.

CLASIFICACION: O. P. Toulon: La ley misma se declara expresamente de O. P.

O. P. "véral": Corresponde a los tribunales decidir si intereses esenciales de la sociedad están comprendidos en sus disposiciones.

añó/MARBAUD H. L. y J. "Leçons de Droit Civil - Paris 1956 - t. II, Traité de droit privé N° 117: "El derecho Positivo Francés no adoptó ninguna posición extrema" una. Reducido en pleno desarrollo del Liberalismo, el Código Civil no reconocía "forma vinculativa a las convenciones salvo cuando hubieran sido legalmente concluidas (art. 1134 Cód. Nap. conc./art. 1197, 1198, 1200 C.C. Arg.)" y el art. 8° reconocía la eficacia de la voluntad a las reglas en que está interesado el Orden público y las buenas costumbres". "Después de la noción del Código, el dominio del orden público ha crecido considerablemente, la legislación imperativa ha penetrado profundamente el campo contractual, a punto de parecer sofocante" (ver n/otra 1°). Cass/ OUSAT A. "Hechos y actos o negocios jurídicos" - Bo. A. 1965, pág. 51. "Nuestras leyes civiles, lo mismo que la generalidad de las constituciones, reconocen a los individuos el poder de dirigir y gobernar sus intereses por medio de sus voluntades adecuadamente expresadas. Ese poder de las personas, individual o colectiva, se llama autonomía privada y tiene como vehículo más importante el acto (o negocio) jurídico. El acto jurídico es, por lo tanto, el instrumento ordinario y específico a que recurren las personas para regir por sí mismas sus intereses (económicos o de otra índole) dentro de los límites de la ley. Los límites que la ley impone a la autonomía de la voluntad son resumidos por OUSAT en "tres tipos o formas generales", según señala en pág. 63 op. cit. ... "La voluntad (individual en los actos o negocios tiene como límites infranqueables 1) o una prohibición de la ley, 2) o el orden público, 3) o las buenas costumbres. Aunque se trata de conceptos afines, cada uno tiene su singularidad bastante acusada como para no ser confundido con los otros..."

a) Cuando media una prohibición de la ley, es claro que ésta significa la ineficacia absoluta del acto, en principio. Esta prohibición puede estar expresada en la ley de modos diversos: desde luego, literalmente (verbigracia, arts. 383, 430, 531, 1161, 1443, 1609, etc.); también con términos que sin hablar de prohibición, precisamente la crean: así, cuando las prescripciones disponen que ciertos actos no se "pueden" o no se "pueden" realizar (arts. 154, 279, 413, 434, 1231, 2824 y agros. 3120, etc.), o que sólo se pueden efectuar en ciertas condiciones o con determinadas modalidades, lo que importa prohibir todas las demás (por ejemplo, arts. 2302, 3128, 3724, etc.); o cuando señalan una pena para el caso de que el acto se realice, ya que, efectivamente, "toda norma prohibitiva penal tiene su fundamento en una norma prohibitiva"; o bien, cuando prescriben directamente la nulidad del acto, sea que empleen una palabra, sea que utilicen otras análogas, como "no válido", "no válido alguno", se considerará "no escrito", etc. (verbigracia, arts. 951, 975, 3126, 3132, 3273, 3598 y agros. etc.). Lo que sí es en todo caso exigible es que la

que se ha dado en calificar como "crisis del contrato", "crisis del derecho", e incluso, como uno de los aspectos de la llamada "socialización del derecho".³

prohibición se dirige concretamente contra el acto o negocio de que se trate, según debe citarse en cualquiera de los medios indicados. Cuando el acto jurídico concreta una prohibición legal, la sanción que lógicamente corresponde es la nulidad; así lo dispone el art. 18 del Código al declarar que: "Los actos prohibidos por la ley son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de inobservancia".

b) Con respecto al orden público, es notorio que se trata de un concepto de suma elasticidad e imprecisión. En un sentido amplio puede decirse que son de orden público todas las leyes que los individuos se pueden desear en sus actos o negocios jurídicos, lo que basta comprender en su ámbito las leyes propiamente prohibitorias y a las que se refieren con las buenas costumbres; pero, aunque nuestro Código Civil abra alguna vez uno concepto amplísimo (verbigramos, art. 3, 873, etc.), con mayor frecuencia suele a un concepto más estricto y limitado, que lo distingue de la "prohibición" explícita y de las "buenas costumbres" (art. 14, 21, 302, 310, 953, 1501, etc.).

Sin duda, las leyes prohibitorias se fundan a menudo en razones de orden público. Pero lo que técnicamente las diferencia de las leyes de orden público, en sentido estricto, es que las primeras exigen siempre un precepto explícito, en tanto que las segundas pueden ser sólo deducidas o evadidas, sin precepto particular, del espíritu y de las bases esenciales de la legislación. (V. CARROSÓN J. cit. en esta nota, admitt. Ordes Públicas virtuales). De modo análogo, podrían considerarse, con aquel concepto amplio, que las leyes que protegen las buenas costumbres son de orden público; mas, técnicamente, cuando nuestra ley —y también la doctrina general— distingue una ley de otra, lo hace en consideración a que las buenas costumbres tienen una vinculación más estrecha y específica con la moral, mientras que el orden público depende más bien de conceptos propiamente jurídicos (políticos, económicos, etc.); así constituido por "los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y económico".

³ DASSON JULIO. "Crisis del Derecho. Es el Derecho" en "Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil", Ed. Ar. 1939. Con A. Calamandrei: "No habíamos de murar del derecho; para comprender el significado de esta angustiosa crisis de la legalidad que hemos estado condenados a vivir, sirve mucho mejor como título: "El nacimiento del Derecho", y toma partido por esta posición optimista. . . Considero el problema como una cuestión de adecuación del Derecho a una realidad social cambiante. Forriest, cit. Dasson dice: "Lo que pasa es que las bases económicas en que descansa una sociedad, el ideal de justicia de un pueblo sus hábitos y costumbres se van transformando, y el derecho privado se ve en la necesidad de adaptarse, corrigiendo sus normas e inventando otras nuevas".

"Cuando esa adaptación no se produce —señala Dasson—, aparece la llamada crisis y quizá la pérdida de algunos de la fe en el Derecho, porque no puede existir un sentido de justicia que se esté profundamente arraigado en el pueblo. Por eso no se pueden hacer reformas superficiales a una libertad y a una justicia elaboradas con criterio antisocialista, con criterios de élites.

En el mismo sentido no podemos hoy, por ejemplo, pensar en una vuelta a la plena soberanía del contrato".

añó/MAGNATTA H. op. cit. pág. 19. "Los costumbres del proceso, que aún continúa, se describe en las nuevas figuras que, con una dualización creciente, implican adecuaciones a una libertad contractual. La más venial se aprueba con los "contractos autorizados", o sea, aquellos en que las partes son libres para concluir el contrato y estructurar libremente sus cláusulas, pero cuya validez depende del consentimiento que el mismo debe dar una autoridad...."

3. En todo a los opinables conceptos involucrados, según otro criterio, la disyuntiva de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas "desde arriba" por el poder público, o por los propios "intercambios" según su voluntad, naturalmente dentro de ciertos límites, debe resolverse por la segunda alternativa.

... "Contrato normado... regulado... o reglamentado es aquel cuyo contenido está sujeto a reglamentación legal, pero en el que existe libertad respecto a su celebración"....

... "Es lo cierto que el derecho común no desconoció esta forma de intervención. El Código Civil prohíbe directamente la inclusión del pacto de retroventa en la venta de cosas muebles (art. 1381).... Citando a Ric. Mazzoni admite esta cosa como figura consuetudinaria...."

"El contrato normado" como ajeno a la libertad de celebración contractual, quedaría fuera de la figura del contrato.

MADRITTA op. cit. pág. 45. "Los deberes de contratar y las prohibiciones de contratar son típicas para una configuración de la economía y una distribución de los bienes dirigidas por la autoridad. La cuestión es esencialmente económica, pues determinan si ha de imponerse la dirección y reglamentación estatal con sus medios característicos ya mencionados (sistemas de contratar, prohibiciones de contratar, contratos reglamentarios y accesorios) o si ha de regir la libre determinación individual, es cuestión de la ordenación de la economía en cada caso concreto y de las situaciones de penuria o abundancia que impongan o no una justa y proporcional distribución de los bienes por exigencias de la justicia social (distributiva)".

add/MENDOZA F. "Doctrina General del Contrato", trad. Fontanarrosa. Secoñ Melendo, Vallarta. Nueva de Derecho Argentino por Virrodo Naggi, Buenos Aires, 1952, t. I, pág. 13. "Con el reconocimiento de la propiedad privada se realiza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular del contrato". V. MENDOZA op. cit. pág. 16-17 donde expresa cinco acepciones del concepto libertad contractual de los cuales, contribuímos la quinta (párrafo c) (pág. 17) para referencia de nuestra nota N° 2.

"El quiste significado de libertad contractual (y con lo declara el párrafo del art. 1322) concierne, en cambio, a los contratos inasumidos, en cuanto faculta a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato (instituido) se dirija a realizar intereses reconocidos de suya, según el ordenamiento jurídico". (art. 1143 Cód. Arg. add/MENDOZA op. cit. pág. 4 b) "Ejercen las normas imperativas en materia contractual aunque ésta sea considerada tradicionalmente como el campo donde mayormente domina el principio de la autonomía individual"... en pág. 6 4) "Pareciera que, por exclusión, se podían afirmar que la materia contractual estuviera regulada por normas legales dispositivas o imperativas, se decía por normas que, si bien difieren entre sí por la función que respectivamente ejercen, son derogables por la voluntad de las partes; pero en realidad no es así. Por el contrario, no es apropiado decir que sólo que la ley dispone expresamente en el sentido de la derogabilidad, las normas sobre el contrato en general son imperativas e inderogables". En pág. 26: "No obstante, el espíritu esencialmente liberal en que se informa la legislación argentina en materia contractual, la proposición del texto puede entenderse también para el derecho nacional".

El mismo autor, sin embargo, refiriéndose al art. 1323 del Código Italiano de 1942 que dice: "Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato

El fundamento radicaría en ser éste el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos, ya que es el que ellos mismos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones de pensar.

Al respecto se destaca que el hombre como sujeto de derecho no es "pensable" sin la libertad. En el "concepto jurídico", esa libertad se traduce en el poder que el ordenamiento jurídico "reconoce" a la voluntad humana de dominar incontrastablemente sobre un ámbito que ese ordenamiento jurídico somete a su "control".⁴

Desde tal punto de vista, la llamada "autonomía de la voluntad", representaría ese "poder jurídico" reconocido por el ordenamiento, y sólo dentro de los límites trazados por él.

En otros términos, la voluntad de las partes, se dice, puede producir únicamente los "efectos" que el ordenamiento jurídico reconoce, y estos, solamente cuando cumple los presupuestos que aquél impone para un "acuerdo social válido".⁵

dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenecen a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses reconocidos de tutela, según el ordenamiento jurídico"; en pág. 13 sostiene: "El nuevo código se ha propuesto justamente de reafirmar dicho principio, probablemente porque, en virtud de las muchísimas modificaciones introducidas en el régimen contractual, por efecto ya de normas legales imperativas, ya de normas corporativas, ya de política social o corporativa, el intérprete, ante la falta de una enumeración explícita, hubiera de considerar que tal principio había sido desconocido".

⁴ LEGAZ c/c. BACA Sastre en "Estudios de Derecho Privado", Madrid 1948 - vol. I - "Obligaciones y Contratos", pág. 6, punto II cuando trata de "Las normas de autorización y el llamado principio de la autonomía de la voluntad".

⁵ LEHMANN HERRICH - Tratado de Derecho Civil - vol. I - Trad. J. Navas-Madrid 1956 s/c/MARINATTA H. op. cit. pág. 25. Pone de resalta la diferencia entre el acto de constitución y la relación constituida. "Cabe recordar aquí que el vos contrato proviene de la expresión latina "contractum", derivados que deriva de contractus. Contractus es expresión clásica de contratos negocij y contractus contractus que según su primitivo y etimológico significado quiere decir lo constituido. Lo constituido es la obligación, es decir, un vínculo, una relación. Cuando en su evolución histórica el concepto suava la influencia creciente del consentimiento, el centro de gravedad se traslada del efecto a la causa. De lo constituido (la obligación) al acto por el que se contrata. Más la atención se proyecta sólo en uno último —el acto de constitución— tal vos porque su calidad de acuerdo de voluntades le da el valor de piedra angular para toda la dirección voluntaria que profundeza en el derecho. Sin embargo, el contrato era —y hoy lo sigue siendo— el acto de celebrar y lo constituido, el negocio y la relación contractual. Pero el acto de constitución es institucionalidad. Almacén conceptual lógico. Asistimos a un curioso fenómeno: la abstracción de la relación por el acto de constitución que alcanza un valor permanente, englobando su efecto en una unidad" s/c/LEHMANN H. "Las relaciones de los sujetos de derecho entre sí están dominadas por el principio de la voluntad (autonomía privada), es decir, de la libre, voluntaria configuración de sus relaciones privadas. Como medio para conseguirlo, lo pone el ordenamiento jurídico a su disposición el negocio jurídico, y en particular el

4. Con los alcances expuestos, puede aludirse a la "autonomía de la voluntad" en la creación de derechos subjetivos patrimoniales. Ella tendría su más amplia "eficacia" en el ámbito de los derechos creditorios, y mínima en el de los vinculados con la "propiedad".⁸

constrato referido a sus verdaderos términos el problema de la autonomía de la voluntad no consiste en saber si la consunción es ley para las partes, sino en qué medida puede serlo, cuál es el "ámbito de eficacia de la voluntad individual"; dentro del derecho positivo.

FRANZ A. — "Le Role de la Volonté" dans L'Acte Juridique en Droit Civil Français et Allemand, París 1961, pág. 421.

"La interpretación de los actos jurídicos ha puesto de relieve el papel que le cabe a la voluntad para esclarecer el sentido de cláusulas oscuras o ambiguas. Pero, fuera de esta función particular, otro problema relativo a los efectos del acto jurídico se nos plantea: es el del poder, el de la eficacia de la voluntad. Por lo mismo, a fin de evitar un equívoco, resulta indispensable hacer una advertencia preliminar: no se trata de sustituir el los efectos del acto con el resultado del poder propio de la voluntad, de un "simplex credens" como lo conciben los partidarios del Willensdogma del siglo XIX. En su esencia, una cuestión que consideramos oscura. Si la voluntad humana posee el poder de crear, de modificar o de extinguir una relación jurídica es porque el orden jurídico le reconoce ese poder. No será en el plano filosófico que intentáramos encontrar una respuesta para afrontar a este interrogante, sino sobre el terreno del derecho positivo."

"Así delimitado nuestro campo de investigación, la primera cuestión que se nos plantea es la del "ámbito de poder" de la voluntad. Pueden las partes libremente producir cualesquiera efectos jurídicos, ejerciendo su imperio erga omnes? Dos consecuencias tienen la posibilidad de ligar a un tercero al acto? Este sería el problema del "dominio de eficacia de la voluntad".

ADD/ROSA SARRAN, "Estudios de Derecho Privado", Madrid 1948, vol. 1, pág. 4 señala que: "La concepción europea continental supone de manera predominante, que todo el Derecho está comprendido en los Códigos o que, como menos, por lo menos las normas previas para que a través de un sistema de analogía, puedan recibirse todos los casos propuestos. La concepción anglosajona, admite que el juez desarrolla una actividad sustancialmente creadora que llena los vacíos que ya está admitido que existen en el sistema objetivo de normas, de lo indicado resulta, como consecuencia necesaria, que el derecho continental, con su aplicación de formas a un sistema completo, cerrado de normas, ha de dividir a fines en dos grupos si quiere dejar un margen de autonomía a los sujetos de derecho: un grupo lo forman las normas que en ningún caso podrán ser evitadas, dado su carácter imperativo (las *cogens*), y el otro grupo estará formado por las que sólo se aplicarán de manera subsidiaria, esto es cuando las partes que negocian jurídicamente no hayan declarado su voluntad de manera distinta (las *dispositivas*). En cambio es muy significativo que en los países anglosajones los términos *las cogens* e *las dispositivas* sean desconocidos, según afirma Lonbott."

"Pero, como reconoce este mismo autor es ilusorio creer que un sistema legal, cualquiera que sea, puede prescindir de las normas dispositivas, pues la voluntad de las partes nunca habrá previsto todas las consecuencias jurídicas del negocio celebrado". ADD/entre clasificación de las normas, y el interés e importancia de la clasificación en la derogabilidad o no derogabilidad de las mismas por medio de la "voluntad" particular, v. Rolfi Baggeco, "Teoría General del Hecho Jurídico". Bo. An 1961, pág. 13.

