

lecciones Y ENSAYOS

39

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1969

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

Resalta la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde administran su escribir jurídico, desde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Egresados, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y ocupaciones de nuestra ciudadanía, a su vez, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mero estudio y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

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 esa entrega a los estudiantes la objetiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abarcándoles el temático esfuerzo de cubrir gastos.

LECCIONES Y ENAYOS en manos de los alumnos —entiéndase 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 WISNET
(LECCIONES Y ENAYOS, N° 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

DR. ROBERTO DURRUEU

Decano Sustituto

DR. GERARDO PEÑA GUZMÁN

Secretario Técnico

DR. ALBERTO RODRIGUEZ VARELA

Secretario Administrativo

SR. JOSÉ B. ARANA

Secretario de Asuntos Estudiantiles

ABOC. LUIS CARLOS LONGGARDI

LECCIONES Y ENSAYOS

1969

Nº 39

INDICE

In Memoriam	5
Palabras pronunciadas por el Doctor Guillermo Allende en el sepelio del Doctor Julio Dassen	5

ESTUDIOS

ESTHER BERASATEGUI: Nociones sobre Colación	9
MARTIN D. FARRELL: Lagunas del Derecho	25
LILIA GERMANO: La responsabilidad por siniestros nucleares. Seguro Atómico	29
OSVALDO V. ROCHA: Ante una posible reforma de la ley minera	43

ENSAYOS

OSCAR NORBERTO BARBESI: La remuneración como factor de costo en el precio. Los aspectos desde el punto de vista del trabajador, del consumidor, de las incidencias de la política fiscal	63
EDGARDO RAUL CATTERBERG Y MARIO ERNESTO ABLIN: Predecibilidad de la decisión judicial	79
LEANDRO O. DESPOUY: Homicidio Preterintencional ...	85
MARINO DOLCE: Origen y evolución del conocimiento marítimo	91
ROGELIO N. MACIEL: El transporte en el Mercado Común Latinoamericano	113
ALEJANDRO SAJÓN: Aspectos sobre la reforma de la ley 17.711 y el boleto de compra-venta de inmuebles en la quiebra del vendedor	139
ALEJANDRO JUAN USLENGHI: El abordaje aéreo en el nuevo código aeronáutico	151

TEXTOS

ISOLACIO N. CASTRO DASSEN Y CARLOS A. GONZALEZ SANCHEZ: Código de Lipit-linar	163
Conferencia europea sobre el individuo y el estado	177

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: RODOLFO CARLOS FRANCONI, ERNESTO GRUN, CARLOS LUIS GIMENEZ y FERMIN PEDRO UBERTONE	189
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Dr. José M. López-Oñativogui

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Director: Luis Angel Moretti

Subdirectora: María Rosa Bachiller

Secretaría de Redacción: María del Rosario Schiavoni

Secretarios Adjuntos: Mario Jorge Orts

Carlos Luis Giménez

Redactores: María Luisa Pintos Prat,

Yolanda Noemí Pérez Buscar,

María Cristina Valente

IN MEMORIAM

Con Julio Dassen desaparece un maestro del Derecho Civil. Ninguno de los miembros de este Consejo tuvo la satisfacción de ser alumno suyo. Pero eso no importa; a través de sus libros lo conocimos y comprendimos lo que significó para la ciencia jurídica argentina. **NON OMNIS MORIAR.**

*Palabras pronunciadas por el Dr. Guillermo Allende
en el sepelio del Dr. Julio Dassen:*

"No actuó en política el doctor Dassen, no tenía vocación, pero tenía una alta vocación ciudadana con una idea firme y un altísimo concepto de la libertad. Pero a pesar de tal posición ciudadana, tan clara y precisa, no hacía diferencia entre los hombres por las ideas, sino que valoraba al ser humano en sí, sin importarle su posición política ni social; de ahí que tenía amistades en los más distintos credos políticos, sociales y religiosos. Esta es una virtud grande siempre, pero en los tiempos que corren cultivarla es necesaria, imprescindible para nuestro país. Claro que lo es también en el concierto universal.

La vida del doctor Dassen tenía un sello inconfundible tripartito: su hogar, su estudio de abogado, su Facultad. Se dio por entero a ellos, creo que no conoció un bar, creo que no conoció un lugar de diversiones por inocente que fuera; no tenía tiempo, su tiempo se le iba entero entre su esposa, sus hijos y parientes, allegados, clases, libros. Eso sí, de vez en cuando tomando un cafecito, le gustaba una tertulia en la sala de profesores; y no siempre con profesores; a veces con alumnos; otras, bastantes veces, con distinto personal de la Facultad, sin importarle si conversaba con el mismo. ¿Quéñé él conversaba? Él se bñna que bñna detenerse a conversar, aunque fuera unas palabras, con el doctor Dassen.

La obra universitaria es de la más alta estirpe científica y de una claridad conceptual sólo comparable a la de los más preclaros juristas de Francia. Profesor titular de Derechos Reales,

rebasaban sus libros y escritos la especialidad: *El nombre de las personas; La posesión; Las acciones; El alcance de la acción reivindicatoria; El abuso del derecho; La hipoteca*, y sus *Estudios de derecho privado y procesal civil*; alcanzan, entre muchas otras, una altura jurídica no superada por la ciencia jurídica de nuestro país.

Doctor Dassan: la Facultad de Derecho, y sobre todo algunas de sus aulas, las habituales de clase, las de examen y la sala de profesores lo recordarán siempre por su ciencia, por su sencillez y por la alta alcurnia de hombre de bien.

ESTUDIOS

NOCIONES SOBRE COLACION

ESTHER BERASATEGUI

Profesora Adjunta (I.) de Derecho Civil V

CONCEPTO

La "vocación imperativa" —según dice Rébora— implica la igualdad de condiciones entre los herederos que son llamados a la sucesión, aparte de las diferencias que nazcan de disposiciones testamentarias que no excedan de la porción disponible.

Acertadamente se ha definido a la colación en términos generales como "una operación, a cumplirse al tiempo de la partición, por ciertos herederos, llevando a la masa hereditaria determinados bienes o valores recibidos en vida del causante, en los casos en que la ley interpretando la voluntad del de cujus, no manifestada expresamente, de que éste no ha querido quebrantar el principio básico de la igualdad de los herederos en cuanto a la distribución de los bienes".

Como dice Bihiloni, en la colación hay una interpretación de silencio: el silencio del causante ha de entenderse como su intención de mantener la igualdad de los herederos.

Nuestra ley no consagra en forma absoluta el principio de igualdad a que nos referimos, puesto que admite la dispensa por parte del de cujus.

De manera que el Código Civil al disponer en su artículo 3476 que "toda donación entre vivos hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión del donante, solo importa un anticipo a su porción hereditaria", nos da, al decir de Lafaille, un criterio interpretativo acerca de los preámbulos del autor de la sucesión.

Por tanto la colación es debida entre coherederos forzosos a fin de mantener la igualdad entre sus porciones hereditarias.

Diffiere pues de la acción de reducción cuyo objeto es proteger la legítima de los herederos forzosos, quienes podrán ejercitarla cuando el causante ha realizado donaciones o dispuesto legados que afecten la legítima de esos herederos.

Puesto que la disposición legal se refiere a la concurrencia a la sucesión legítima, están excluidos los herederos testamentarios, salvo que el testador hubiera instituido a sus sucesores en el mismo orden que prevé la ley para la sucesión ab-intestato.

Son colacionables las donaciones entre vivos; la colación no comprende las liberalidades hechas por causa de muerte, los legados, que no tienen porqué ser restituidos, aunque en su caso puedan ser objeto de reducción.

La calidad de heredero forzoso debe existir al tiempo del fallecimiento del autor de la sucesión, aunque no se tuviera al tiempo de la donación.

La colación nació en el Derecho Romano, gracias a la creación del pretor que concedió la herencia a través de la bonorum possessio unde liberi y contra tábulas (sucesión testamentaria) tanto a los hijos bajo potestad como a los emancipados y a los parientes de sangre dentro del primer rango de la sucesión ab-intestato.

Por la collatio bonorum se debía traer a la masa lo que se hubiere percibido desde la emancipación; la collatio dotis era aplicable a las hijas dotadas, incluso las que hubieran quedado bajo patria potestad y se debía tanto en la sucesión ab-intestato como en la testamentaria.

LOS SISTEMAS PARA EFECTUAR LA COLACIÓN

Se conocen dos sistemas clásicos para efectuar la colación: la colación real o material, en cuyo caso se reintegran a la masa los bienes "en natura" y la colación ficticia en el que sólo se reintegran valores. El Código Civil Francés adoptó el primer sistema, si bien por reforma posterior (1838) se aplicó el de la colación ficticia.

Vélez se apartó del antecedente francés y explica la razón de su determinación en la nota: "la donación fué un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante y los frutos de la cosa donada deben pertenecer al donatario, aún después de abierta la sucesión".

El Codificador siguió entonces a García Goyena con lo que redactó el artículo 3477 en estos términos: "los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto".

No existía disposición alguna en cuanto al momento que debía considerarse a fin de establecer el valor a colacionar, entendiéndose entonces que el artículo 3602 sentaba un principio y

asi se tomó en cuenta a los efectos de la colación el valor que tenía el bien en el momento de efectuarse la donación.

Para atemperar el rigor de este criterio, al que se sumaban las consecuencias del proceso inflacionario, la doctrina abogó por una interpretación que discriminaba entre la desvalorización producida en el bien por el trabajo del propietario y la que se operaba por la desvalorización de la moneda.

Como consecuencia de este distingo, que acogió la jurisprudencia, se dijo que el Codificador había querido prescindir del primer supuesto de desvalorización que arriba se señala, pero no de la desvalorización monetaria, debiendo tenerse en cuenta el valor actual que tendría el bien, solución contenida en el Código Italiano de 1942.

La Reforma de la ley 17.711 sortó definitivamente el problema al incorporar al artículo 3477 dos agregados: en el primero se establece que los valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, exista o no el bien en poder del heredero; en el segundo se faculta a los jueces a determinar un reajuste equitativo cuando se trate de créditos o sumas de dinero.

Hay que destacar la consecuencia que se deriva de que la restitución deba hacerse en valor: los herederos carecen de acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes del bien donado al heredero que debe colacionar.

Estas normas se aplican dentro de nuestro sistema tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

Otras legislaciones aplican un sistema u otro de colación según se trate de muebles o inmuebles, como lo hacen las de Perú, Brasil y Holanda: los muebles deben colacionarse siguiendo el sistema de la colación ficticia y los inmuebles se colacionan en natura tomándose el valor al tiempo de la donación.