⁸ Se trataría, pues como lo hemos señalado en nota anterior de un problema de

El principio arriba sentido, sirve precisamente, dentro de la doctrina clásica, como uno de los elementos diferenciadores de los derechos "patrimoniales" en sus dos grandes ramas. Si los derechos "personales", en las relaciones civiles, son ilimitados en número, en razón del principio de la libertad de las convenciones, en cuanto los contratantes pueden, por su voluntad hacer variar hasta el infinito sus vínculos jurídicos, y crear relaciones que el legislador no ha previsto, se estima generalmente que por el contrario, los derechos "reales", son limitados en número.⁷

En materia "obligacional", el legislador no establece, salvo excepción, más que reglas supletorias, destinadas a facilitar el tráfico jurídico y basadas en la voluntad presente de las partes. En los derechos "reales" determina normas esencialmente de "orden público", inderogables como tales, por voluntad de los particulares.⁸

Denoso, de este último campo, el libre juego de la voluntad individual, se puede limitar, según algunos autores, al hecho de la creación de nuevas

entidad, dentro de un campo de actividad, de la eficacia creadora de la voluntad privada de relaciones jurídicas.

Conf./Omnis, op. cit., pág. 76.

⁷ El principio de la autonomía de la voluntad, que atañe a los particulares para modificar las figuras legales o crear otras nuevas, con el límite inderogable del orden público (negocios o contratos inmatriculados), sólo funciona en los actos bilaterales y plurilaterales y, más específicamente, en los contratos (art. 1197); en los unilaterales al contrario, la regla general es que la eficacia de la voluntad es de carácter excepcional y requiere, por tanto, que el caso concreto pueda ser encuadrado en alguno de los "tipos" legales" (principio de tipicidad). Esta diferencia se explica porque, si es razonable que, dentro del derecho dispositivo —esto es, del derecho en que no se hallan involucrados el orden público y las buenas costumbres, art. 21— las voluntades de los propios individuos sean las que mejor puedan reglar sus derechos recíprocos, este poder no puede ser concedido en la misma extensión a una sola voluntad, con validez objetiva frente a las demás personas y al Estado.

⁸ MARRAUD H. L. Y J., op. cit., pág. 190 N° 164. LAPARRE H., "Derecho Civil", T. VI. Trat. oblig. t. I, pág. 15. ADD/BUENO E., Código Civil Anotado", Bs. As. 1944, t. 3, com. art. 493 y 495, Nos. 241 a 245, pág. 38 y 39 add/DARREN - VERA VILLALBA, "Manual de Derechos Reales", Bs. As. 1962, págs. 1 a 16 y 21 a 23.

Añádase la clasificación de los derechos según la llamada doctrina clásica, v. ERUSTIA A. TEJEREA DE "Código Civil". Obra Fundacional del Código Civil Argentino, Bs. As. 1949, t. I, págs. 15 a 17 y 19 a 21, arts. 16, 18 y 19 y sus respectivas notas.

ADD/FRUTAS, Consolidación, Introducción, Interina especialmente notes que Frutos tuvo en cuenta la "obligación negativa de la comunidad" encuadrada en sus propios límites y la utilizó conceptualmente como otro rasgo diferenciador para su clasificación de los derechos.

⁹ V. BOFFI BOCCARDI L. M., "Teoría general del hecho jurídico", Bs. As. 1962 —Cap. II, "Las normas" en págs. 13 a 16— add/numeros citas anteriores.

figuras como derechos reales: es decir, sólo podrían ser creados por ley. Se adoptaría en ese caso, el criterio del "enumerar *clases*" o "serie cerrada". Pero el "enumerar *clases*", no implicaría de por sí, la eliminación del poder de los particulares para modificar la regulación de los derechos reales legislados. En tal sentido, se sostiene, que conviene tener en cuenta, que no es lo mismo determinar si es posible crear algún derecho real, aparte de los regulados en un Código, que saber si esa creación, en caso afirmativo, carece de límites. Estas dos cosas, muy diferentes —según tales opiniones— se confunden muchas veces. Para expresarlo con otras palabras —se agrega— no es lo mismo determinar si las figuras reguladas como derechos "reales", son las únicas admitidas, que determinar en caso negativo, qué límites hallará en esta materia la "autonomía de la voluntad".⁹

3. Sin perjuicio del examen que seguidamente hacemos de las diferentes legislaciones, y de las conclusiones con que resumimos nuestro análisis, adelantamos aquí, que *contrariamente* a esas afirmaciones, no puede decirse la materia en la forma que se hace. La limitación al libre juego de la voluntad se manifiesta en sus dos aspectos: a) *En la creación de nuevos derechos reales*; b) *En la modificación de las características de los existentes.*

Se debe aclarar por último, que el concepto de "enumerar *clases*", no significa limitar de una vez y por siempre, el número de derechos susceptibles. Deuso de cada ordenamiento jurídico, serán considerados derechos "reales" o al decir de Freitas, estarán "armados" con una acción "in rem" valdrán frente a la masa de las personalidades con las cuales el agente pueda estar en contacto,¹⁰ aquellos que la ley estatuya y regule con tal carácter.

II. Derecho comparado

A — DERECHO CONTINENTAL

1. *Derecho francés.*

No existe en el Código de Napoleón una norma expresa que reserve sólo a la ley la creación de derechos reales.

El art. 543¹¹ ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria de la cual damos cuenta brevemente, a través de algunos autores caracterizados.

⁹ En ese sentido, FUGÈ BRUTAU J., "Tratamiento de Derecho Civil", T. III, Barcelona 1953, pág. 32.

¹⁰ FREITAS A. *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN*. Introducción.

¹¹ Art. 543 Code Civil —ed. Peires Codes Dalloz— Paris 1958. "On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou autrement des services fonciers à perpétuité."

El libro II del Cód. Napoleón legisla en el título I sobre los bienes —título II sobre la propiedad, título III del usufructo, uso y habitación, título IV de las

Señala M. Derruppé,¹² que muchos autores, especialmente Demolombe y Auby y Rau, sostienen que el número de derechos reales sería determinado por el Code Civil, dentro del cual, el art. 543 contendría una lista numérica. No sería posible, en opinión de dichos autores, no sólo crear derechos reales fuera de los que el Código enumera, sino tampoco modificar la fiancencia de aquellos que ya existen.

Por el contrario, Geny, Baudry-Lacantinerie y Chaveau, sostienen el criterio opuesto.

Derruppé, expone su opinión en la materia, a propósito de un fallo de la Corte de Casación. Entiende que, en el derecho francés, la simple convención puede ser, tanto fuente de derechos reales como de derechos crediticios, siempre que esos derechos no se opongan al orden público. Restringir el número de derechos reales a aquellos que el Código Civil ha especialmente estudiado, sería atentar contra el principio de la libertad contractual que ningún texto justifica. El art. 543 no hace más que anunciar el plan del libro II; no contiene ninguna limitación expresa a los grupos de poder para constituir un derecho real; es simplemente enumerativo y su enumeración es por otra parte incompleta, por cuanto no menciona ciertos derechos reales generalmente indiscutidos como los de superficie y el de hipoteca.

No obstante tan categórica opinión, en el párrafo siguiente el mismo autor la limita al señalar que los derechos que se crearan por convención particular no podrían tener más poderes que los reconocidos por el legislador. Ellos serían, de hecho, desmembramientos del derecho de propiedad, puesto que éste comprende la suma de los poderes que pueden ser acordados a un individuo sobre una cosa. El número de esos desmembramientos, y por consecuencia, el número de derechos reales, será por fuerza limitado, pero no lo será sólo al de los que el Código describe. Sin embargo, —agrega— conviene notar, conforme lo señala M. Maurice Picard, que "la constitución de un derecho real, no es en general oponible a terceros si no se cumplen ciertas formalidades de publicidad, las cuales no pueden ser legalmente llenadas sino por los derechos y actos que entran dentro de la categoría prevista por la ley; de donde surgiría una nueva dificultad para crear nuevos derechos reales opositibles a terceros, o cuya oponibilidad fuera indiscutida."

¿Podría hablarse en tal caso de derechos reales, si no fueran opositibles erga-omnes?

"La oponibilidad absoluta del derecho real acarrea otra otra consecuencia que, contrariamente al derecho de crédito, cuyo contenido es esencialmente

servidumbre respecto de los inmuebles. (Las limitaciones al dominio por razón de utilidad son legisladas aquí como servidumbres legales).

¹² DERRUPPÉ JEAN. "La Nature Juridique du Droit de Prendre à Bail et La Distinction des Droits Réels et des Droits de Créances", París 1932, pág. 293 a 293.

variable y determinado por las voluntades autónomas de los contratantes, el derecho real es en toda hipótesis determinado por la ley.”

Tal la opinión sustentada por Planiol¹³ quien, en otro pasaje de su obra, si bien admite que pueda por contrato crearse desmembramiento de la propiedad, señala que la publicidad del contrato sería condición indispensable para la oponibilidad del derecho transmitido. Pero, como el mismo autor se encarga de destacar, la publicidad no ha sido organizada sino para la transmisión y constitución de derechos reales claramente definidos.

No obstante, la ausencia de norma prohibitoria de creación de derechos reales por voluntad de los particulares en el derecho francés, M^r. Planiol admite que, en la práctica, esto no es posible.

“A vrai dire, le problème me présente guère qu'un intérêt théorique”.¹⁴

Respecto del problema que nos ocupa, dentro del derecho francés, la opinión de los Mazeaud¹⁵ se manifiesta terminante en cuanto a la limitación que sufre la autonomía de la voluntad en la materia de los derechos reales, en contraposición a lo que ocurre en materia obligacional. “Siendo su voluntad autónoma —afirman— las personas son libres, en principio, de crear entre ellas cualquier vínculo jurídico, de tal suerte que no es posible hacer una enumeración limitativa de los derechos personales. No así, en los derechos reales. Puesto que ya no hay dos personas, una en presencia de la otra, sino una persona y una cosa, no puede corresponder a ocio que al legislador definir los poderes que el hombre puede dentro del margen del derecho, ejercer sobre una cosa”.

“El ha dado pues, una enumeración limitativa de los derechos reales”.¹⁶

Digamos finalmente que se ha sostenido con la autoridad que avalan los nombres de Ambroise Colin y Henri Capitant que el derecho francés admite tradicionalmente que los particulares, por actos jurídicos, especialmente por contrato, no puede crear otros derechos reales que aquellos que los textos prevén. Un propietario puede renunciar a ciertos atributos de su derecho en beneficio de otra persona, pero no puede hacerlo sino bajo la forma de derecho personal, de derecho de crédito acordado a otra otra persona. El Código Civil ha querido desambazar la propiedad de todos los derechos (rentas u otros) que la trababan o limitaban bajo el Antiguo Régimen. El art. 543 completado por el 696, entendemos que ha querido restringir el número de derechos reales a aquellos que la ley establece”.¹⁷

¹³ PLANIOL, MARCEL, en Planiol-Ripert, —Traité— Éléments de Droit Civil”, 46^{ma} ed., Paris 1948, t. 1, N^o 2666 y 2747 y 2748.

¹⁴ Ídem anterior.

¹⁵ MAZEAUD H. L Y J., op. cit. t. 2, N^o 1287.

¹⁶ COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, “Traité de Droit Civil”, Paris 1953, t. 1, N^o 1721.

Así pues, a falta de norma expresa, la creación de derechos reales directa o indirectamente, queda fuera del poder de los particulares y reservada a la ley sea partiendo del principio de que los acuerdos privados no serían oponibles a terceros —lo cual es carácter esencial de los derechos reales— o porque, como lo sostienen Colla y Capinam, no podría por acuerdo de partes derogarse un "sistema" legislativo de la propiedad creando desmembramientos de la misma, que la legislación de fondo tuvo en mira suprimir. O sea que, en las legislaciones, el respeto de la autonomía de la voluntad, siempre tiene el freno de las normas en que está interesado el orden público, y admitiendo que la mayoría de la propiedad, reviste dicho carácter, se llega al mismo resultado, que en aquellas legislaciones en que existe norma prohibitoria expresa.

2. Derecho español.

Dispone el art. 2º, Nº 2 de la ley hipotecaria que en el Registro de la Propiedad se inscribirán "los rituales en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censo, servidumbres y otros *cualesquiera reales*". "Conforme a lo dispuesto en el art. 2º de la ley —establece el Reglamento dictado para ejecución de la Ley Hipotecaria en su art. 7º— no sólo deberán inscribirse los rituales en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos rituales se mencionan sino, *cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza*, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin otro nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

Sobre la base de dichos textos y a falta de una norma que como el art. 2502 del Cód. Civ. Arg. reserve expresamente la creación de derechos reales al legislador, parte de la doctrina ha sostenido que el sistema del "numerus apertus" es el que impera en el derecho español.¹²

Dentro de esta posición, Puig Brutau, señala, sin embargo que "la posible creación de nuevos derechos reales tropieza con límites institucionales bastante rigurosos". Para este autor, "existen las formas típicas del derecho legislado, de contenido delimitado y concentrado por el Código y existen las formas inominadas que actúan o se manifiestan en la carnicina del derecho de juristas y que son objeto de especulación cónica por parte del derecho de profesores, que les señala límites infranqueables y características esenciales para que puedan producir los efectos de los derechos reales".

Los derechos reales, legislados en el Código serían según esta concepción otorgados, legislados en series enumerativas que permitirían que el

¹² PUIG BRUTAU J., op. cit., pág. 27 a 33.

derecho objetivo acogiera, presura su protección, a todo interés digno del mismo, mediante la asimilación a la figura más semejante entre las admitidas.

Esta posición no es, señala el propio Puig Bruna, la que encuentra mayor acogida en la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido, se expresa que, en la doctrina, prepondera la opinión favorable al número cerrado por ser "más conforme a las exigencias de los derechos reales, cuya constitución presenta un interés colectivo que aconseja sustrerlos a la libre autonomía de los particulares".¹⁸

A lo ya expuesto sumaremos la opinión de otro jurista de nota, José Cardó Tobeñas, quien señala la distinta importancia que la voluntad y la ley tienen en el ordenamiento de los derechos de crédito y reales, como una de las notas distintivas entre ambos.¹⁹

En su opinión, como en la de otros autores ya citados, "los derechos de crédito pueden nacer bajo las formas más variadas y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Los derechos reales, por el contrario, escapan a configuración de la ley y obedecen en lo esencial al principio del orden público" como norma general. En consecuencia frente al problema que plantea la ausencia de una disposición expresa en el derecho español, el jurista mencionado se manifiesta partidario de modificar el derecho vigente aceptando el principio del "numerus clausus", por ser el sistema limitativo, a su juicio, "el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros".²⁰ "Las enseñanzas del derecho comparado y la influencia ejercida, sobre todo, por el ilustre hipotecarista Jerónimo González, —señala—, han conseguido ya orientar la doctrina patria en el sentido de rechazar la autonomía de la voluntad en el derecho de cosas, y en lo fundamental, también la jurisprudencia de la Dirección de los Registros".

3. Derecho Alemán

El sistema adoptado en el derecho alemán es el del "numerus clausus". Es decir, no pueden los particulares crear tipos nuevos y distintos a los legislados, según su conveniencia.²¹

¹⁸ ESPIN CANOVAS D. "Manual de Derecho Civil Español". Vol. II, t. 1, Sección I. Nº III. "La Cuestión del número de los derechos reales. Véase el mismo autor op. cit. I, en pág. 11 a 13, trata exclusivamente de los derechos reales regulados en la legislación española.

¹⁹ CASTAÑ TOSERAS J. "Derecho Civil Español Común y Foral", 9ª edic., Madrid 1937, t. II, págs. 17 a 56, en esp. pág. 17 (árr. c).

²⁰ CASTAÑ TOSERAS J., op. cit. pág. 54 a 56.

²¹ No existe norma imperativa del texto del art. 1502, C. C. Arg., pero hay acuerdo pacífico en doctrina, inclusive, se lo toma como prototipo del sistema del número clausus. Véase ESPIN CANOVAS, op. cit. pág. 10.

Esto no significa que toda la materia se agote en el Código Civil. La ley de Implantación del B.G.B.²⁰ establece en su sección III reservas a favor de la legislación local, y se señala, en fuerte tono de crítica, que existe en la materia una indeseable dispersión legislativa. Todo lo cual, respecto del problema que nos interesa, no modifica ni limita la afirmación que hemos hecho al comienzo de esta sección.

"El ámbito de los derechos reales —al contrario de lo que sucede en el derecho de obligaciones— apunta Hedemann, se concibe como limitado (*nómerus clausus*)".²¹

En opinión del mismo autor, justifica esta exclusión del ámbito del poder jurídicamente creador de la voluntad de los particulares, la naturaleza absoluta del ejercicio de los derechos reales, el "señorío" que en ellos se manifiesta, que podría degenerar en arbitrariedad.