El anteproyecto de Biliboni sigue los principios de la colación ficticia y establece la época en que debe considerarse el valor: el que tenía el bien en el momento de la liberalidad.

Los códigos suizo e italiano tienen en cuenta el valor a la apertura de la sucesión y en E.E.U.U. se considera la valuación al tiempo de la donación en la mayoría de los casos.

CARACTERES

1) La acción de colación es personal: "El derecho de exigir la colación y la obligación correlativa son de carácter personal y constituyen un crédito y una deuda en los términos del artículo 496", señala Forniétes. Explica el mismo autor que la prestación consiste en "el acto negativo de recibir menos bienes" y no en el pago de una suma de dinero. "Los franceses —dice—

llaman a esto colacionar «en moins prenants, o sea tomando de menos y es esa la única forma vigente en nuestro derecho».

Por cierto que si la cuota del obligado a colacionar no alcanza a cubrir el valor de la donación a colacionar, deberá pagar la diferencia en dinero.

2) Prescriptibilidad: la acción de colación prescribe a los diez años. La jurisprudencia decidió que, en el caso de mediar simulación, se aplica la prescripción correspondiente a la acción de colación y no la de la acción de simulación.

El término corre desde la apertura de la sucesión.

Tal es la opinión de Marcadé, quien sostiene que cualquiera sea el tiempo transcurrido entre la fecha de la donación y la de la muerte del causante "la prescripción no habría corrido un solo instante: sólo puede comenzar en el momento del fallecimiento del donante, porque en ese momento nace el derecho del heredero".

Sin embargo, en una primera época los tribunales de la Capital, siguiendo la doctrina de los autores y tribunales franceses en su generalidad, entendieron que la colación era una operación de la partición y que, mientras ésta pudiera demandarse, podría exigirse la colación.

3) La obligación de colacionar es divisible. Así lo enseña Formieles, dado que es una prestación cuyo objeto es susceptible de cumplimiento parcial y siguiendo a Aubry y Rau dice que el derecho correlativo que compete a los coherederos "existe menos hacia la sucesión que hacia los coherederos de la persona obligada".

Partiendo de esta premisa, el autor citado extrae las siguientes consecuencias:

a) Mediando representación, si renuncia uno de los representantes los restantes sólo deben colacionar en proporción a sus partes hereditarias. Puesto que la opinión de la doctrina no es totalmente pacífica sobre este aspecto, Formieles cita en su apoyo a Hue y Laurent.

b) La interrupción de la prescripción por uno de los coherederos que demandase la colación no aprovecha a los restantes.

c) El heredero puede compensar la suma que debe colacionar con el crédito que tuviera contra el causante.

Cabe señalar que en el supuesto a), la colación se efectuará de todas formas por el total del valor colacionable, puesto que la parte del renunciante acrecerá la de los demás representantes y éstos colacionan en proporción a su porción hereditaria: lo que

debe tenerse presente es que si renunciante no puede reclamarse la colación.

La colación se opera a petición de parte interesada y, por consiguiente, no procede nunca de oficio.

4) La reciprocidad es otro carácter de la colación: quien puede reclamarla debe también colacionar.

LA PRIMITIVA REDACCIÓN DEL ART. 3476 EN EL CÓDIGO CIVIL

Antes de la reforma que introdujo la ley de Fe de Erratas, el artículo 3476 establecía que: "toda donación entre vivos a una persona que concurre a la sucesión legítima del donante sólo importa una anticipación de la porción hereditaria de esa persona". Es decir que "la colación, según el Código, parecía proceder en todo caso de sucesión legítima, como lo entiende Bibiloni.

El sistema adoptado era entonces, amplio y similar al francés y al que rige en la legislación suiza.

El artículo 843 de la ley francesa obligaba a colacionar a los parientes que concurrían a la sucesión legítima y el codificador citándolo, dice en la nota: "nosotros comprendemos a los descendientes porque en la línea recta todo debe ser recíproco, *gratia in comprehendens, a. in laterales*". Toda la contraria surge, en realidad, del artículo.

Se refiere Vélez en la misma nota a la solución que tomaban las Leyes de Partidas y la Novísima Recopilación: estaban obligados a colacionar sólo los descendientes y este sistema subsiste aún en algunas legislaciones como las de Holanda, Italia, Alemania y Brasil, en las que la colación procede entre los descendientes si no media dispensa.

La ley de Fe de Erratas restringió el sistema estableciendo la colación entre herederos forzosos, tal como lo prescribe el código de Chile y cuyo antecedente —al decir de Bibiloni— los alemanes encuentran en el Código de Baviera, a pesar de que no parece extraerse tal solución del pretendido antecedente.

Cualquiera sea el origen de la norma, la ley que comentamos introdujo la reforma y pasó por alto otros artículos, lo que trajo como consecuencia una desarmonía en la redacción que, incluso la ley 17.711, omitió remediar.

Véanse, por ejemplo, los artículos 3483, que permite a todo heredero legítimo reclamar la colación del heredero que debiese hacerla y el 3478, que alude a todos los que "tengan una parte legítima en la sucesión".

Por otra parte, el artículo 3477 (y éste es otro código de la reforma de la ley 17.711) se refiere tan sólo a ascendientes y descendientes; se ha prescindido del cónyuge.