La propiedad o las relaciones de aprovechamiento penetran según su criterio en el ámbito del Derecho Público.

Con alguna variante en el planteo, Heinrich Lehmann arriba a la misma conclusión.²² Tras puntualizar que el principio de la autonomía de voluntad, (autonomía privada), como principio, rige las relaciones de los sujetos de Derecho entre sí, a través del instrumento que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los mismos, o sea a través del negocio jurídico, y en particular el contrato, este autor se encarga de destacar, que el poder jurídicamente creador de la voluntad de las partes no es ilimitado. "En muchos sectores —señala Lehmann— ha puesto la ley a disposición de las partes, para la realización de sus fines económicos o sociales, tipos fijos de negocios jurídicos previstos total o parcialmente de consecuencias jurídicas inalterables. ESPECIALMENTE en los derechos reales ha puesto a disposición la ley sólo un número de formas jurídicas con un contenido fundamentalmente inalterable propiedad, superficie, hipoteca, deuda territorial, deuda de renta, derecho de prenda, servidumbre, cargas reales. EL CÍRCULO DE LOS DERECHOS REALES ES CERRADO".

4. Derecho Suizo

El Código Civil Suizo dedica una parte especial a tratar de la Propiedad y cada uno de los demás derechos reales" dentro de su Libro IV.

"A diferencia de los derechos personales cuyo número la ley no restringe,

²⁰ Arts. 63, 64 y 136 ley Implantación del B. G. B.

²¹ HEDEMANN J. W. "Tratado de Derecho Civil", trad. española, DÍAZ FERRAZ, GONZÁLEZ BERNARDO, Madrid 1953, Vol. II, Derechos reales, pág. 52 a 69.

²² LEHMANN H. op. cit. pág. 213.

afirma Tuzar comenzando la ley Suiza, los derechos reales son en número limitado; ellos forman un *numerus clausus*.²⁸

En igual sentido, y bajo el *scriptum* titulado "Ausencia de libertad contractual", Weiland²⁹ sostiene que el número de los derechos reales es limitado (*numerus clausus*). Las partes no pueden por convención constituir ningún otro derecho real aparte de aquellos que la ley prevé. La obligación de alimentarse con cerveza por ejemplo, —nos ilustra Weiland muy gráficamente— proveniente de una convención determinada, de construir o de conservar un camino o un canal de riego no pueden ser "convertidos" o transformados en naturaleza real por medio de la inscripción en un registro real, de tal forma que ella incumba sin más a cualquier propietario actual u futuro de un inmueble. Pero no sólo respecto del número rige el criterio restrictivo en el derecho suizo, sino también respecto del "contenido" o mejor dicho, de su reglamentación. Según el mismo autor, los derechos reales no pueden ser constituidos con otro contenido que el permitido por el C.C.S. para cada uno de ellos. Ejemplificando ese segundo aspecto de la cuestión, Weiland cita el caso de las "rentas de renta" que sólo pueden ser constituidas sobre la base de no ser su reembolso exigible por parte del accededor, conforme a los arts. 830 al 832 C. Civil. Así las "rentas de renta" estipuladas como reembolsables después de 5 ó 6 años no son admisibles en la actualidad, como lo fueron precedentemente bajo diversas legislaciones cantonales.

Es importante señalar que el principio de restricción de la autonomía de la voluntad en materia de creación de derechos reales, no sufre derogación por el hecho de que sea posible bajo la legislación suiza, otorgar a ciertos derechos personales efecto real, cumpliendo el requisito de inscripción en el Registro Inmobiliario. La oponibilidad respecto de terceros surge como consecuencia de la inscripción y ésta sólo se admite para el caso de "algunos" derechos personales "previstos" por la ley: por ejemplo, derecho de tanteo.

5. Derecho Italiano

El Código Italiano de 1942, mejorando en forma notable la redacción del Código de 1865, en lo que respecta a derechos reales, dedica el libro III a legislar sobre todos los derechos reales, bajo el rubro "De la Propiedad". En el libro VI del Código, titulado "De la protección de los derechos", legisla sobre las garantías reales y los registros de propiedad.

Ninguna norma contiene el Código que diga expresamente que los de-

²⁸ Tuzar, "Le Code Civil Suisse", 2ª ed. francesa según la 5ª edic. alemana real. HUBER DECHERMAUX, Zurich 1930, pág. 416.

²⁹ WEILAND C. "Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse", trad. al francés de H. BOUAT, Paris 1913, t. 1, pág. 8 y 9.

rechos reales se establecen en serie cerrada. Sin embargo, la doctrina así lo ha sostenido.²⁷

Concibiendo que, sobre una misma cosa, además del derecho de dominio (el *iusfactor* de Massimo, dice propiedad) pueda darse otro derecho (o otros varios derechos) en un sujeto diverso del propietario, viene a admitirse una *duplicidad de poderes sobre la misma cosa*, la cual constituye un subcaso de concurso de poderes; siendo el dominio el derecho de propiedad pleno esos derechos que deben coexistir con aquél, constituyen un límite o carga para el mismo, y a su vez son derechos reales "limitados" a determinados poderes, o conjunto de poderes de contenido económico propio y contrapuestos al poder y al contenido económico peculiar de la propiedad plena. Como consecuencia de lo expuesto, se afirma que los derechos reales sobre cosa ajena son *atípicas*, en el sentido de que la voluntad del constituyente no puede crear figuras nuevas y diversas de las que la ley contempla y regula. La tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena implica nado como decir que éstos son *limitados, como número y como tipo*.

Conforme con estos conceptos, se señala que, la tipicidad comprende también la prohibición de modificar por voluntad del constituyente, al menos en sus rasgos fundamentales, la disciplina jurídica de los mismos.²⁸

Se hace notar, que la tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena depende del principio de la libertad inmobiliaria: la multiplicación de los derechos reales terminaría por abogar, y prácticamente por vaciar de contenido, el derecho del propietario de bien inmueble, como ocurrió en la Edad Media. Pero la tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena, se aclara, no significa que el legislador no pueda innovar, o bien agregar cosas nuevas con el carácter de derechos reales a las figuras tradicionales.

Resumiendo el concepto, se dice que el principio de la tipicidad se refleja como límite a la autonomía negocial (o contractual) de los individuos, en el sentido de que a los individuos se les niega la potestad de crear figuras nuevas (atípicas) de derechos reales, por lo que resultaría inidó que su voluntad se dirigiese a tal objeto, que está prohibido.

²⁷ Massimo F., "Manuel de Derecho Civil y Comercial", trad. SENTE MÉRLEDO, t. III, p. 88 esp. pág. 440 y ss.

En el sentido de que la tipicidad debe entenderse también como prohibición de modificar la regulación legal de los derechos reales sobre cosa ajena. Massimo señala que se disminuyó la desaparición (en el Código Civil nuevo) de algunas normas (arts. 478, 814 del Código de 1865) que dejaban a la voluntad de las partes la posibilidad de derogación o modificación de la disciplina jurídica del usufructo y de la servidumbre. *id.*/v. Barassi L., "I Diritti Reali Limitati", Milano 1947, pág. 81, "Tipicità e numerus clausus dei diritti reali limitati".

²⁸ *ib.* V. nota ant.

B. SISTEMA JURIDICO ANGLO-SAJON

Se ha señalado que, dentro del peculiar sistema del Common Law, la "property Law" (Derecho de bienes) es la parte más "original" del derecho inglés. Su técnica, desarrollada no sobre la base del derecho romano, sino de la del derecho feudal, difiere profundamente de la técnica adoptada por todas las otras legislaciones. Ciertamente, el derecho de propiedad inglés, como en los otros sistemas jurídicos modernos, (salvo los del derecho soviético), sobre el principio individualista de la propiedad privada. Pero si bien esta institución, tiene el mismo fundamento, ella ha sido organizada según una técnica propia del derecho inglés.

No obstante admítase que el derecho real inglés es "fluido", y contiene una variedad considerable de categorías jurídicas se reconoce, sin embargo, que, como en la mayor parte de los otros sistemas jurídicos, el derecho patrimonial inglés no admite más que un "numerus clausus" de derechos reales y la autonomía de las partes no puede formar otras relaciones jurídicas que aquellas que la ley ha regulado.²⁸

C. DERECHO AMERICANO

1. Derecho Brasileño

No obstante no exista norma expresa del tenor del art. 2502, el Código Brasileño de 1916, estructurado formalmente sobre el modelo del Código Alemán, (según sostiene la doctrina que olvida muchas veces con imperdonable ligereza la enorme tradición de que doró al Brasil el extraordinario jurista Teixeira de Freitas) consagra también el sistema del "numerus clausus". En el 2º libro de la parte especial y bajo el acápice de "Direito das Coisas", legida sobre la posesión, propiedad y sus desmembramientos e inclusive sobre la propiedad literaria, científica y artística,

"El propietario de una cosa puede constituir apenas los derechos reales especificados en la ley, afirma Orlando Gomes;²⁹ el propietario no es libre de crearlos, debiendo conformarse con los "tipos" regulados legalmente. No tiene poder de crear, por acto de su voluntad o mediante convención, otras especies de derechos reales que las definidas en la ley. Dice en consecuencia —destaca el mismo autor— que la constitución de derechos reales obe-

²⁸ ARMINION NOLAN WOFF, "Tratado de Droit Comparé". París 1952, t. III. Nuestro texto es traducción de los dos últimos párrafos de la pág. 9. Nos hemos limitado a ello, pues creemos el estudio con más amplitud acordada las posibilidades de nuestro trabajo, siendo el sistema anglosajón, especialmente en esta materia, basado en principios particularizantes, con una técnica particular, exigida llevar el estudio al extremo de comentar por explicar una terminología que, por responder a dicho sistema, se consaña a las legislaciones del tipo continental al cual responde nuestro Código.

²⁹ GOMES O., "Direito Real", ed. Forense, Río 1958, pág. 18 y 21.

dece al sistema del *numerus clausus*, al contrario de la formación de los contratos, en los cuales, imperando el principio de la libertad de estructuración del contenido, prevalece el sistema del "numerus apertus". Sosiene Gomes que en el derecho brasileño hay acuerdos pacíficos acerca de este punto.

Aunque, con la transcripción de la opinión de Gomes podríamos considerar suficientemente ilustrado la cuestión en estudio, dentro del Derecho Brasileño, citamos también a Lafayette, R. Pereira "Direito das coisas", quien en apretada síntesis nos informa además, acerca del fundamento del criterio legislativo adoptado.⁴⁰

Tras señalar que los derechos reales y personales aumentan el poder de nuestra voluntad sobre el mundo exterior; constituyen por así decir, un protagonismo artificial de nuestras facultades originales; recaen sobre objetos ciertos (una cosa, la naturaleza no libre, actos de terceros, naturaleza libre) que pueden convertirse en valor pecuniario, afirmando que son éstos los derechos reales y los personales, el autor citado pone de relieve que, *el Dominio*, (derecho de propiedad en sentido estricto) *es el derecho real en toda su plenitud o derecho real por excelencia*, síntesis de todos los derechos reales; manifiestas por todos los actos que los hombres pueden practicar sobre la cosa corpórea; en la "plana potestas", imperio exclusivo y absoluto de nuestra voluntad sobre una cosa.

"¿Será entonces permitido al señor de una cosa hacer con su dominio las desmembraciones que le plantea creando derechos reales no consagrados por las leyes?"

Al problema así planteado, se responde sosteniendo que, la constitución de derechos reales sobre inmuebles, se vincula directamente con la organización de la propiedad: le crea restricciones, disminuye su valor y, gravándola con cargas, se craba su circulación; lo cual influye directamente sobre el crédito territorial, institución con la cual se relacionan grandes intereses de orden público". En consecuencia, "parece más razonable la opinión de que el propietario, no puede constituir derechos o cargas reales que no se hallen establecidos o regulados por las leyes (conforme el criterio de Demolombe, Marcou, como lo sostenido por Toullier).

7. *Derecho Argentino*

El principio de la limitación de la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales está expresamente consagrado en el artículo 2502, cuya parte primera dispone que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Siendo ésta una norma prohibitoria, su violación, en cualquiera de las dos formas; constitución de otros derechos reales o modificación de los establecidos en la ley, ya sea por contrato o testamento, debería acarrear la

⁴⁰ LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, "Direito das Coisas", Adaptado ao Código Civil por J. B. DE ANDRADE E SILVA, 6ª ed., Rio 1956, págs. 21 y 22.

nulidad del acto. Pero, la segunda parte del mismo artículo 2502, en concordancia con el artículo 18 ("Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de convalidación"), permite que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

Esta aparente contradicción entre una norma prohibitoria y la que reconoce por otra parte ciertos efectos al acto contrario a la norma, ha sido justificada sobre la base de que, "en ciertos casos la sanción de nulidad iría mucho más allá de la tutela del interés que motiva la prohibición".⁴¹

Sin entrar a analizar por ahora cuál es el interés tenido en vista, nos interesa destacar que la disposición del art. 2502 no encierra convalidación al principio de *numerus clausus*, ni éste se derivaría por algunas inconsecuencias de método en que incurre nuestra ley de fondo.

En tal sentido, Allende ("Tratado de Enfieneis") afirma "que el artículo 2502 establece el "numerus clausus" en su primera parte, cuando dice:

"Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley".

"Principio afirmado rotundamente —agrega— por la nota que lo acompaña".

"Demolombe en el tomo IX, sostiene extremadamente la revulsión del artículo contra numerosos juriscónsultos franceses...".⁴²

Concordando con el art. 2502, el artículo 2503 enumera una serie de derechos reales. Esta debe ser completada, a su vez, con la disposición del artículo 2614, la cual, según interpretación doctrinal y jurisprudencial prevaliente, admite también la constitución de cosas por hasta 5 años.⁴³

No obstante haber acuerdo, en principio, acerca del criterio restrictivo de la autonomía de la voluntad adoptado en materia de derechos reales, no han dejado de plantearse problemas a su respecto.

En primer término, la redacción del artículo 2614 ha dado lugar a divergencias interpretativas.

⁴¹ La cita es de OZZAR, op. cit. pág. 64. Respecto de la aplicación de la 2ª parte del art. 2502 v. ALLENDE op. cit. en n/rota 32, págs. 70 a 73. "Si se aplicara —a Allende— daría lugar a un resultado similar de pñicos".

La fuente del art. 2502 C. Arg. es el Eboquo de Positas, art. 3703, 3706.

⁴² ALLENDE G., "Tratado de Enfieneis y demás derechos reales españoles o recogidos por el Código Civil", Ed. An. 1944, pág. 47.

⁴³ Entendemos aquí cosas en el sentido amplio que propiamente Allende en op. cit. pág. 125 y en *Add/v.* adiciones en nuestras notas 34 y 35.

Machado entendía que todos los derechos enumerados en el 2614, salvo las vinculaciones podían crearse por el término de 3 años.²⁴ Otros juristas concordaban en que sólo cabía admitir los censos y/o las rentas por ese lapso.²⁵

La opinión de Allende, resuelve la cuestión sosteniendo que "se ha discutido si la cláusula de los cinco años sólo comprende a las rentas o también incluye a los censos. Pero esta discusión, afirma, no pasa de ser meramente gramatical, carece de relevancia jurídica".

"En efecto, agrega el profesor Allende, los autores que tratan la cuestión no han reparado en general en que hay que resolver un problema previo, o sea si existen diferencias entre los censos y las rentas...".²⁶

Del estudio de otras normas del Código, como los arts. 2070 al 2088 y de la nota al 2070, como así de las fuentes del codificador, Allende concluye que "la cláusula permisiva de los cinco años comprende únicamente a los censos", aclarando que al decir únicamente a los censos, demás está decir que podríamos haber empleado los términos "rentas reales", pero no es sino una expresión sinónima de la primera y preferimos conforme a lo expuesto anteriormente usar el vocablo "censos". En cuanto a la enfiteusis, al derecho de superficie y a las vinculaciones, sin duda, el artículo 2614 las excluye.

Pero además de su redacción, es la existencia misma del artículo mencionado, la que ha provocado conjeturas y problemas. Como lo señala Allende, si, según los arts. 2502, 2503 los derechos reales "sólo pueden ser creados por la ley, no es lógico que otro artículo salga diciendo que determinados derechos reales no pueden crearse, porque no solamente arts no pueden crearse, sino ningún otro que no esté expresamente permitido".

Si bien, conforme Allende, el artículo mencionado constituye sólo un criticable error de método, su existencia ha dado pie principalmente para que, sobre la base de que la enumeración del art. 2503 no sería taxativa, (ya que fuera de ella existen dentro del Código otros derechos reales admitidos, tales los censos) se sostenga:

1) Que la posesión constituiría un derecho real omitido en la enumeración.²⁷

²⁴ MACHADO J. O., "Exposición y comentario del Cód. Civil Argentino", Bs. As. 1900, t. VII, pág. 13. La jurisprudencia ha rechazado la interpretación, v. fallos cit. Allende op. cit. pág. 43.