Ello se debe, como lo dice Biliboni, a que el codificador tuvo su fuente en García Goyena y no advirtió que para éste el cónyuge no es un heredero forzoso.

La omisión se juzga entonces como involuntaria, máxime si se tiene en cuenta el trato preferencial que Vélez otorgó al cónyuge, al menos con relación a las legislaciones vigentes al momento de la redacción del Código.

Sin embargo, en el artículo 3595 el redactor del código dio el carácter de heredero forzoso al cónyuge, con lo que su obligación de colacionar es ineludible.

Las donaciones que el cónyuge debe colacionar son, indudablemente, las prenupciales, hechas con motivo del matrimonio a que se refiere el título de sociedad conyugal, puesto que el artículo 1807, inciso 1, prohíbe las donaciones entre cónyuges.

Y siendo recíproca la obligación de colacionar, el cónyuge podrá requerir la colación de sus coherederos.

Cabe recordar que la ley 3942 manda colacionar el importe de las primas pagadas por el asegurador en el caso del seguro de vida, de manera tal que si un cónyuge instituye beneficiario de su seguro de vida al otro, éste se verá obligado a colacionar el referido importe.

La nueva viuda, nuevo heredero introducido por la ley 17.711, ¿debe colacionar?

La nueva viuda que permanece en ese estado y que no tiene hijos o que habiéndolos tenido no sobreviven "en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros", tiene por el nuevo artículo 3576 derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieran correspondido a su cónyuge premuerto.

El fundamento de la disposición —dice Guastavino— es eminentemente tuitivo. Se intenta proteger a la nueva exclusivamente y, por ello, no existe reciprocidad en cuanto a los suegros: "en el derecho hereditario —señala el autor ya mencionado— no siempre las vocaciones son recíprocas".

Que la nueva tiene legítima no ofrece duda, puesto que por el artículo 3582 los herederos comprendidos en los cinco primeros capítulos del título noveno tienen legítima; veamos ahora cómo funciona su obligación de colacionar.

La nueva debe colacionar las donaciones que recibió de sus suegros después de enviudar, es decir cuando ya tenía el carácter de heredera forzosa.

Recuérdese que si bien se requiere la calidad de heredero forzoso al tiempo del fallecimiento del *de cuius* para que funcione la colación, es requisito indispensable que el donatario fuera heredero forzoso al tiempo de efectuarse la donación cuya colación se pretende. Por tanto, si las donaciones en favor de la

nuera tuvieron lugar mientras vivía el marido, no está obligada a colacionar.

Guastavino sostiene que por aplicación del artículo 3481 la nuera no debe colacionar lo que recibió el marido premuerto de sus padres.

No parece ésta una solución acertada; en rigor no es éste el caso de la colación por otro, que prevé el artículo citado y a la que más adelante aludiré.

La legítima de la nuera viuda se extrae, por así decirlo, de la parte que debía recibir el marido premuerto. De ahí la necesidad de "reconstruir" la porción del marido, tal como si viviese en el momento y concudiese a la sucesión de los que fueron sus padres.

De otra forma se beneficiaría la nuera viuda por encima de los restantes herederos y aún del propio marido que, de sobrevivir, hubiera debido colacionar.

La ley no ha tenido por objeto otorgar una situación de privilegio a la nuera viuda, aunque algunos autores se agravan de que así sea. Se ha tenido en mira una realidad atendible y el fundamento tuitivo a que más arriba se alude justifica la protección pero no alcanza al privilegio.

REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE COLACIÓN

1) Se ha señalado ya que la calidad de heredero forzoso es indispensable para que funcione la acción de colación y, por supuesto, que medie aceptación.

Por los artículos 3353 y 3355 el heredero renunciante no debe colacionar, lo que no impide, claro está, que las donaciones que hubiere recibido en vida puedan estar sujetas a la acción de reducción por parte de los herederos legítimos.

Esta solución, según Martínez Ruiz, es la misma que dan el Código Civil español y los de Venezuela, Holanda, Brasil, Alemania y Francia.

Los declarados indignos o desheredados no están obligados a colacionar, puesto que la colación sólo tiene lugar entre los herederos, carácter del que ellos carecen.

El artículo 3477 no distingue entre aceptantes puros y simples y aceptantes beneficiarios (los que por la ley 17.711 serán ahora la generalidad), de ahí que la obligación abarque tanto a unos como a otros. Parece de estricta lógica la solución, que ha tenido acogida en la mayoría de los códigos civiles.

En consecuencia: a raíz de la aceptación beneficiaria se dan estos supuestos:

a) Si la sucesión es insolvente, los acreedores de la misma no pueden exigir a los beneficiarios parte alguna de la colación que se viera obligado a efectuar cualquiera de ellos.

b) Si todos los herederos son beneficiarios se forman dos masas: una para los herederos beneficiarios y otra para los acreedores compuesta de los bienes hereditarios, con exclusión de los colacionables, que se entregan a los acreedores.

En el caso de concurrencias a la sucesión por representación, el artículo 3482 establece que "cuando los nietos sucedán al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado". Este principio se repite en el artículo 3564.

Antes de la reforma de la ley 17.711, esta norma no se juzgaba aplicable al caso de los hijos del indigno o desheredado, puesto que las disposiciones del Código (arts. 3301 y 3749) disponían en forma expresa que venían a la sucesión "sin el auxilio de la representación".

La reforma se hizo eco de la opinión de los autores y expresamente ambos artículos aclaran que los hijos del excluido, sea por indignidad o desheredación, vienen a la sucesión por derecho de representación, con lo que entran a jugar en este supuesto los principios generales de la colación.

El caso de la renuncia de uno de los representantes, ha sido materia de diferencias doctrinarias. La Corte de Casación francesa entendió que la obligación de colacionar era indivisible dentro de una misma rama y que, por consiguiente, se imponía aún a los renunciantes.

Huc, Laurent y Fornieles, como ya se ha dicho, sostienen que la obligación es divisible y se debe por partes por cada uno de los aceptantes de una misma rama.

Por parte de Planiol-Ripert, Aubry y Rau y Baudry Lacantinierie y Wahl la obligación de colacionar, si bien es divisible, se debe por el todo por los aceptantes de una misma rama, desde que éstos acceden con la renuncia de un representante.

2) Para que proceda la colación deberá existir una verdadera donación al heredero, sin que medie dispensa. El código se colocó en un terreno muy rígido, en cuanto a lo que significó la donación contra y excluyó otras liberalidades. Sobre estos aspectos de la colación se volverá más adelante, puesto que merecen una mayor atención.

Colación por otro: En el antiguo derecho francés existía una rigurosa prohibición de la dispensa de colación. Por ello se presumía que la donación hecha en la persona del padre, madre, hijos o cónyuge del heredero, la había recibido éste personal-

mente y debía colacionar; a esta forma de colación se la llamó colación por otro.

El Código Napoleón se apartó del sistema prohibitivo de la dispensa y por ello carecía de motivo mantener esta presunción legal. Con mayor rigor aún, García Goyena rechazó la colación por otro y prescribió que no tendría lugar aun cuando el donante dispusiera expresamente lo contrario, esto es, que la colación debía efectuarse.

Esta fue la fuente de Vélez Sarsfield, quien la siguió casi literalmente, con lo que el artículo 3481 quedó redactado en estos términos: "los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado a un hijo por aquéllos; ni el esposo o la esposa, lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario".

A QUIÉNES ES DEBIDA LA COLACIÓN

Conforme al artículo 3478 "la colación es debida por el coheredero a su coheredero; no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión" y según el 3483 "todo heredero legítimo puede demandar la colación del heredero que debiese hacerla. Pueden también demandarla los acreedores hereditarios y legatarios cuando el heredero, a quien la colación es debida, ha aceptado la sucesión pura y simplemente".

De manera tal que entre los coherederos la obligación es recíproca y no alcanza a los que no son forzosos. En el momento de pedir la colación se deberá probar la liberalidad.

Nada dice el código sobre si pueden compensarse los créditos y la colación; incidentalmente Fornieles se inclina por la afirmativa, pero no analiza el supuesto en el que los herederos son aceptantes beneficiarios.

Precisamente es en ese aspecto dónde se plantea el problema y Aubry y Rau dicen que el heredero se aprovecharía de su colación no sólo como copartícipe, sino también como acreedor.

Es que si, como se ha dicho, cuando el beneficiario tiene algún crédito contra el causante "desaparece provisoriamente como heredero y queda en pie como acreedor" no parece admisible la compensación mediante aceptación beneficiaria: el principio general es que el valor de los bienes colacionados no aprovecha a los acreedores de la sucesión.

En lo que se refiere a los acreedores no se presenta dificultad desde que el causante dispone libremente de sus bienes, aunque pueda caber la acción pauliana; se entiende que el artículo 3483 es una aplicación particular del principio del ejercicio de la acción subrogatoria, funcionando la aceptación pura y simple como condición.

La situación de los legatarios es la misma que la de los acreedores de la sucesión y Martínez Ruiz opina que el art. 3478 contempla un supuesto de aplicación normal: los legados se ejecutan sobre los bienes que tenía el testador a su muerte y no sobre lo donado en vida, que ya había salido de su patrimonio.

Las liberalidades colacionables se incluyen para el cálculo de la porción disponible? En Francia la Corte de Casación se resolvió por la afirmativa y, entre nosotros, la mayor parte de la doctrina llegó a la misma solución.

Se arribó a esta conclusión por aplicación de los artículos 3593 y 3602, que se refieren a la legítima.

El artículo 3478 complicó el criterio interpretativo, porque al agregar los valores de las cosas donadas para calcular la legítima y la porción disponible se produce un "fenómeno parecido al de la colación" pero por motivos distintos.

Fornieles explica que si bien el patrimonio del causante se transmite como se hallaba al día de su muerte, como la porción disponible puede ser usada en vida "hay que reconstruir el patrimonio según estaba en aquel momento para averiguar si las donaciones cabían o no, cuando se hicieron, en aquella porción". Pero ello no implica que los bienes a colacionar caigan "bajo la mano" de los legatarios.

El legado de cuota se calcula sobre los bienes hallados a la muerte del testador excluyendo los valores que se colacionan, en virtud del principio de que los mismos no forman parte del contenido de la herencia.

OBJETO DE LA COLACIÓN

El artículo 3476 sostiene un criterio muy rígido: solo se utilizan los valores de las donaciones para mantener la igualdad de los herederos.

Estas donaciones deben reunir los elementos de la donación consensual no prescripta por el artículo 1791: la transferencia gratuita de la propiedad de una cosa por acto entre vivos.