²⁵ DARIEN - VERA VILLALONCO, op. cit. pág. 24 sostienen la tesis de que sólo los censos y rentas pueden crearse por el término de 3 años. En igual sentido, LAFERRIERE, op. cit. pág. 33.

²⁶ ALLENDE G., op. cit. pág. 40 y ss.

²⁷ Esta posición era ya admitida por las notas de VILLET a los arts. 2351 y 2478. Cuestionada por demás debilidad.

2) Que el criterio del "numerus clausus" proclamado en los arts. 2502, 2503 no sería más; que sólo se pretendió con ese expediente suprimir algunas desmembraciones del dominio que gozaban del disfavor del codificador. Por todo lo cual, se pretende que no cabría privar de protección a cualquier interés digno de ella, cuando pudiese otorgársela mediante la asimilación a la figura más semejante entre las admitidas.

Los problemas se resuelven a nuestro entender, aceniéndose al verdadero significado del concepto de numerus clausus, como limitación a la autonomía de la voluntad en los términos en que hemos expuesto la cuestión en el N.º 5 de nuestra Introducción.

Por otra parte, no puede perderse de vista que Vélez adoptó la clasificación de los derechos siguiendo el método de Freitas, es derechos personales y reales como Summa Divisio y sobre esa distinción, construyó el sistema del Código.

Así, como Freitas, arribó a la conclusión que lo que distingue con carácter peculiar a esos derechos que reosen "recta viá" sobre las cosas, íntegros o parcialmente, por motivos diferentes, es el estar "armados" de acción real, es el poder perseguirlos "adversus omnes". Vélez también aceptó que la condición distintiva de los derechos reales frente a los derechos personales patrimoniales, es que, en los primeros, "se correspondiere obligación afecta a la masa entera de las personalidades con las cuales el agente de derecho pueda estar en contacto", obligación ésta que dentro del sistema del Código sólo puede ser creada por la ley.

Así ha podido expresar Machado, en sus "Comentarios": "Entre los derechos absolutos figuran los reales donde no se encuentra a la persona directamente obligada, ni la cosa que se deba pedir; la obligación reside en todos los individuos que están en el deber de guardar inacción en presencia de la cosa o del derecho que va escrita en ella. En las obligaciones, por el contrario, siendo esencialmente personales hay una persona o personas directamente responsables, y el objeto es un hecho que el obligado debe realizar, o de que debe abstenerse, habiendo tenido derecho para ejecutarlo; en una palabra, una persona que es el acreedor y la otra el deudor. De esta manera de considerar los derechos nace, la diferencia de las acciones. El derecho real lleva consigo una acción IN REM, que sólo tiene por objeto la cosa sin consideración, a la persona que la detenta; mientras la obligación engendra la acción IN PERSONAM, y tiene por objeto compeler al deudor a ejecutar un hecho o abstenerse del que tenía derecho de hacer.

... Como el derecho real es absoluto y se hace valer contra los individuos que están obligados pasivamente, se sigue de ahí, que sólo la voluntad soberana del legislador puede hacerlo nacer; por eso dice el art. 2502: los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley.

...La voluntad del individuo es impotente para limitar la acción de todos los que no han intervenido en el nacimiento del derecho".⁸⁸

En consecuencia, si bien es cierto que Vélez suprimió ciertos derechos reales por el diáspora de que ellos gozaban en épocas del codificador, el "numerus clausus" no fue adoptado por ese motivo sino que se le impuso como consecuencia de la adopción de un "sistema" jurídico.

Pero además, creemos que no deben olvidarse otras consideraciones de las que hace mérito el propio Vélez en la nota al artículo 2307.

"LA NACIÓN tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama Estado, tiene, respecto de los bienes que están en su territorio un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que parte de la soberanía territorial interior".

"Para mantener esa soberanía, —expresa Sánchez de Bustamante comentando la nota— para defenderla en toda su integridad y dar satisfacción a sus fines específicos, se explica que con todo celo el Estado se haya reservado para sí la facultad de establecer cuáles son los únicos derechos reales susceptibles de constituirse o de transmitirse y qué formalidades deben necesariamente en relación a la importancia atribuida a cada uno de los actos a cumplirse".⁸⁹

Bibiloni y la Comisión Reformadora mantuvieron el principio del numerus clausus, aunque lo exponen adoptando un método distinto al del Código.

El Anteproyecto, en el Libro II, Título IV "de la Propiedad de las Cosas" establece un artículo en sustitución de los arts. 2306, 2307, 2308, 2309 y 2315 que reza:

"El dueño de una cosa puede disponer libre y exclusivamente de ella en la plenitud de las relaciones jurídicas de que es susceptible.

No puede limitarse ese poder sino por la constitución de los derechos reales que este Código autoriza".

Y en la nota, entre otros conceptos, Bibiloni expresa:

"Relaciones jurídicas, decimos.— Con lo que ya expusimos que esas relaciones son de orden legal. Es la ley la que reglamenta ese derecho, le señala sus bases orgánicas, su extensión, y su límite. La ley, esto es, no solamente la ley -Código, y las accesorias que puedan dictarse episódicamente, leyes reglamentarias todas, sino también la ley fundamental de la República,

⁸⁸ MACHADO J. O., op. cit. t. VI, págs. 473 y ss.

⁸⁹ SANCHEZ DE BUSTAMANTE M., "La propiedad", B. A. 1947, pág. 36.

que lo constituye como un derecho constitucional y lo defiende contra el exceso de la reglamentación: Artículos 14, 17, 28°.

CONCLUSIONES

Del Análisis efectuado concluimos:

1.—El principio del *númerus clausus* en derechos reales es una limitación a la libertad reconocida a los individuos como principio, para manifestar válida y eficazmente su voluntad jurídica.⁴⁹

2.—Esta limitación puede estar expresamente impuesta en las legislaciones, y en este caso, notamos que aparece con dos modalidades:

- a) Una norma imperativa y una enumeración y reglamentación legal (Ej. C. C. Argentino).
- b) Una serie de figuras reglamentadas en las leyes de fondo (Códigos Alemán y Suizo).

3.—Puede no estar expresamente impuesta, como en el caso de la legislación francesa y española y aún, como en ésta última, puede existir una norma que permita la creación de nuevas figuras de derechos reales, en cuyo caso consideramos que el *númerus clausus* existe implícitamente, por el sólo hecho de acogerse el "sistema" legislativo basado en la diferenciación de derechos en personales y reales.

4.—La opinión contraria a nuestra conclusión, se basa, por un lado, en que, a falta de prohibición expresa, el principio de la autonomía de la voluntad rige en su plenitud, (todo lo que no está prohibido, está permitido). Por otro lado, se sostiene que no existe diferencia conceptual entre derechos crediticios y reales y que el criterio del *númerus clausus* responde más a razones de orden práctico que de orden teórico y conceptual.

Respecto de la primera observación y sin necesidad de introducciones en el problema de si existe o no crisis del derecho con la creciente intervención del Estado en la vida del derecho privado (contrato normado, necesario, etc.), hemos señalado que aún dentro del esquema tradicional, la libertad individual como fuera vinculadora surte los efectos que el ordenamiento jurídico le reconoce, y sólo dentro del marco de éste, siendo el orden público y las buenas costumbres los standards jurídicos que encierran el concepto de límite impuesto a la voluntad individual por el ordenamiento jurídico en salvaguardía de la organización misma del Estado y sus instituciones. Respecto de la segunda objeción, demostramos sólo que las legislaciones vigentes mantienen la tradicional diferenciación; "y es, precisamente,

⁴⁹ MURRAY A. L. "La voluntad y la capacidad en las áreas jurídicas". Editorial Jurídica de Chile, 1953, págs. 67 a 78.

el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales, el amplio círculo de intereses que por ellas son afectadas, que hace que la autonomía de la voluntad debe ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias⁴¹

5.—Así, se ha señalado, hay veces que la voluntad de los particulares sólo es eficaz para generar el acto jurídico, pues todo el acto en su contenido y efectos está reglamentado por la ley de tal modo que los particulares no pueden modificarlo en ningún sentido, o sólo pueden hacer las modificaciones determinadas en la ley misma. En este caso se encuentran casi todos los actos jurídicos del derecho de familia o (en los actos) relacionados con la organización de la propiedad.⁴²

⁴¹ DE COSIO Y CORRAL, "Instituciones de derecho hipotecario", 2ª edic.

⁴² HERRERO A. L., *op. cit.*, pág. 71.

EL ELEMENTO IDEOLÓGICO EN LA MONARQUÍA HELENÍSTICA

POR JORGE LUIS CAMPOBASSI

1. La especulación política griega no insistió sino en interés meramente académico en el problema del gobierno monárquico y, coincidente con esta actitud intelectual de los publicistas athenienses, Aristóteles le dedicó sólo breves consideraciones negativas como a un fenómeno extraño al espíritu de la *polis* helena². La posición del Escagiritas estaba sólidamente fundamentada en su teoría sociológico-moral del Estado, ya que en su pensamiento la mera convivencia sólo cuando se estructura en un orden (*lógos*) logra convertirse en comunidad política. Ello implica que toda *polis* presupone necesariamente una "forma de las formas" institucionales, es decir, una construcción (*poiesis*) que sirva de centro de imputación normativa y que refleje jurídicamente un estilo de vida.³ El problema fundamental para la sociedad subyacente es decidir si "es conveniente ser juzgada por el mejor de los hombres o por las mejores leyes".⁴ Parece evidente que únicamente en aquellos casos en que existan individuos tan diferentes como los dioses del linaje humano podrían tener por naturaleza un derecho de gobernar sin participación común,⁵ pero como esta situación difícilmente ocurra "es claro por múltiples razones que todos por igual participan de las funciones de gobernar y gobernados... en este sentido, pues, debe decirse que los que gobiernan y los que son gobernados son los mismos".⁶ Esta conclusión se fundamenta en la premisa aparentemente indubitable de que "los

¹ "En la actualidad, todos nosotros juzgamos, deliberamos y decidimos y esas decisiones se refieren a cosas comunes. Sin duda, cada uno de ellos, tomado individualmente, se esfuerza al mejor, pero la ciudad se compone de muchos y por la misma razón que un herrero es el que muchos contribuyen es mejor que el de uno solo, también juzga mejor una multitud que un hombre cualquiera" (*Política*, III, iv, 1286a 23-32). Todo el tema es una similar consideración de la monarquía como adecuada forma política (*Política*, III xiv, xviii, 1284b 35-1285b 6).

² ARISTÓTELES, *Política* VI (IV), ii, 1293a 49.

³ ARISTÓTELES, *Política*, III, iv, 1286a 8-9.

⁴ ARISTÓTELES, *Política* IV (VII), xiv, 1332b 19-24.

⁵ ARISTÓTELES, *Política*, IV (VII), xiv, 1332b 25, 1332b 41-42.

que son iguales por naturaleza tienen los mismos derechos"⁶ y "por lo tanto, es justo gobernar y ser gobernados todos por igual y que ambas cosas se realicen por turno". Esto ya implica una ley, puesto que un orden constituye una norma; luego es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos" porque "la ley es más sin pasión".⁷ En definitiva parece evidente que el régimen mixto es el más estable porque sabe aprovechar el dinámico equilibrio de las tendencias aristocráticas.⁸ El Estado entonces debe estar conformado por una forma de administración política intermedia sostenida por el predominio de la clase media.⁹ "La pólis debe estar constituida por elementos iguales y semejantes en el máximo grado posible y esta condición se manifiesta especialmente en la clase media, de modo que un estado así será necesariamente el mejor gobernado".¹⁰

Esas consideraciones aristocráticas tenían como subtexto íntimo la extendida creencia griega que la autoridad sin límites era deplorable, peligrosa y únicamente apta para las naciones bárbaras. "No tiene la pólis peor enemigo que el tirano, bajo quien, en primer lugar, no pueden existir leyes comunes, sino que gobierna teniendo en las manos la ley".¹¹ Pero las descriptivas experiencias sociales por las que atravesaron las ciudades como consecuencia de las guerras arropeloponésicas, impulsaron a los políticos de tendencia aristocrática a buscar la salvación colectiva en la figura de un rey-filósofo o, en la mentalidad más simplemente realista de algunos ambientes, a través de la institución de un *tyrannos*.¹²

Efectivamente, la noción tradicional que la justicia consistía en respetar el contenido de las normas positivas podía ser puesta en tela de juicio. Platón llevó a sus últimas consecuencias la devaluación de las leyes iniciada por los sofistas, pues ellas en algunos casos eran evidentemente injustas (así había muerto Sócrates), pero podían serlo solamente porque estaban

⁶ ARISTÓTELES, *Política*, III, xvi, 1287a 11-12.

⁷ ARISTÓTELES, *Política*, III, xvi, 1287a 17-18, 1287a 34. En que las leyes son reguladoras de la vida moral, "Por las leyes es como podemos hacernos buenos hombres de bien" (*Ética Nicomachea*, X, iv, 1180b 33).

⁸ ARISTÓTELES, *Política*, VI (IV), ix, 1294b 34-40.

⁹ En general, *ibídem*, *Política*, VI (IV), xi, 1295a 23-1296b 12.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política*, VI (IV), xi, 1295b 22-24.

¹¹ *Ética*, *Los sofistas*, 429-432. Sobre las ideas igualitarias helénicas y sus antecedentes griegos, cf. JORGE LUIS CAMPOSASSI, *Comunidad universal y derecho natural en "Lecciones y Ensayos"*, XXVI, 117-118 (1964).

¹² Representados internacionalmente por Jenofonte, Isócrates, Esquines e Hipérides entre otros. Cf. G. MATTEUCCI, *Les idées politiques d'Isocrate*, 46-118, 151-163 (1931). E. VON HERTZKOWITZ, *Progras and the problem der Demokratie*, en "Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften zu München" 2^a ser. (1913).

nunciadas por individuos ignorantes de la verdadera técnica legislativa. Abstracción considerada la "política es la imitación de la vida mejor"¹⁴ o de los verdaderos paradigmas ideales. Pero la multitud nunca puede llegar a dominar el arte (*techné*) de lo auténtico¹⁵ ya que sólo los filósofos aman la sabiduría (*sophía*) y contemplan puramente la verdad.¹⁶ Las consecuencias lógicas de tales premisas surgen fluidamente del pensamiento platónico. Si las leyes no son sino recuerdos de un orden superior y, en tanto ordenación racional, constituyen una de las formas con que los hombres intentan participar ocasionalmente de las esencias arquetípicas inmortales e, incluso, es evidente que sólo dentro del Estado perfecto puede instalarse la justicia en sí, surge claramente de ello que únicamente aquellos individuos que comprenden o participan de esas ideas inefables pueden gobernar.¹⁷

Pero aún las leyes así entendidas tienen sus limitaciones porque "la ley jamás será capaz de aprehender al mismo tiempo lo mejor y lo más justo para todos".¹⁸ Por lo tanto debe confiarse la tarea legislativa —y por ende moral— a la ciencia regia, pues es la única que advierte invariablemente el valor de las ocasiones.¹⁹ "Salvo que en los Estados de la Hélade los filósofos reciban autoridad real o que los hoy llamados reyes y soberanos se dediquen a la filosofía auténtica e integralmente, de manera que haya unión entre el poder político y la filosofía; salvo que a la mayoría de las personas que adoptan una u otra profesión se le prohíba adoptarlas; salvo que se cumplan esas condiciones, no puede haber término para los males... de los Estados de Grecia, ni, en verdad, a mi parecer, de la raza humana".²⁰ Pero si esos elementos logran combinarse y si el monarca-filósofo "puede contar con el consentimiento de los gobernados, un único gobernante así

¹⁴ PLATÓN, *Leyes*, V, 817d. *Política*, 300b.

¹⁵ PLATÓN, *Política*, 300a.

¹⁶ PLATÓN, *República*, V, 473e.

¹⁷ PLATÓN, *República*, IV, 442e-d. Sobre pensamiento político platónico, cf. N. R. MURPHY, *The interpretation of Plato's Republic* (1931). PAULY-WISOWA, *Real-Encyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, XX, 2542-2557. J. LUCICHO, *Le pensée politique de Platon* (1938).

¹⁸ PLATÓN, *Política*, 294d.

¹⁹ PLATÓN, *Política*, 305e-306a.