De ahí pueden derivarse beneficios para el heredero forzoso, sin que se vea obligado a colacionar.

Este concepto se ve confirmado en el artículo 3479: "las otras liberalidades enumeradas en el artículo 1791, título de las donaciones, que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a ser colacionadas."

La ley 17711 derogó los incisos 1º y 6º del artículo 1791, que eran manifiestamente casos que debía abarcar la colación. El inciso 1º se refería a la renuncia a una herencia o legado con

miras de beneficiar a un tercero y el segundo al pago indebido con miras a beneficiar al supuesto acreedor, en este caso heredero forzoso.

Como se ve, la supresión de los dos incisos era más que necesaria. La cesión gratuita de un crédito está en un pie de igualdad con la donación y, por lo tanto, es colacionable.

El código prevé, además, otros casos de adelantos hechos en beneficio de algún heredero, no sujetos a colación.

Son los supuestos del 3480 los gastos de curación, por extraordinarias que sean y los de educación, son obligaciones morales de los ascendientes con respecto a sus descendientes, que no pueden ser encarados con el mismo criterio que una donación.

Tampoco son colacionables los gastos hechos para dar una carrera al hijo, Babiloni y el Proyecto de 1938 establecían que no daban lugar a la acción de colación los gastos hechos para dotar a una hija mujer o para instalar a cualquiera de los hijos.

La norma comprende también los regalos de costumbre: en este caso se deberán tener en cuenta las circunstancias y, según las posibilidades económicas del ascendiente, podrá tener lugar la colación. Un fallo de jurisprudencia declaró colacionable una importante donación hecha a un hijo con motivo de casamiento.

En lo que respecta al pago de deudas de ascendientes y descendientes los tribunales de la Capital han decidido reiteradamente que el artículo se refiere a las pequeñas deudas y no a las de mucho monto, porque destruiría por completo la igualdad entre los herederos aplicar otro criterio.

La doctrina ha apoyado la decisión jurisprudencial, que Martínez Ruiz señala como "jurisprudencia correctora".

Análisis de casos particulares:

"El 'seguro' mismo a un 'heredero forzoso' debe 'imputarse' en nuestro derecho, a la porción disponible y no es colacionable, dado que la acción sólo procede en caso de donación.

La indemnización por seguro de vida no está sujeta a colación, no así las primas que deben colacionarse por el beneficiario, ya que con respecto a ellas hay verdadera donación. La Cámara Civil 1ª resolvió que la colación debe limitarse al monto de la indemnización cuando ésta fuera inferior al monto de las primas pagadas.

En el caso de la entrega de un inmueble al heredero sin pagar arrendamiento, no parecería haber "prima facie" posibilidad de que funcione la colación. Sin embargo, habrá que atender a las circunstancias del caso: supóngase que se haya entregado un departamento cuyo alquiler podría ser muy elevado, aquí no podría hablarse de solucionar un problema de vivienda y el heredero podría verse obligado a colacionar una parte del alquiler que debía pagar.

Si se presta un campo a un heredero, ¿son colacionables los frutos o productos? Si no se responde por frutos o productos cuando se entrega el dominio, ¿corresponde en caso de préstamo? Entendiendo que hay donación de frutos y productos, se inclinan por la procedencia de la colación Lafaille, Fornieles, Borda y Bidau, que así lo enseñó desde la cátedra.

Cabe preguntarse si son colacionables los intereses: si la obligación es civil y no se han pactado intereses, éstos no se adeudan y no habrá lugar a la colación. En cambio si la obligación es comercial, la gratuidad no se presume y allí sí se podría pedir la colación.

También es necesario analizar las circunstancias frente a las sociedades entre padres e hijos. Si se advierte la intención manifiesta de beneficiar al hijo, por ejemplo cuando las utilidades se reparten por mitades y los aportes son claramente dispares, el exceso entre lo recibido y lo que realmente hubiera correspondido al hijo es perfectamente colacionable. La jurisprudencia se orientó también en este sentido.

COLACIÓN DE DEUDAS

Es éste un problema muy debatido que se plantea cuando el heredero es insolvente, porque si es solvente lo mismo da colacionarlo compensándolo que tener en cuenta un crédito contra ese heredero en la confección de su hijuela. Pero si es insolvente la situación se complica, porque según la posición que se adopte resultará que los coherederos, en representación del causante si fuera colacionable la deuda, tendrían que tener un crédito legio para cobrar, en relación con los demás acreedores.

Entonces: el colacionante recibirá su hijuela disminuida por el monto de la deuda colacionada, pero si se lo considera como simple deudor los herederos deberán concurrir a prorrata en idénticas condiciones que los demás acreedores.

La mayor parte de la doctrina en nuestro país se pronuncia en contra de la colación de deudas. Así para Fornieles, Lafaille y Borda las deudas no se colacionan.

Para Segovia, en cambio, debía entenderse que el código solucionaba el caso como el Código Napoleón, cuyo artículo 829 admite esta colación, desde que obliga al heredero a colacionar lo que debía al causante. Segovia se funda en los artículos 3469 (que incluye en la masa hereditaria "los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos a favor de la sucesión") y 3494 y dice que, al tenerse en cuenta la deuda del coheredero con la sucesión se quiere significar que debe colacionar lo recibido a cualquier título siempre que se deba al causante. La jurisprudencia, en general, ha seguido la tesis de Segovia.

Bidau, que hizo conocer su opinión desde la cátedra que ocupó tan prestigiosamente, sostuvo que tales artículos se refieren a casos normales y que nada tienen que ver con el asunto planteado, sin perjuicio de que la solución alcanzada no sea la justa.

"Si lo que busca la colación —dijo— es mantener la igualdad entre los coherederos, no hay duda que la deuda que tiene el heredero con el causante debe considerarse en la misma situación que la donación: parece justo que deba colacionarse".

En apoyo de su tesis Bidau siguió la misma distinción que hacen los autores franceses y la Corte de Casación.

Plantado el caso de un padre que concurrió a la quiebra de su hijo y que a resultas de un concordato impuesto por la mayoría, debió hacer una quita importante, la Corte de Casación resolvió:

a) Que la deuda es colacionable en su totalidad si de ella sólo el heredero sacaba ventaja.

b) Que si la deuda tenía su origen en un contrato que beneficiaba a los dos, el hijo sólo debía colacionar la parte no perdonada.

En cambio, la Cámara Civil 2ª resolvió que procedía la colación a pesar de haber consentido el padre un concordato impuesto por la mayoría entendiéndose que había adelanto de herencia.

¿Se colacionan las deudas prescriptas? La cuestión es en realidad intrincada. Fomieses hace una excepción en este caso porque encuentra clara la existencia de una donación o la intención de beneficiar al heredero si el causante deja que se opere la prescripción.

Martínez Ruiz sostiene que la deuda prescripta debe colacionarse, no porque "la prescripción en sí constituya una donación", sino por el principio de igualdad en caso de silencio; la obligación de colacionar las deudas se mantiene respecto de los herederos "con prescindencia de las vicisitudes de la acción civil del causante", ya que —concluye este autor— la colación de deudas no es análoga al simple pago de las obligaciones.

Aubry y Rau y Demolombe hacen un distinguo semejante al que hizo la Corte de Casación con respecto al concordato: si se ha hecho un contrato o adelanto de dinero en exclusivo beneficio del heredero y de ese contrato proviene la deuda prescripta la colación procede. Por el contrario, si el origen de la deuda prescripta fuese un contrato que beneficiara a ambas partes del igual, puede entenderse que la situación es semejante al caso de que el padre hubiera contratado con un tercero, en cuyo caso no tendría lugar la colación de la deuda prescripta.

Donación de un bien de carácter ganancial: Cuando media

donación de un bien de carácter ganancial, Martínez Ruiz y Fornieles se preguntan si se debe colacionar en la sucesión del padre o de la madre o de quien muera primero. La solución es la de Rébora, Guaglianone y Bidau: la donación de un ganancial hecha por el cónyuge hace nacer un crédito de los tantos que se producen al momento de la liquidación y se deberá tener en cuenta el adelanto que hizo uno de los cónyuges y no los dos.

Forma de hacer la colación: es un incidente de la partición. Por lo tanto, si no hay acuerdo entre los herederos el partidor, en el momento de realizar la partición de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3468, deberá tener en cuenta los bienes a colacionar.

El heredero colacionante recibirá de menos en su hijuela el valor de la donación ya recibida, siempre que no medie dispensa.

DISPENSA DE COLACIÓN

Vélez se apartó del Código Napoleón y de la mayoría de las legislaciones al redactar la norma del 3484. Así en nuestro derecho la dispensa de colación solo "puede ser acordada por testamento".

Fornieles cree ver en esta disposición un resabio de antiguas costumbres francesas, llamadas de la igualdad perfecta, que no admitían la dispensa de colación.

Señala, además, una contradicción entre el artículo referido y el criterio del 3604, que tanto en su primitiva redacción como en la actual autoriza prácticamente "una dispensa en vida". Otro tanto sucede con el artículo 1805 para Fornieles: al autorizar a los padres que hacen una donación a un hijo a expresar si ha de imputarse a la legítima o a la porción disponible, según sobreentiende, esta imputación equivaldría a una mejora.

Pero interpreta este autor que la mención incidental del artículo 1805 "desaparece ante los términos expresos del artículo 3484".

La dispensa de colación no exige fórmula sacramental alguna y puede surgir de la "combinación de los términos empleados por el disponente" según la opinión de Planiol Ripert con la que coincide la de Fornieles, Rébora y en general toda la doctrina.

Se vincula a la dispensar la cuestión de las donaciones simuladas. El código nada dice expresamente y podría entenderse que la simulación por parte del donante demostraría en principio una intención de dispensar.

Pero ante los términos expresos de la ley, el causante sólo puede dispensar en la forma prescripta por la misma. Si no lo ha hecho así, una vez demostrada la donación simulada procederá la colación.

Esta es la doctrina sostenida por la jurisprudencia y que comparten Bihlóni y la Comisión Reformadora.

LAGUNAS DEL DERECHO

MARTÍN D. FARRELL

Profesor adjunto (I) de Introducción al Derecho

Antes de analizar las dos posiciones antagónicas respecto a la existencia o no de lagunas en el derecho, es menester definir primero qué es una laguna del derecho. De lo contrario, la cuestión podría reducirse a un mero desacuerdo verbal, lo cual la tornaría en totalmente estéril.

La palabra "laguna" evoca la idea de "vacío", de "falta"; estando el derecho compuesto de normas, puede creerse que "laguna" equivale a "falta de norma".