²⁰ PLATÓN, *República*, V, 473d. Cf. *Las Leyes*, IV, 712a. El motivo está repetido en las cartas. "No temeré de haber males para los hombres mientras el linaje de los verdaderos filósofos se negare a gobernar o en tanto que los gobernantes, por gusto divino, no se dan verdaderamente a filósofos" (*Epístola*, VII, 326e). Ver, *República*, V, 495b y 301a. Cf. C. R. ALLEN, *Über die Platonischen Briefe*, en "Archiv für Geschichte der Philosophie", XVI, 43 (1909).

hacerá para realizar plenamente un programa que en las condiciones contemporáneas parece absolutamente irrealizable".²⁰

Es claro que esas condiciones materiales siempre fueron casi imposibles de lograr y, por ello, Platón —sin olvidar sus postulados ideales— construye la imagen de un gobernante siempre único, pero con elementos más empíricos y en cuya caracterización se preludian sorpresivamente los rasgos de los monarcas helénicos. El hombre regio (*basileús*) es quien debe llevar las riendas del estado donde el ceboño humano vive²¹ y, de allí, que se encuentre por encima de las leyes por ser quien establece las normas jurídicas que su propia capacidad de mandar impone porque sólo él conoce la vida que conviene a los hombres²². Este arte real es similar al del tejedor que sabe combinar en un mismo tejido los unos coajados de coordinación de los elementos constitutivos de una sociedad²³. En *Las Leyes* precisa definitivamente sus ideas. Es preciso un "uirano joven, de buena memoria y disposición para aprender, valiente y de magnánima naturaleza"²⁴ que posea como virtud esencial la templanza²⁵. El uirano moderado (*hómios*) es el término medio entre el político excelente y las normas estatales²⁶, es decir, que de la relación recíproca de ambos valores debe surgir el ideal de una monarquía legal o la soberanía moralmente válida de un moral que respeta las leyes²⁷.

Para numerosos contingentes pareció evidente, entonces, que una conducción unitaria vigorosa constituía la única forma de remediar los demeritos resultados de las luchas clasistas e interclasistas y de unificar los ha-

²⁰ PLATÓN, República, V, 502a-b. Para los motivos que le movieron a sustentar doctrinariamente a Dión en su tentativa de realizar la comunidad perfecta en Siracusa, cf. EPICTETO, VII, 327b-329a. R. VOSS SCHULZ, Dión, *Die platonische Staatstheorie* (1934). Sobre el rey filósofo, véase, A. H. CROSBY, *What is the Platonic Philosopher King?*, en "New Schoolman", XXXIV, 499-505 (1960). E. LLIBO, *Philosophy Begins* (Platon, "República", 473a-4); en "Revista de Filosofía", XIX, 37-55 (1960).

²¹ PLATÓN, Política, 286a.

²² PLATÓN, Política, 292a-b.

²³ "Tenemos consuetudo en un roce tejido la tela que urde la actividad política, cuando la ciudad regia toma esos caracteres humanos de energía y templanza, una amba vida por el acuerdo y la armonía y realiza de ese modo el más hermoso y excelente de todos los tejidos". (Política, 311c).

²⁴ PLATÓN, Leyes, IV, 709a.

²⁵ PLATÓN, Leyes, IV, 696d.

²⁶ PLATÓN, Leyes, IV, 714-711a.

²⁷ Cf. M. VANDERLINDT, *La philosophie politique de Platon dans les Lois* (1954). Los libros III y IV de las Leyes poseen un estado de ánimo similar al de la redacción de *El Político*.

terrestres territorios que componían el legado alejandrino. La monarquía —desada íntimamente en muchos sectores— sucedió, así a la *polis* republicana y continuó las estructuras institucionales de Oriente.

2. Siguiendo las preocupaciones plásticas²⁸, la nueva filosofía helenística —basada en la interpretación metafísica de un texto homérico²⁹— recogió las ideas comunes sobre el poder de un sólo individuo en el estado que espontáneamente surgían en la mentalidad popular. Desde los inicios de la nueva Civilización aparecieron numerosos tratados *Peri Basileús* (sobre la monarquía), en los que se intentó aprehender y reflejar sistemáticamente el hecho político característico del helenismo. En ellos se fue plasmando paulatinamente una teoría general del principado que, incluyendo estratos filosóficos no siempre coincidentes³⁰, racionalizó las idealizadas creencias populares sobre las aspiradas reglas confiriendo coherencia lógica a los intuitivos sentimientos colectivos al integrarlos dentro de un sistema positivo de las formas de gobierno³¹.

Como el reino no tenía existencia propia sino como propiedad del monarca por gobernar éste en territorios sin tradiciones comunes, el rey era la única fuerza estructural que podía unir por medio de su persona las diversas partes estructurales del estado y, por consiguiente, debía ser tomado como símbolo de derecho. La indicación de *Basileús* al monarca indica, entonces, el carácter personal del principado, pues la palabra que precede al nombre propio señala una cualidad y no una función. Por ello el rey en quien, a través del poder inmanente de su persona, establece la concordia (*homonoia*)

²⁸ Plácido está a lo ver en el caso palabras —justamente el reproche de Epicuro—, es decir, la imagen de "un hombre que nunca posee voluntariamente su mano en una tarea concreta" (Epícuras, VII, 121r). La filosofía helenística, entonces, intentó comprender, justificar e influir en las nuevas estructuras políticas. "El sabio estará dispuesto a tolerar la institución de la realeza... (y) si no puede ser rey él mismo, estará justo al rey, en la paz y en la guerra" (Celsus, *De vita*, I, en PLUTARCO, *De stoicorum republicis*, 20).

²⁹ Odiseo, II, 204. "No haya más que un jefe, no haya más que un rey". Cf. AARSTRÖM, *Metaphysics*, XI, a 1075b 37. FLECK, *De stoicorum monarchia*, 145.

³⁰ La crítica moderna ha derivado paulatinamente la creencia de que el estoicismo había concebido la única corriente que fundamentalmente el poder de los reyes. En realidad, las fuentes de la ideología monárquica son tanto exclusivamente orientales (canalizadas en su estructura lógica helénica por las escuelas filosóficas) y solamente algunas ideas grecorománicas o ciertas tradiciones nacionales de la nueva cultura ligadas inconspicuamente a las creencias recibidas. En este sentido, hubo una interinfluencia de nociones hindúes y persas a través del neopitagorismo, que se integraron con las nociones celtas y celtas. Sobre los escritos pitagóricos egipcios concernidos por Eusebio cf. L. DELATTRE, *Les traités de la royauté d'Égypte*, *Diogenes et Séleucos* (1942). E. R. GOODENOUGH, *The political Philosophy of Hs. Simplicius Kirgalsky*, en "Yale Classical Review", I, 55 et seq. (1928).

³¹ La teoría monárquica se elaboró sucesivamente desde el siglo —III hasta principios del —I. En este ensayo exponemos una ordenación lógica y no cronológica.

entre las clases y, apareciendo como reflejo en la tierra de la armonía cósmica y hazo supremo de unión de los pueblos, igualmente debe constituir el modelo viviente del linaje humano²². Es, para esta corriente ideológica, el individuo perfectamente, el sabio *par excellence* o paradigma existencial de las virtudes humanas, es decir, aquél que domina por la plenitud sus pasiones irracionales.

Pero así como representa el símbolo viviente de la concordia universal, el monarca debe procurar reflejarla en su reino a través del orden en la pólis y la paz permanente entre ellas. En ese sentido los reyes helénicos siguieron inconscientemente los consejos aristotélicos sobre las condiciones necesarias para conseguir la estabilidad del régimen político, o sea, buscaron el justo medio o prudencia sutil (*eusebeia*) frente a la ingenua sinceridad de los tradicionales partidos populares o aristocráticos²³. "El tirano no debe mostrarse ante sus súbditos como tal, sino como padre de familia y rey; no como amo sino como administrador. Ha de perseguir la moderación en su vida y no el exceso, tener trato con las clases superiores y cultivar la popularidad de la muchedumbre"²⁴. El monarca debe procurar, entonces, aparecer como un conductor de rebaños, un amoroso pastor (*poimén*) que procura la alegría y el bienestar (*eusebeia*) del pueblo. Su ánimo ha de ser caritativo (*keréus*) y poseer en alto grado la benevolencia, buena voluntad y disposición favorable para aquellos que bondadosamente gobierna. Es necesario que creé en su espíritu, pues, el constituirse en fuente definitiva de toda clase de bienes materiales y religiosos. En la fraseología de los textos oficiales y en las creencias populares se lo muestra como el *soberano* o *phólos* (*soberano*) del reino, porque procura la salvación de la comunidad al preservar a la tierra, por su misma persona, de la ruina o corrupción. Es, por ello, necesariamente *eusebeia* desde que su autoridad descansa en una reciproca entrega (*eroseia*) y, de allí, que "los que sobre los pueblos tienen potestad, son llamados bienhechores"²⁵. Todo ello implica que, legitimado por su propia superioridad no tenga ningún elemento común con las tiranías clásicas. Su poder se impone por la evidencia de la razón y la irresistibilidad de Tybbé, pero no por la coacción de las conciencias. "El rey gobierna con la ley y no por la fuerza"²⁶.

²² La idea de concordia, insulda por Alejandro, fue racionalmente aceptada por el estoicismo e incluida en la teoría monárquica como un apéndice de la *homonía* cósmica. Cf. H. M. FINE, *Alexander and the Indies*, en "American Journal of Philology", LVIII, 59-129 (1937). W. W. TAYLOR, *Alexander the Great and the Unity of Mankind*, en "Proceeding of the British Academy", 4th ser. (1933).

²³ ARISTÓTELES, *Política*, VII, ix, 1318a 2-12.

²⁴ ARISTÓTELES, *Política*, VII, xi, 1315b 1-10.

²⁵ *Evangelio según San Lucas*, XXII, 25.

²⁶ TROIANO, en el *Diálogo sobre Papirio*, XII, N° 1611, 36-97.

3. Como consecuencia de esta eterealización de la persona real se operó inconscientemente el traspaso al príncipe de las características que habían designado tradicionalmente a la constitución ciudadana. Merced a su especialísima posición en el orden cósmico, el *logos* del monarca, su palabra tangible, se convirtió en la fuente de legalidad del reino. La ley —único soberano de la pólis— fue absorbida por la trascendente individualidad del rey que, así, se convirtió en "convención encarnada" (*nómos epibólos*) y, frente a las leyes escritas —letra muerta— apareció como una especie de *nómos vivo*, ley existencial o de legislador divino²⁷.

Ello postulaba que, en última instancia, los reyes gobiernan porque son seres excepcionales y habían sido distinguidos por los dioses como favoritos de la Fortuna, que los sostiene e inspira en sus acciones. De esta manera, los dones extraordinarios que naciera en sí se manifestaban a través de la Victoria que, deseada y procurada por incesante divinidad, acrecienta su verdadera superioridad²⁸. En síntesis, ese conjunto de cualidades connotaba su *areté*, es decir, el conjunto de virtudes de orden político, moral, realitar e intelectual y que implica en quien la posee el valor, la razón legislativa, la fuerza del alma, el ansia de justicia y el pietismo religioso.

Estas confusas e imitativas representaciones colectivas estaban basadas en un intimo sentido popular. Las cualidades regias, unidas a la noción de poder irresistible ínsito en la idea monárquica, se deben concretar visiblemente en los beneficios que proporcionan a la corte y al pueblo en general. Efectivamente, para las clases necesitadas —en continua lucha con las dificultades de la vida y la exacciones de los gobernantes regionales— el príncipe representaba el recurso supremo y posiblemente único en quien poner sus angustiosas esperanzas de justicia y generosidad. En este terreno, los reyes tenían incluso ventajas sobre los dioses. Los Olímpicos habían sido demandados muchas veces impudemente y los fieles más devotos de todas las divinidades no parecía que fueran recompensados por su piedad, mientras que aquellos que hacían ostentosa gala de indiferencia, impiedad o blasfemia prosperaban rápidamente. Por el contrario, siendo fuente validadora de legalidad a través de su palabra semidivina, todo asentado verbal o de hecho contra la persona del monarca se convertía en *delito* y era efectivamente castigado, como muchos filólogos descritos²⁹ o poetas imprecatorios³⁰ habían tenido

²⁷ FUGÓN, *De vita Aetna*, II, 3-4. En el mismo, los extractos del Pseudo-Aristóteles concernidos por Escobedo. Cf. *Opus* (ed. Wachsmuth-Hense), IV, 83 (r. d.).

²⁸ Efectivamente, los diadocos habían sido generales victoriosos y los epíscopos usaron de conservar sus títulos de invulnerabilidad militar.

²⁹ Las persecuciones de epíscopos y clérigos fueron frecuentes en el Mundo Antiguo, posiblemente porque esas medidas se tomaban en serio en la realidad cívica o la sponencia divina de los monarcas (PLUTARCO, *Non posse moritur videri ceteris deo Episcopos*, 1100 a SICRÓ EPIFANIO, *Adversus Mathemáticos*, II, 35). Se conocen las expulsiones y los correspondientes decretos de los monarcas de Arria

ocasión de comprobar. Al mismo tiempo, su bienhechora influencia se hacía sentir inmediatamente a través de sus legados administrativos y por las medidas de gobierno, siendo sus actividades o fides espíritualmente recompensadas.

El simbolismo implícito en estas ideas reflejó acabadamente la creencia de que el monarca, respecto a sus súbditos, debe aparecer como un padre en relación paternalista; implicó la indiscutible superioridad de la persona regia con respecto a los resonantes miembros del reino. De allí los vehementes sentimientos que el *basileús* suscitaba entre sus súbditos, sentimientos que reconocían su posición superior al último medio de la humanidad y que representaban igualmente la admiración ante el genio, el reconocimiento por su generosidad y la solicitud de nuevos favores.

4. Esta idealización de la persona real no fue exclusiva de la Civilización Helenica sino que es una floración —junto a su culto divino— de todas las épocas en que el nihilismo religioso y las desfavorables condiciones políticas, sociales o económicas no parecen tener solución racional. Pero hemos expuesto brevemente sus características en ese período porque en su seno se celebraron los materiales procedentes de las diversas culturas que lo integraban y permitieron construir un andamiaje simbólico de teoría que, desde entonces, volverá a reaparecer frecuentemente (Bocca, Biancio, Francia) pero siempre recogiendo las construcciones intelectuales de la filosofía helenica.

(ATENSO *Diogenes Laërtius*, XIII, 547) y de los libros de Cera. Estas expulsiões debían ser muy numerosas en el siglo III porque el filósofo Cleantes (*citado acasado acasado*) se quejaba de que ya no se aplicaba a los escritos del Jardín la costumbre tradicional. Estas medidas llegaron incluso a algunos súbditos integrantes de ciertas tendencias "sectarías" menores, precisamente por su desconocimiento a los dioses (SÉBASTO *Epifanio*, *Adversus Hæresimicos*, II, 25). Algunos monarcas fueron más lejos y directamente expulsaron a todos los filósofos: así lo hicieron Lisímaco (ATENSO, XIII, 610 e), Antíoco XIII (ATENSO, XIII, 547. c), E. R. SURIANO, *The Hæresis of Seleucus*, II, 377 (1903) y Ptolomeo VIII Eusegetes (ATENSO, IX, 184 c).

⁴² El granito Dédalo fue crucificado por orden de Anio I por unas veces injurias en las que se recordaba el origen inhumano del reino (ATENSO, XIV, 39 CHERÓN, *De Jure*, III, 1. VALERIO MÁXIMO, *De Jure Jurisprudencia*, I, 8). Sócrates de Maronea fue encerrado en una caja de plomo y arrojado al mar por un poema que compuso sobre el matrimonio incestuoso de Ptolomeo Filadelfo con su hermana Arsinoe (ATENSO, XIV, 628 f). En otros casos esta crucifixión humillada, como ocurrió con Sócrates en la misma corte de Filadelfo (ATENSO, XI, 493-494).

LOS HECHOS REVELADORES DE LA CESACION DE PAGOS EN NUESTRO DERECHO Y LOS "ACTS OF BANKRUPTCY" EN EL DERECHO ANGLOSAJON

POR CARLOS A. FRANZETTI

El fundamento universal de la quiebra consiste en la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Dentro de los distintos sistemas legislativos que existen al respecto, nuestro país (junto con Francia, Italia, España, Alemania y la mayoría de los países latinoamericanos) se entraña en el que usando la fórmula general de "situación de pagos", abarca con ella una serie de situaciones reveladoras de este estado patrimonial del deudor. Los países anglosajones, por el contrario, siguen el sistema de enumerar los diversos actos ("acts of bankruptcy") que hacen procedente la declaración de quiebra; además de Inglaterra y Estados Unidos, adoptan este sistema Suecia, Suiza y Brasil.

El propósito de este trabajo es determinar en qué medida coinciden las pautas seguidas entre nosotros para determinar la existencia de la cesación de pagos con los actos de quiebra de las leyes inglesa y estadounidense, mediante su comparación.

Argentina:

Establece la ley 11.719 en su artículo 1º, "La cesación de pagos cualquiera que sea su causa determinante, y ya se trate de una o varias obligaciones comerciales, constituye el estado de quiebra".

Raymundo L. Fernández en sus "Fundamentos", define la cesación de pagos como "el estado de quiebra o quiebra «económica» que hace procedente su declaración judicial o quiebra «de derecho» y que permite establecer el comienzo del período de sospecha y por ende determinar la validez o nulidad de los actos realizados por el fallido con anterioridad a la declaración de falencia".¹

Al Dr. Horacio Duncan Parodi le hemos escuchado en sus clases el siguiente concepto: "Fenómeno de desequilibrio económico, de carácter unitario, generalizado y complejo, susceptible de exteriorizarse por cualquier

¹ FERNÁNDEZ, R. L. "Fundamentos de la quiebra", pág. 2º; Ed. Cía. Imp. Arg., B. A., 1937

medio idóneo para imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones que gravan el patrimonio de la empresa. Afecta su equilibrio dinámico y constituye el fundamento del concurso comercial".

Enumeraremos a continuación los hechos reveladores de ese estado o fenómeno, siguiendo la discriminación que hace R. L. Fernández según la clasificación de Bonelli.²

Hechos de manifestación directa:

Confesión del deudor

I. Exposita

a) Judicial.

- 1) Presentación en quiebra.
- 2) Presentación solicitando convocatoria de acreedores.
- 3) Solicitud de moratoria.

b) Extra judicial.

- 1) Convenio de quita o espera (moratoria).
- 2) Concordato extrajudicial (solicitado, convocado o aprobado).
- 3) Cesión de bienes a los acreedores (con carta de pago).
- 4) Envío de cartas o circulares a los acreedores, declarando la falta de recursos.
- 5) Avisos en sus oficinas de la suspensión de pagos.
- 6) *En general:* toda manifestación inequívoca de hallarse en la imposibilidad de afrontar sus obligaciones a su vencimiento.

II. Tácita

- 1) Fuga, ocultación o alejamiento del deudor.
- 2) Cierre del negocio, de las oficinas o de los almacenes.
- 3) Todos los hechos demostrativos de la intención de hacer desaparecer los bienes que forman el activo, para eludir la acción de los acreedores: venta o pignoración (reales o simuladas) del fondo de comercio, mercaderías o muebles; donación real o simulada de los mismos.
- 4) Suicidio del deudor.

Hechos de manifestación indirecta:

I. Incumplimientos

II. Expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos para simular solvencia

a) Ficticios.

² *Ibid.*, págs. 373 y ss.

- 1) Circulación abusiva de documentos de complacencia.
 - 2) Otorgamiento de garantías reales por deudas preexistentes.
 - 3) Daciones en pago.
 - 4) Contracción de deudas civiles que se dejan impagas para afrontar las comerciales.
- b) **Business:**
- 1) Compra a crédito y reventa a precio inferior al corriente.
 - 2) Ventas a pérdida.
 - 3) Ventas de maquinaria indispensable.
 - 4) Contracción de empréstitos a interés usurario.
- c) **Fraudulent:**
- 1) Negociación de documentos firmados por personas insolventes.
 - 2) Apropiación de depósitos.
 - 3) Maniobras indebidas para conseguir dinero o firmas de favor.
 - 4) Malversación de capitales que tienen por ley un destino especial.
- d) De significado ambiguo: Dilaciones y renovaciones.

Inglaterra:

Como dice R. L. Fernández, "la ley inglesa, siguiendo el temperamento de la raza contrario a las generalizaciones y abstracciones ha repudiado el empleo de una fórmula doctrinaria general y optado por enumerar los casos que ameritan la declaración de quiebra, institución de derecho común para toda clase de deudores".²

Vamos a analizar la "Bankruptcy Act" de 1914 que en su artículo 1º establece los siguientes "acts of bankruptcy":

- a) Cuando en Inglaterra o en otra parte hace el deudor una transferencia o cesión de sus bienes a una o más "trustees" (síndicos) en provecho de todos sus acreedores.
- b) Cuando en Inglaterra o en otra parte hace fraudulentamente una cesión, una donación, una entrega o un traspaso de todos o parte de sus bienes ("property").
- c) Cuando en Inglaterra o en otra parte hace una cesión o un traspaso de todos o parte de sus bienes, o constituye sobre ellos cualquier carga real, que en virtud de esta u otra ley sería mala como atribuyendo un derecho de preferencia si el deudor fuera declarado en quiebra.

² *Ibid.* pág. 134.

- d) Cuando con la intención de defraudar o usar de medios dilatorios realiza uno de los actos siguientes: si abandona Inglaterra, o si habiéndola abandonado permanece fuera de ella, o se aleja de su casa habitación, o se ausenta conyugal, o se aleja de su domicilio comercial, o se oculta en su residencia privada.
- e) Cuando una sentencia ha sido ejecutada contra él, embargándose sus bienes como consecuencia de un juicio llevado ante una Corte cualquiera o de un procedimiento civil ante la Alta Corte, y los bienes han sido vendidos o removidos por el oficial de justicia por 21 días. Bien entendido que, en caso de instruirse un juicio incidental con relación a los bienes embargados no se computará en dicho período de 21 días el tiempo que transcurra entre la fecha de la citación y la sentencia definitiva o el abandono del juicio.
- f) Cuando deposita en la Corte una declaración afirmando la imposibilidad de pagar sus deudas, o cuando pide ser declarado en quiebra.
- g) Cuando un acreedor que ha obtenido contra el deudor, por una suma cualquiera, una sentencia definitiva cuya ejecución no ha sido suspendida, le ha notificado en Inglaterra o, con autorización de la Corte, en otra parte, una intimación de ser declarado en quiebra (bankruptcy notice) de conformidad con esa ley, y el deudor en un plazo de 7 días después de la notificación de ese acto, si no ha tenido lugar en Inglaterra, o en un plazo fijado con ese objeto por la ordenanza que autorizó la notificación si tuvo lugar en otra parte, no se conforma con el requerimiento o no prueba ante la Corte que va a deducir una demanda convencional o de compensación ("counter claim", "set off" o "cross demand") igual o superior al monto indicado en la sentencia. A los fines del presente párrafo y del artículo segundo de esta ley, cualquier persona que tenga el derecho de hacer ejecutar una sentencia definitiva será considerada acreedor que ha obtenido sentencia definitiva.
- h) Cuando el deudor da aviso a uno cualquiera de sus acreedores de haber suspendido o estar a punto de suspender el pago de sus deudas.

Estados Unidos:

La "Bankruptcy Law" (ley federal de quiebras) de 1898 establece en su sección tercera:

- a) Actos de quiebra por parte de una persona son:
 - 1) Haber enajenado, transferido, ocultado, removido, o permitido la ocultación o remoción de sus bienes, con ánimo de trabar, demorar o defraudar a sus acreedores.

- 2) Haber transferido, hallándose en estado de insolvencia, cualquier parte de sus bienes a uno o varios de sus acreedores, con intención de darles preferencia sobre otros.
- 3) Haber consentido o permitido, también en estado de insolvencia, que cualquier acreedor obtuviera una preferencia por procedimientos legales y no haberla revocado o anulado por lo menos 3 días antes de una venta o disposición definitiva de los bienes afectados por tal privilegio.
- 4) Haber hecho una cesión de bienes en beneficio de sus acreedores, o encontrándose insolvente, haber pedido el nombramiento de un depositario o síndico para sus bienes, y haberlos puesto a cargo de un depositario o síndico de acuerdo con las leyes de un Estado, de un Territorio o de los Estados Unidos.
- 5) Haber manifestado por escrito imposibilidad de pagar sus deudas y que está dispuesto a que se le declare la quiebra merced a esa causa. La sección primera de esa ley precisa el significado de las palabras que ella contiene, de "insolvencia" dice: "cuando el conjunto de los bienes de una persona, con exclusión de los que hubiera enajenado, transferido, ocultado o removido, o cuya ocultación o remoción hubiese permitido con ánimo de retardar, obstaculizar o defraudar a sus acreedores, no fuera suficiente según justiprecio para el pago de sus deudas".

Conclusiones

Vemos que las leyes que, como la argentina, han adoptado una fórmula general doctrinaria, para designar el estado de quiebra, dejan librada a la apreciación de los jueces la determinación de los hechos que puedan configurar en cada caso particular.

La apreciación judicial no puede ser arbitraria; el juez debe efectuarla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, una vez constatado el hecho que se le imputa al deudor y conceptualizado el juez que el mismo revela el estado de cesación de pagos, está obligado a declarar la quiebra.

El juez siempre debe fundar su resolución, determinando los hechos en que se basa.

En los sistemas anglosajones vemos, en cambio, una enumeración taxativa de "actos de quiebra" que no resulta conveniente, ya que según se puede apreciar mediante su cotejo con las pautas seguidas por jueces y autores en el sistema de la fórmula amplia, la mayoría de los "acts of bankruptcy" está comprendida dentro del concepto de "cesación de pagos". Además, el estado de quiebra es un estado económico complejo, revelable de muy distintas maneras. Muchos actos del deudor, por su ambigüedad pueden pert-

surta a distintas interpretaciones. Los que para un deudor demuestran impotencia patrimonial, pueden no demostrarla en el caso de otro. No puede encurrarse en una enumeración de hechos simples algo tan complejo y con tantos matices como el estado de quiebra.

El sistema anglosajón limita considerablemente, hasta casi suprimirlo, la apreciación judicial, ya que el juez debe contentarse a verificar que el acre, que se prueba ha ejecutado el deudor, figura entre los que taxativamente enumera la ley. En caso afirmativo debe decretar la quiebra; en caso contrario desojarla. A la opinión adversa de Fernández, al que seguimos, se puede agregar la de la mayor parte de la doctrina nacional; así por ejemplo García Martínez: "En nuestra opinión el método de la fórmula general es superior desde el punto de vista científico, al de la enumeración de los actos de quiebra. Es cierto que este último evita la arbitrariedad en que a veces pueda incurrir el juez; pero adolece del grave defecto de que fuera de los casos taxativamente contemplados en la ley, el magistrado no puede dictar la sentencia declarativa, aunque las circunstancias sean tales que considere necesaria la declaración de quiebra. En cambio el método de la fórmula general tiene la ventaja de la flexibilidad, pues permite al juez contemplar la infinita variedad de circunstancias de hecho que puedan presentarse a su soberana apreciación";⁴ podría citarse también en sentido concordante a Castillo, Martín y Herrera y otros.

Finalmente queremos señalar que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos la quiebra es una institución que se aplica indistintamente a los deudores comerciantes o civiles; en nuestro país, como sabemos la quiebra es una institución comercial y uno de sus presupuestos es que se trate de un deudor comerciante o que lleve sus negocios en forma de explotación comercial (siempre que en este último caso esté inscripto en el Registro de Comercio —art. 1º de la ley 11.719—).

Entre nosotros los deudores que no son comerciantes y no llevan sus negocios en forma de explotación comercial (o llevándolos no estén inscriptos) están sometidos al procedimiento del concurso civil, contenido en los códigos de procedimientos de las provincias y la capital. El presupuesto del concurso civil es la "insolvencia" que se interpreta como la circunstancia de que el valor actual de los bienes sea inferior al monto de las deudas (ver art. 719 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Cap.), este es según vimos el criterio que sigue la ley norteamericana.

El recurrir a la insolvencia es criticable, no solo porque a instituciones sustancialmente semejantes se les da un trato distinto, sino porque la realidad de los negocios demuestra que el mero hecho del desequilibrio entre activo y pasivo (insolvencia), no es de por sí demostrativo de la impotencia pa-

⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco. "El Concurso y la Quiebra", T. I, pág. 215. DEPALMA, Bs. As. 1962.

trinitomial del deudor. Una persona es solvente mientras hace frente a sus obligaciones, a la inversa es insolvente, no obstante poseer bienes cuando le resulta imposible cumplir con sus compromisos. El Anteproyecto de Código Procesal Civil para la Provincia de Buenos de 1961 establece que "el procedimiento del concurso es el mismo que el de la quiebra mercantil en todo cuanto no sea modificado por las disposiciones del presente título" (art. 387), con lo que lo fundamenta en la "retención de pagos".²

² PALACIO, Lino y MÉNDEZ, Augusto. "Manual de Derecho Procesal Civil", T. III, pág. 293; Ed. ANUNDO-PENABAZ, Bs. As. 1963.

El texto de las leyes inglesa y norteamericanas es el que figura traducido en las páginas 234 y 179 de la ya citada obra de Fernández.

TEXTOS

Para que mis alumnos de derecho reales tuvieran un conocimiento vivo de una capellanía busqué durante años una escritura pública de constitución de una de ellas. Pero la búsqueda había resultado infructuosa hasta hoy. Ni el señor Presidente de la Academia Nacional de la Historia ni simples escribanos lograron conseguirme una. Ahora podemos publicar una y su redención gracias a la gentileza del eminente escribano don Oscar Carbono, que fue en tiempos relativamente lejanos alumno sobresaliente y también profesor de esta casa, habiendo dejado de serlo por una desgraciada ordenanza. Le damos al felarario —como algunos con cierto mal gusto acostumbraban designar ahora a los escribanos— nuestras más cumplidas gracias y esperamos que esta sea sólo el comienzo de una colaboración con nuestra ciudad, como lo tiene prometido.

PROFESOR JULIO DASSEN

"VIVA LA CONFEDERACION ARGENTINA"

"Muestran los salvajes unitarios"

QUINTA CLASE DE UN PESO

VALGA PARA LOS AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE Y MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO, 38 Y 39 DE LA LIBERTAD 32 Y 33 DE LA INDEPENDENCIA Y 18 Y 19 DE LA CONFEDERACION ARGENTINA

En la Ciudad de San Juan, a diecinueve de junio de mil ochocientos cuarenta y siete ante mí el Escribano Público y de Cumulado Soberano y testigos que al fin se nominarán, comparecieron Don Vicente Daniel y Da. Isabel Señchaz de esta naturaleza y vecindario á quienes del fe que conosco y dignos que por cuanto se allan con determinación de imponer una Capellanía de misas otorgada para bien de sus almas y las de sus deudos inordinados, ya que la Divina Providencia les ha dado suficientes bienes de fortuna para hacerlo, sin perjuicio de los necesarios a su decente manutención y vara que al mismo tiempo sirba de título de Ordenes de Clerigo á su legítimo sobrino D. Manuel José Giles y Señchaz que acualmente se allá en la carrera eclesiástica; para que tengan efectos sus justas y bien medidas ideas poniéndolo en ejecución de mancomun *in sólidos* por el presente instrumento, en la vía y forma que mejor haya lugar en Derecho otorgan: que imponen, cargan, sirven y constituyen la espesada Capellanía en cantidad de que les pertenecer en propiedad y posesión en la Provincia de Buenos Aires, sita á distancia de cuatro cuadras de Nor-Oeste de la Plaza grande ó principal de dicha Ciudad en la Calle de Maipú número setenta y nueve frente al ochenta lindante por Naciente con D. N. Alianza por donde tiene dieciséis y media varas en su fondo por Poniente las mismas varas en su frente y linda con calle pública, por Sur tiene sesenta y dos varas lindando con D. Santiago Wilde, y por Norte las mismas varas en división con D. N. Bombal, la que segetas y graban con las condiciones siguientes: Que la referida Capellanía que fundamos, es solamente para que sirba de título de Ordenes á D. Manuel José Filas hijo legítimo de D. Pascualen Giles y Doña Jesus Señchaz como de patrimonio y hacienda *supra propria*, y que por fallecimiento de esta, bajo el mismo título puedan ordenarse con ella cualesquiera de nuestros sobrinos hijos de Da. Jesus Señchaz y doña Dolores Cuello y los

hijos de esos, cualquiera que quisiere seguir la carrera eclesiastica del Prebendado, proporcionado en su obtención, al más apto y próximo á ordenarse de dicha línea, y con calidad que en esos términos deba concluir la capellanía quedando sin ningún gravamen los bienes afectos á ella y libres, como igualmente lo estarán para que en el caso de no seguir ninguno la carrera eclesiastica, ó faltar de los llamados quien quiera ordenarse con ella, se partan de los bienes que la contienen por iguales partes como donación que desde ahora les hacen pa cuando llegue el caso' Que los bienes en que fundan la dicha Capellanía (valerosos á su juicio en mas de ocho mil pesos) quieren que se mantengan siempre existentes sin poderlos enagenar, dividir, arrendar, hipotecar ni gravar en todo ni en parte aunque lo intente el capellan y lo concientan los patronos con pretexto de mayor aumento de la Capellanía ó otra causa por grave y urgente que sea debiendo los patronos tenerlos bien cuidados y reparados a costa de lo producido, de suerte que no se deterioren y caigan en disminución. Que imponen por penición y gravamen obligatorio al Capellan de celebrar anualmente en la Iglesia que le fuere más cómodo, siencuen mas resacas por la intenció de los fundadores, bien de sus almas y de las de sus deudos inmediatos en los dias del año que rubiera a bien, donados estas mismas á veinte reales cada una y en caso de no poderlas celebrar ó otro sacerdote, dándole la limosna en que se combenga ó la que por bear por enfermedad ó otro motivo que se lo impida cumpla con mandatos decir á otro sacerdote, dándole la limosna en que se combenga ó la que por la ciudad estubiera establecida ó se establezca. Que ningún Juec eclesiastico ha poder conferir esta capellanía, conocer de sus fines, tomar cuentas á los capellanes de lo que esta produce, removerlos, interdicir ni mezclarse en otra cosa que en complacéris ó que cumplan sus cargas, aunque pasen los cuatro meses que para la presentacón de las colativas y beneficios eclesiasticos prescribe el Dro. canónico, y muchos mas, mediante ser puramente laical, y solo necesario para su obtención el nombramiento del patrono, y como tal no militar para con ella las disposiciones canónicas; pero no haciendo el nombramiento dentro del año que conceden, pasado que sea puede hacerlo el Juec civil. Jamás se ha de exigir esta Capilla más en colativa sin embargo de que los patronos y Capellanes lo quieren y concientan pues lo prohíben expresamente, ni por ella pague subsidio ni otro derecho; pero sin perjuicio de poder los coorganos como patronos y los que en el patronato les subsecda, nombrar pa. su goce á personas, de las líneas, y que tenga las calidades indicadas anteriormente para q. con el producto de esta Capellanía sigan sus estudios y la carrera eclesiastica, y que se ordenen á título de los bienes de ella como á título de patrimonio y hacienda suya propia, mandando en el interin que se ordenen cumplir sus cargas, y por la muerte de cada uno de los Capellanes que la sirban han de quedar secularizados sus bienes como de patronato de Legos, sin que por el hecho de ordenarse con su renta, se entienda colativa al eclesiastico ni destruida la calidad de laical y cumplera como propriamente memoria de misas á bienes profanos con carga de estar, por el tiempo que duran las líneas que tienen dispuesto so-

lamente sin preogativo; y concluidas estas líneas burlean los bienes de su fondo para que se repartan nuestros dichos sobrinos en la forma preconcertada, expresamente. Que si en alguna de las cosas de esta Capellanía se mandan celebrar las misas con Sacerdotes pobres hasta que sea provisto de Capellan, abocándole su justo estipendio. Que para el nombramiento de esta capellanía se nombren los impositores por primer patron Da. Isabel, por segundo D. Vicente y por último Da. Jerón. Seixas con facultad de nombrar quien lo subseda en el patronado, de los individuos de la familia, para que culde el cumplimiento de los Capellanes con celebrar las misas y también de constituir los bienes de su dotación á fin de que se verifique la intención piadosa de los fundadores. Con estas calidades clausulas, llamamiento, bienes y reserva, fundan é instrieyen la enunciada Capellanía, facid o memoria de misas, nombrando por Capellan á coro D. Manuel Jose Giles á quien confieren amplio poder y facultad para que pida y tome ante la justicia cibil en cualesquiera copia autorizada de esta fundación ó en su finda á su advitrio, y leida hoy perciba sus rentas, culde de sus bienes, y cumpla sus cargas y todo lo dispuesto y ordenado en esta fundación sin faltar en cosa alguna concediendo la misma facultad á los patronos y Capellanes sucesores. Y leida hoy en adelante hasta la designada duración de este fondo, decise, quitan y apartan á todos los que pueden á sus bienes prender derecho, de las acciones reales, personales, utiles misas directas y ejecutivas, y las sedes, renuncias y traspanos intercalados en la enunciada Capellanía, por el tiempo y con las calidades designadas, debiendo volver á los bienes de los otorgantes, prociamente con la muerte del último Capellan, pues quieren que sea como propiedad de este para que no se cobiera en eclesiastica que su voluntad es prohibido expresamente y conceden facultad á los patronos para que respectivamente y á su tiempo tomen la posesión que les compete y poseyquen todo demás sin alterar esta fundación ni faltar en cosa alguna, para todo lo cual y demás anexo y dependiente que ocurra, la formalizan con todas las estuviidades necesarias que se requirieran; y ha habido por firma y no rebocarla, se obligan, el que puede con su persona y ambos con sus bienes en general, dando el competente á las justicias de la Puvia para que las ejecuten, compelan á apremien por todo rigor legal como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida que por tal reciban, renunciando las leyes, fueros y derechos que les favorezcan. En su testimonio y previniendo que si alguna parte de la finda q. comienza esta fundación saliera fallida no quedan obligados á la evicción, y en cuyo caso minorar á la carga á proposición pidiendole el capellan al Just competente, así lo otorgan y firman siendo testigos Don Pedro C. Oros y Don Juan Luis Riveros de que doi fe. Entremengones: en-como igualmente otorgan-celebras-Vale-enmendado: y sitio-lo-de-conceden-pero-sin-los-otorgantes-lo-decided-se-siguitran-parte-saliese-fallado-todo vale-entremengones: Seixas-vale-enmendado-por-iguales partes, vale-entremengones: muertos dichos sobrinos: vale. Vicente Daniel Seixas. Isabel Seixas. testigo Pedro Cele-

cino Oco-Terrige: Juan Luis Ribero —Ante mí Eugenio Robledo— Escribano Público y de Consulado Sustituto.

CONCUERDA con su original que pasó ante mí y obra en Registro de D. Jacinto Lantini, hoy á mi cargo, en fe de ello la presente copia q. autorizo signo y firmo en la fecha de otorgan.

Dnos. de cop.^a testim.^o signo

nota y papel de n.^o catorce

Eugenio Robledo

Escribo. pub.^o y de Consul-Sustituto

F.^o 217.

CHANCELACION.

Don Felipe Llavallol, por Ana Isabel Seichas

En la Ciudad de Buenos Aires, a 13 de marzo de mil ochocientos sesenta y nueve, ante mí, el presente Escribano Público de ella y testigos al final firmados, compareció don Felipe Llavallol en representación de Doña ISABEL SEICHAS según poder que con facultad especial para este acto otorgó en favor del Presbítero don Manuel José Giles en la ciudad y provincia de San Juan, en 29 de noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho, autorizado por el Escribano don Javier Baca, ante el mismo que el señor Giles lo ratificó a favor del compareciente, según instrumento de dieciocho de febrero del corriente, cuyas dos piezas legalizadas quedan agregadas por cabeza de la escritura de venta que ensuégida y en esta propia fecha otorgó el exposante en favor de don Emilio Martínez de Hoz, de todo lo que doy fe, como del conocimiento del compareciente de este vicindario y comercio, persona hábil para este acto y dijo: Que Don Vicente Daniel Seichas compoó a Doña Josefa Nazari y Azúm y otros, una finca ubicada en esta ciudad, calle de Maipú número setenta y nueve, según escritura de once de mayo de mil ochocientos veintidos, pasada ante el Escribano don Francisco Castellote, en este Registro, de que doy fe. Que posteriormente, don Vicente Daniel y Da. Isabel Seichas, legítimos hermanos de mancomún et insolidum, fundaron una capellanía de misas por cuatro mil pesos plata, sobre la finca de propiedad de ambos, calle Maipú n.^o setenta y nueve, la que serviría de título de órdenes para su sobrino don Manuel José Giles y Seichas, según instrumento consta de la escritura de fundación formalizada en diecinueve de junio de mil ochocientos cuarenta y siete, ante el Escribano de San Juan, don Eugenio Robledo, que en testimonio he tenido a la vista, doy fe. Que como se ve en esta escritura, reconoce don Vicente Daniel Seichas que la finca de la calle Maipú era de la exclusiva propiedad de él y de su hermana Da. Isabel, pero habiendo

falleció aquel en San Juan ab-intestato, soltero sin sucesión, lo heredó su representada Do. Isabel, lo que ha acreditado por la partida de defunción y expediente de información allí levantada, la que el Sr. Llavallol se reserva para agregarla como documentación a la venta a otorgarse al señor Martínez de Hoz.

Que como en el poder que ejerce por suscripción, se ve que uno de los objetos que lo motivan es proceder a cancelar la fundación o censo para extinguir el poder enagenar la finca que lo reconocía libre de gravamen, el exponente en uso de las facultades que inviste, otorga y declara: que revoca, anula y da por de ningún valor ni efecto la fundación y erección de tal capellanía o censo que declara extinguido sin valor ni efecto desde ahora y para siempre y también da por cancelada la parte del reconocimiento e hipoteca que gravaba sobre la finca calle de Maipú para que no valga en juicio ni fuera de él de lo que se pondrá las notas respectivas donde correspondiera para constancia. En su testimonio y leída que le fué la presente en cuyo contenido se ratificó así lo otorgó y firmó siendo testigos presentes a don Bartolomé Martín, don Bernabé Navarro y don Julián Caro, vecinos de que doy fé. Esta escritura sigue inmediatamente a la de venta otorgada en este día por don Pedro Nolasco Decoud a don Miguel Antonio Muñoz y otro, al folio descien-
tos quince vuelto.

Felipe Llavallol. Tgo. Bartolomé Martín. Tgo. Julián Caro. Tgo. Bernabé Navarro. A nos mñ. José Victoriano Cabral. Hay un signo.

Es copia de su matriz corriente al f. 217 del Registro nº 1 de esta ciudad, protocolo del año 1869.

UNIVERSITARIAS

CURSO DE ESPECIALIZACION EN CIENCIAS PENALES

**Del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.**

A medida que las especializaciones, dentro de cada carrera o profesión, se hacen más necesarias, las Facultades de Derecho organizan en sus aulas o institutos cursos especializados en Derecho comercial, civil, administrativo, político y penal.

Por ser nuestra disciplina la que más precisa de conocimientos heterogéneos —ya que malamente se puede enjuiciar o defender al hombre que ha transgredido las normas sin conocer su personalidad y el influjo que ejerce en su conducta el mundo en torno—, los Institutos de especialización o perfeccionamiento en ciencias penales existen desde antiguo en muchas Universidades europeas. Recordemos el "Certificat" de París, que hoy subsiste en su forma modernizada; la *Scuola de Perfeccionamento* que dirigió Ferri en Italia y que hoy preside Giuseppe Leone; y otros más recientes como el de la Universidad Libre de Bruselas.

En España, tras la "Escuela de Criminología" que creó Salillas a principios de siglo, se fundó el "Instituto de Estudios penales" que creó la República en 1931. De este mismo tipo son los que existen en la Universidad de La Plata y en la de Buenos Aires, al que ahora nos vamos a referir.

Desde el año 1962 ha venido funcionando en la citada Facultad bonaerense el "Curso de Especialización en Ciencias penales", que ahora toma carácter oficial por la resolución N° 8491/65, fechada en Buenos Aires el 22 de junio de 1965, aprobada por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que se refiere a todos los cursos de especialización para graduados que organizan los respectivos Institutos de la Facultad.

De acuerdo con esta resolución hemos redactado el reglamento que sigue:

REGLAMENTO DEL CURSO DE ESPECIALIZACION EN CIENCIAS PENALES

Artículo 1° — Se crea, dependiente del Instituto de Derecho Penal y Criminología, el Curso de Especialización en Ciencias Penales.

Art. 3° — El expresado Curso de Especialización durará dos años y dará comienzo el 1° de abril hasta el 15 de noviembre.

Las clases serán semanales, de sesenta a setenta y cinco minutos, tanto de explicación del Profesor como de interrogatorio de los inscriptos como alumnos.

En el primer año se explicarán: Derecho penal —parte general—; Psicopatología y Psiquiatría forense, Medicina legal y Derecho penal de los menores.

En el segundo año se cursará durante los ocho meses; Derecho penal —parte especial— y Derecho de Ejecución de penas. En el primer cuatrimestre: Introducción a la Criminología, y en el segundo cuatrimestre: Introducción a la Sociología criminal.

Art. 5° — Las cátedras serán desempeñadas, respectivamente, por los Profesores Luis Jiménez de Asúa, Emilio F. P. Boaret, Mario H. Pena, Francisco L. Laplaza, Guillermo Ovalla y Manuel de Rivacoba.

Art. 4° — Podrán inscribirse en estos Cursos los egresados de las carreras de Abogacía y Medicina, y los Licenciados en Psicología y Sociología, de las Universidades Nacionales y Extranjeras.

Art. 5° — Los inscriptos tienen obligación de asistir a todos los cursos anunciados; los que dejen de concurrir a cualquiera de ellos más de seis veces, en conjunto, serán eliminados de la lista de alumnos.

Art. 6° — Pueden inscribirse como oyentes los alumnos de esta Facultad que hayan hecho los dos cursos de Derecho penal de la carrera de Abogacía.

Art. 7° — Al finalizar cada año, los inscriptos deberán presentarse a un examen general oral, ante un Tribunal compuesto por el Director del Instituto y todos los Profesores que hayan explicado las materias de ese curso. En caso de ausencia de alguno de ellos se dejará constancia en el acta de examen que se elevará al Decano de la Facultad. En el momento de la prueba deberán estar presentes la mitad más uno de los Profesores del Curso.

Art. 8° — Luego de cumplir con sus estudios y pruebas, los inscriptos dispondrán de un plazo de seis meses para presentar una memoria por escrito sobre un tema que elijan de acuerdo con el Director. El tema así escogido será trabajado con el Profesor de la materia a que la cuestión perteneciera, que figurará como "padrino de tesis".

Art. 9° — La Memoria será calificada por un Tribunal compuesto por el Director del Instituto y dos Profesores más, designados por aquél, uno de los cuales ha de ser el "padrino de tesis".

Art. 10° — Terminados los estudios y las pruebas, y aprobada la Memoria, el egresado de estos Cursos recibirá el "Título de Especialista en Cien-

cias penales" expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Creemos que estos Cursos son de superlativa trascendencia no sólo para la formación de profesionales especializados sino para la de buenos administradores de la justicia y científicos de nuestra disciplina.

Aspiramos a que nuestro "Curso de Especialización en Ciencias penales" sea mucho más que un mero Centro que expida un certificado o diploma para hacerlo valer como antecedente en un concurso público o privado. Esperamos que los abogados que deseen consagrarse al noble menester de criminalistas, los fiscales que, en nombre de la sociedad, sostengan el imperio de la ley contra sus transgresores, y sobre todo, los jueces que dicen fallos, puedan desempeñarse en su cometido con la mayor suma de conocimientos.

Muchas de las disciplinas que aquí enseñamos no circunscriben su ámbito al comprendido entre las fronteras argentinas: la Psicopatología y Psiquiatría Forense, la Medicina legal, el tratamiento de menores, la Criminología y la Sociología, no se limitan a un país concreto. Podrá estudiarse el psicótico, el psicópata y el delincuente argentino; pero los métodos para la investigación son los mismos aquí que en Brasil, Colombia, Chile, México, Perú o Venezuela. Incluso la construcción dogmática con que se trabaja el Derecho penal, supone un método y un sistema que, bien aprendido, servirá a nuestros agremiados para reconstruir científicamente el ordenamiento jurídico-penal de Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, El Salvador o el Uruguay, e incluso de cualquiera de los países de Europa. Es decir, que vueltos a sus lares, con el título expedido por nuestra Facultad, se hallarán capacitados para realizar en sus respectivas naciones los trabajos que han aprendido en Buenos Aires.

Justo a estos Cursos de Especialización penal y criminológica podría, si así lo desean, investigar en nuestro Instituto que hace tiempo que superó su menester escuermamente docente para lograr el de Centro de Investigación en Derecho penal y en Criminología.

Estamos ciertos de que los graduados de las Universidades Iberoamericanas que hoy obtienen becas de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), para estudiar ciencias penales y criminológicas en otras partes del hemisferio, acabarán perfiriendo nuestras aulas, en que se explica Derecho codificado y se habla la lengua más difundida en este Nuevo Continente.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Instituto de Derecho Penal y Criminología. — Noviembre de 1965.

LIBROS Y REVISTAS

MASSETTA, HÉCTOR. *Las nuevas Fronteras del contrato*. Publicaciones de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

Comienza el prólogo de esta publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, señalando una verdad: el tema abordado es uno de los más apasionados de la literatura jurídica moderna.

El autor encara en el Capítulo I el concepto contemporáneo del contrato.

Señala el ritmo de la velocidad como una nota típica del mundo de hoy: los últimos diez años han traído consigo una ola de tan vertiginosos cambios que esto ha ejercido profunda influencia en todas las esferas.

En el campo del derecho se está en presencia de un orden jurídico nuevo esencialmente económico y fiscal como dice Jheronim, que ha llevado a pensar en una decadencia del derecho.

El autor rebate esta posición pesimista de Ripert. No existe dicha crisis. Hay, en cambio, una mutación de principios, un nacimiento de principios jurídicos nuevos, "producto de un nuevo ciclo de cultura en el cual la actividad del hombre se orienta en la búsqueda del perfeccionamiento por la repetición y la unificación".

Ante esta situación, el jurista debe observar, a juicio de Massetta, dos datos: Las conquistas técnicas y la conciencia de la deshumanización que obliga a ponerse al lado del débil.

Desempeña el Capítulo II: "Contratos; categoría histórica".

El contrato constituyó en el siglo XIX o constituirá todo género de relaciones jurídicas: el origen del estado, las relaciones internacionales, el matrimonio, la constitución de los derechos reales.

En esta etapa el contrato libre y la propiedad privada cobran su mayor esplendor. Recordemos el artículo 1197 del Código Civil que consagra el principio de la autonomía de la voluntad; el 621, en cuanto acepta los intereses estipulados sin límite; el 2313 que establece el carácter perpetuo y absoluto de la propiedad privada; la supresión de la lesión enorme y del prodigo.

Con el advenimiento del siglo XX empieza un segundo período. La igualdad jurídica de los contratantes comienza a ceder por la imposición de la voluntad del más fuerte. Las partes no discuten las cláusulas. Se presenta un proyecto de convención al público y cualquiera puede tomarlo, pero sólo eso, o dejarlo.

"Los nuevos contratos devienen colectivos, estatutarios, internacionales y, sobre todo, científicos".

Como dice Jheronim el contrato se hace menos individual.

En el Capítulo III el autor estudia las nuevas manifestaciones. Enumera así el contrato colectivo, el de adhesión, la tarifa, las llamadas "relaciones contractuales ficticias", el contrato

abierto y los contratos normativos que a su vez comprenden: los preliminares, los de coordinación y los normativos propiamente dichos.

Desemina al Capítulo IV "La técnica de la sustitución".

Estudia en él dos tipos de contratación que responden al nuevo cuadro de ideas: 1) El contrato normado, que es aquel cuyo contenido está sujeto a reglamentación legal, pero que existe libertad respecto a su conclusión. Ejemplo: el contrato de trabajo que concluyen patronos y obreros, pero los derechos y deberes los fija la ley.

2) Contrato necesario, es que no es el contenido sino la formación del acto que viene impuesta heterónomamente. La celebración misma del contrato es obligatoria. Reconoce tres casos de obligación jurídica de contratar: A) La de los concesionarios de servicios públicos; B) Las de algunos profesionales en determinadas condiciones; C) Las que surgen en períodos excepcionales de la vida del Estado o en razón de la dirección estatal de la economía.

En el Capítulo V analiza los diversos tipos patológicos, como ser el contrato ilícito que comprende el ilegal y el prohibido; el contrato inhumano que es el contrario a las buenas costumbres, cuyo ejemplo más frecuente es el llamado "contrato usurario". De aceptarse la tesis, se incluirían los "contratos lesionados", desde se halla en juego la idea moral de que es prohibido enriquecerse en perjuicio de otro.

Por último, menciona el contrato fraudulento.

Como conclusión Mazzotta reconoce que el progreso exige nuevas formas, pero ellas deben superar a las esquemas anteriores. Señala que esas formas modernas han provocado cierta desorganización del contrato que afecta la confianza y la seguridad jurídica. El deudor ya no permanece fiel a sus compromisos. Los viola con más facilidad.

Termina su trabajo transcribiendo una frase del ilustre decano de la Facultad de Lyon. "Organización y socialización del contrato, al. Desorganización y anarquía contractual, no".

A través de este breve estudio, el autor encara un tema trascendental en el derecho contemporáneo. Es cierto. El contrato ha experimentado profundas transformaciones, acomodándose a los nuevos factores de la vida moderna. El artículo 1197 que en su momento fue uno de los ejes en torno al cual giró el código, ha pasado a ser un artículo más.

Pero, y en esto estoy de acuerdo con Mazzotta, aunque con ello tenga que discrepar con el insigne maestro Ripert, creo que el derecho no está en crisis.

El mundo avanza a pasos agigantados y el contrato lo acompaña como una pieza más de su complicado engranaje.

Rogelio Alcide Arends

ESCOBIO, FÉLIX R. *Abogacía (Notas Forenses)*. Ed. Abeledo-Perrot, año 1960.

Aunque ordinariamente los comentarios bibliográficos de toda revista jurídica tienen como finalidad llevar al conocimiento de los lectores las últimas novedades editadas en la materia, en esta oportunidad vamos a apartarnos de esta práctica tradicional.

Lo hacemos teniendo en cuenta la finalidad característica de esta revista, LECCIONES Y ENSAYOS, que fuera oficialmente fundada por el Director de Publicaciones de la Facultad, Dr. Wisnisky, en el momento de la aparición de su primer número en 1956. LECCIONES Y ENSAYOS se propone fundamentalmente brindar una oportunidad para que los alumnos estudiosos del derecho expongan desde sus páginas los resultados de sus investigaciones y comiencen a ejercitarse en la tarea científica de esta disciplina. Y he aquí que "Abogacía" del Dr. Escobio, proporciona un ejemplo acabado de cómo se debe cultivar la disciplina del derecho: observar con agudeza, pensar con claridad y razonar con estrictez, en campos tan propicios para la divulgación de la mente.

Y así como LECCIONES Y ENSAYOS, destinada principalmente a los alumnos que cursan sus estudios de derecho, es muy utilizada por los recién egresados, así también esta obra que ha llegado a nuestras manos, es dedicada especialmente por su prestigioso autor, a los alumnos de los últimos años de la carrera de abogacía y "a los jóvenes abogados que comienzan a ejercer".

Pero las páginas de la obra del Dr. Escobio, leídas con detenimiento, no sólo contribuyen a la formación del hábito del análisis científico de los pro-

blemas jurídicos que la realidad presenta, sino que van mostrando las cualidades esenciales que debe reunir todo escrito forense.

Por esos motivos, a pesar de que su publicación ha sido hecha algún tiempo atrás, nos parece de utilidad suma y permanente comentar este libro.

Luego de un prólogo en que el Dr. Escobio enuncia una serie de principios de ética forense de alto valor moral y da consejos sobre el pensar jurídico y el estilo en los escritos judiciales, nos encontramos con el material del libro, agrupado en tres secciones: "Notas Breves", "Pequeños Estudios" y "Escritos Judiciales".

No pudiendo referirnos en su totalidad a los múltiples trabajos incluidos en cada una de las partes de la obra, rescatamos sólo uno de ellos, en la seguridad de que bastará para mostrar al lector el rigorismo de los argumentos desarrollados a la vez que la precisión conceptual.

En "Pequeños Estudios", se aboca al análisis de "La Concurrencia de Culpas y el Monto de la Indemnización". Sentiose un criterio adverso al de la doctrina adoptada por no pocos tribunales en sus fallos, según la cual el monto de la indemnización del daño causado por un hecho ilícito, mediante culpas concurrentes del damnificado y del damnificado, debe graduarse en proporción a la culpa de cada uno.

El autor desarrolla la tesis de la integralidad de la indemnización, por considerar que es esta la única acorde con el principio de la responsabilidad tal como se manifiesta en los textos del

Código Civil, arts. 1109 y 1111, y porque es la que está más de acuerdo con las tendencias jurídicas modernas que procuran la reparación total mirando más hacia la víctima que hacia el autor del daño.

Considera el autor que no es jurídico apreciar en menos el daño en virtud de la circunstancia de que exista culpa concurrente. La culpa de uno u otro hace la imputabilidad; de modo alguno puede determinar que el daño sea más grave o menos grave, o que la indemnización sea total o parcial.

En rigor de derecho, la palabra indemnizar debe ser tomada en su sentido etimológico: hacer indemne, reparar la totalidad del daño. La indemnización se refiere al daño, no a la culpa.

Señala el autor, que debe rechazarse toda relación de magnitud entre la culpa y el daño: la culpa puede ser leve y el daño grave; la culpa puede ser grave y el daño leve. Tampoco debe admitirse la expresión "porcentaje de culpa", porque con ella se entremezclan expresiones incoherentes: la culpa es resultante de factores psíquicos, no puede por ende ser apreciada en términos matemáticos.

La culpa del damnificado interesa para establecer si éste es responsable o no del daño causado. El juez debe contemplar los hechos y las circunstancias del caso. Si encuentra que el damnificado es culpable en grado tal que lo haga responsable, debe condenarlo a indemnizar la totalidad del daño causado por él.

La actitud del damnificado, en cambio sea o no culpable, sólo interesa en cuanto puede ser motivo para disminuir

o determinar la responsabilidad del damnificado y también en cuanto haya podido causar el daño o parte de él. Es decir, que la actitud culpable del damnificado sólo puede contribuir a determinar la responsabilidad o irresponsabilidad del damnificado, como una de las circunstancias concurrentes, pero no a extender o disminuir el monto de la indemnización.

Podemos resumir el pensamiento básico del autor, del cual se extraen las conclusiones enunciadas, en la forma siguiente: La indemnización se refiere al daño y no a la culpa, y la culpa hace exclusivamente a la imputabilidad y no a la indemnización.

Los trabajos contenidos en cada una de las tres secciones de la obra, fuere elaborados por el autor a lo largo de su vida profesional; es dable advertir que algunas tesis sostenidas y desarrolladas por el mismo, han llegado a adquirir vigencia positiva en la actualidad a través de nuevas leyes, o interpretaciones doctrinarias o judiciales. Citaremos a guisa de ejemplo: su nota, sobre "Familia Legítima y derechos naturales" cuya tesis aparece desarrollada en estudios doctrinarios posteriores y consagrada en la ley Nº 14.367; su estudio sobre el "Abuso de Derechos"; su análisis sobre el Boleto de Compraventa, como perfecto contrato de compraventa y no como simple precontrato o promesa de venta; su trabajo sobre "Concurrencia de Culpas y Monto de la Indemnización"; su estudio sobre la posibilidad de que los jueces se aparten de la ley.

Bajo el acápite Escritos Judiciales, hallamos transcritas argumentaciones expuestas por el autor, como abogado, en defensas y patrocinios, ante los es-

trafos judiciales. La fuerza de las mismas, emana con evidencia, del dominio absoluto de los grandes principios del derecho y de mantener al mismo tiempo abierta y alerta la mirada a las nuevas valoraciones jurídicas y a las nuevas instituciones jurídicas que se van creando para satisfacer las necesidades de la realidad.

El estilo bello y sobrio a la vez, no ofrece más palabras que conceptos, y el "todo es cuestión de dominio y memoria" que aconseja en el prólogo, aparece bien ejemplificado en cada párrafo de sus escritos.

Señalaremos, finalmente, que a diferencia de los libros denominados prác-

ticos del derecho que nos ofrecen formularios y escritos para ensayar la forma de los mismos, la originalidad de "Abogacía" reside en que brinda a los lectores argumentos esgrimidos con el más fino estilo jurídico en escritos elaborados por el autor a lo largo de su muy fecunda vida profesional.

Non parece adecuado insistir en un aspecto que consideramos fundamental: el libro del Dr. Escobio invita a la meditación porque plantea un sinnúmero de casos tomados de la realidad que las mentes jóvenes con auténtica vocación jurídica encuentran fecundos en ideas y sugerencias.

MARÍA AMELIA OLIVERA DE BREVES

COLOMBO, CARLOS J. *Código de Procedimientos comentado*. Abelardo Perrot, 1965.

El trabajo del Dr. Colombo presenta varias particularidades que lo destacan de otros similares y le da características de gran interés y utilidad.

El esquema de desarrollo se hace siguiendo el orden del código de procedimientos interpolando las reformas existentes hasta la fecha.

Cada capítulo es precedido por un texto previo donde examina la doctrina, la historia y el concepto jurídico de la institución que analizará. Este análisis se efectúa desde dos planos diferentes, el comentario de los artículos correspondientes y las interpretaciones jurisprudenciales existentes hasta el momento actual.

Es de destacar la profundidad del estudio realizado que unido a la oportu-

tuna concordancia con otros textos legales y jurisprudenciales le dan verdadera practicidad e interés.

Su redacción es precisa, cuidada la sintaxis y amena la lectura, casi podríamos decir que es un texto sin desperdicios, que nos recuerda obras de maestros con mentalidad germánica o sajona, por la precisión y seriedad de los conceptos.

Considero a esta obra de real utilidad, y casi podría afirmar que será un libro existente en la biblioteca de todo abogado; en particular, todo aquel que inicie sus primeras armas en la práctica jurídica, encontrará en él, un verdadero "amigo" a quien consultar.

PEDRO PEREYRA CERNADAS

Con singular franqueza, y señalando sin ambages los que a su juicio son errores o aciertos de la nueva legislación comercial argentina, da a conocer su opinión el Dr. Héctor Cámara, autor nacional, en una de las publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Reseña rápidamente las tentativas de revisión del Código Mercantil, que como buena muestra de sobriedad y precisión acaba de cumplir un siglo de vigencia, para concluir señalando que las que considera principales reformas introducidas como fruto del asesoramiento de la Comisión constituida en 1963, fueron:

- a) Nuevo estatuto del cheque; por decreto 4776, del 12 de junio de 1963.
- b) Revisión de normas sobre contabilidad mercantil, pacto comisorio y contrato mutuo, por decreto 4777 de igual fecha que el anterior.
- c) Reglamentación de la letra de cambio, vale y pagaré; por decreto 3965, del 19 de julio del mismo año.
- ch) Incorporación a nuestro derecho de la factura conformada, como nuevo título de crédito; por decreto 6601 del 7 de agosto de 1963.

Destaca que cuando aparecieron esos decretos-leyes reconoció el adelanto que importaban para nuestra legislación. Y, para los escrúpulos constitucionalistas señala que formuló algunos reparos de no escasa importancia en cuanto a su constitucionalidad, oportunidad, "modus operandi", etc.; aunque renglones después llega a afirmar que dicha observación referente a la facultad de los

gobiernos de facto para modificar los códigos de fondo ha sido superada por la posterior ratificación que el Congreso Nacional prestó a todos los decretos-leyes dictados desde el 29 de marzo de 1963 al 13 de octubre de 1963 (ley 16.478).

I. — Refiriéndose en especial al régimen contable, manifiesta compartir algunos aspectos de la revisión, tales como la supresión del coplador de cartas, reducción del plazo de conservación de los libros de comercio, etc.; pero censura otros: tales el carácter meramente perceptivo y académico del nuevo art. 43; y la eventual peligrosidad del requisito de llevar el registro contable de la empresa conforme a algo tan incierto como la "importancia y naturaleza" de la misma.

En general, sin embargo, aplaude estas reformas, en mérito al anacronismo de las anteriores disposiciones del Código.

II. — Con algunas observaciones referentes a la técnica legislativa, comparte la solución del nuevo art. 216 del Cód. Com. que beneficiará innegablemente la actividad económica, al autorizar la resolución extrajudicial de los contratos comerciales aún en el caso de no estipularse el pacto comisorio.

III. — También cuenta con su apoyo, debido a su tinte objetivo y sólida base moral, la novedad introducida en el art. 565 referida al interés que corresponde cobrar al deudor perseguido judicialmente y que llegue sin pacto valeroso. No obstante que puede objetarse si corresponde a un código de fondo y a su esencia que el aditamento resultará letra muerta en la práctica.

FE DE ERRATAS

(Correspondiente a LECCIONES Y ENAYOS Nros. 20)

Página 60:

Línea 1ª: Donde dice "autorresolvió"

debe decir "Autioresolvió".

Línea 12ª: Donde dice "(Bridges)"

debe decir "(Bunge)".

A continuación de: "...es la causa del fenómeno". Corresponde...
"Elementos de la situación "X"



Elementos de la situación "y"



(Elementos C produce Z)

P de la diferencia: la única circunstancia en que se diferencia un ejemplo es el que el fenómeno está presente y otro es el que no lo está, es la causa.

"Elementos de la situación "X"



Elementos de la situación "y"



(Elementos C produce Z)

P de las variaciones concomitantes: si un fenómeno varía de algún modo al otro fenómeno varía de algún otro modo particular, hay causalidad.

P de los residuos: si de un fenómeno se muestra una parte que se afecta de otro fenómeno, el residuo del primero será afecto del residuo del segundo.

"a"

efecto de

"b"



"c"

efecto de

"d"

Página 61:

Donde dice: "conceptuados, variables, etc..."

debe decir "conceptos, variables, etc..."

Página 64:

Línea 1ª: A continuación de: "... se formularía luego las hipótesis", continúa "...del caso y se comprobará. Finalmente, al responder a la realidad".

Página 61:

En el gráfico del pie de página donde dice

"13 o/s" debe decir "15 o/s" y

"11 o/s" debe decir "17 o/s"

MARCO VÍCTOR DURRUTY - Impresor

Rivadavia 1159 - Buenos Aires

Mayo de 1966

Dirigida y Administración: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES
REPÚBLICA ARGENTINA

Precio del ejemplar \$ 70.—