Debe decirse, empero, que no basta la simple ausencia de una norma sancionadora de una determinada conducta para que pueda hablarse de laguna. La conducta de "fumar", por ejemplo, no está sancionada por ninguna norma y no obstante, si algún fumador fuera llevado ante los tribunales de justicia, el juez no dudaría en absolverlo, sin pensar por eso que se encuentra frente a una laguna del derecho.

Es por lo tanto erróneo identificar las lagunas del derecho con la sola ausencia de normas que sancionan.

En cambio, algo distinto le ocurriría al juez en el caso de otras conductas sometidas a su consideración. Cuando los Caballeros de la Noche —banda de individuos que se dedicaban al robo de cadáveres— fueron llevados a los tribunales y se descubrió que no había norma alguna que sancionara tal robo, sin duda el juez sintió que se encontraba ante una laguna del derecho.

¿Cuál es la diferencia entre ambos casos? Fundamentalmente que la conducta "robar cadáveres" se considera contraria a determinados preceptos, contenidos en otros sistemas normativos distintos al jurídico: morales, éticos, religiosos, etc. Podemos englobar a esos sistemas en lo que Ross llamó la "tradición de cultura de la comunidad". Esa tradición de cultura de la comunidad en cuestión, compuesta de mito, religión, moral, poesía,

filosofía, arte, etc., es una combinación de valoraciones que expresa una determinada filosofía de la vida. Y en todo pueblo, agrega Ross, vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquí, sus costumbres, sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales.¹

Cuando una determinada conducta contradice la tradición de cultura y no está sancionada por ninguna norma jurídica, entonces se dice que estamos en presencia de una laguna del derecho.

Es también necesario precisar dónde —en qué ámbito— se busca la existencia o inexistencia de las lagunas; el ámbito será el sistema jurídico considerado en su totalidad.

Quiénes niegan la existencia de lagunas apelan a un razonamiento diferente del antes mencionado. Para Kelsen, por ejemplo, no existen las lagunas ya que los jueces siempre están en condiciones de aplicar el derecho vigente; o aplican una norma que sanciona al demandado o, en ausencia de tal norma, aplican la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, y, en consecuencia, absuelven al demandado.²

García Maynez ha destacado que para que este principio pueda servir para colmar lagunas debe expresarse así: "lo que no está expresamente prohibido debe considerarse como implícitamente permitido".³ De lo contrario, y sin estos agregados, sería un juicio puramente enunciativo que se limitaría a expresar la identidad entre "lo no prohibido jurídicamente" y "lo jurídicamente permitido".

Gioja, por su parte, afirma que el verdadero sentido del postulado en cuestión se expresa diciendo que "si una acción no está establecida como prohibida, entonces esa acción no es prohibida".⁴

En una u otra versión, el principio en cuestión le sirve a Kelsen para negar la existencia de lagunas en el derecho. El juez nunca está imposibilitado de brindar una solución para el caso en cuestión.

Claro está que la solución de absolver al demandado no siempre aparecerá valorada como "justa" por los súbditos, ni a

¹ ALF ROSS: "Sobre el derecho y la justicia", EUDEBA, Buenos Aires, 1963, págs. 95 y sigs.

² HANS KELSEN: "Teoría Para del Derecho", EUDEBA, Buenos Aires, 1960, pág. 173.

³ EDUARDO GARCÍA MAYNEZ: "Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos", en "Ensayos filosófico-jurídicos", Universidad Veracruzana, México, 1958, pág. 296.

⁴ AMBRÓSIO L. GIOJA: "El postulado jurídico de la prohibición", Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1964, pág. 20.

veces por el propio juez; pero no podrá hablarse de lagunas desde el momento en que hubo solución para el caso. No hay en esta situación falta de norma jurídica, lo que sucede es que la que hay desagrada a quien debe aplicar el derecho. Es un problema de política jurídica, no de ciencia del derecho.⁸

Como puede verse, las dos posiciones utilizan métodos diversos para llegar a sus respectivas conclusiones, lo que impide una real confrontación entre ambas para pronunciarse sobre sus respectivos méritos.

La teoría que admite las lagunas emplea un método inter-sistemático: compara dos sistemas distintos de normas. Uno es el sistema jurídico, el otro el de la tradición de cultura. Cuando la tradición de cultura reclama sanción para una conducta y el sistema jurídico la omite, entonces se dice que en el sistema jurídico hay laguna.

Al contrario, la teoría que niega la existencia de lagunas emplea un método intra-sistemático: se limita a analizar el sistema jurídico y verificar si se trata o no de un sistema completo. Si es un sistema completo, obviamente carecerá de lagunas.

Para esto, debe considerarse al derecho como un sistema deductivo, esto es, como el conjunto de todas aquellas proposiciones que se pueden deducir de un conjunto dado de premisas.⁹

¿Cuándo puede decirse que un sistema es deductivamente completo? La totalidad de las fórmulas construidas sobre la base de un sistema dado puede dividirse en tres grupos: 1º) todas las fórmulas que son comprobables dentro del sistema; 2º) todas las fórmulas cuyas negaciones son comprobables dentro del sistema, y 3º) todas aquellas fórmulas tales que, ni ellas ni sus negaciones, son comprobables dentro del sistema. Si el tercer grupo está vacío, es decir, no contiene fórmula alguna, el sistema es deductivamente completo.

En el mismo sentido expresa Carnap que un sistema es "íntegro" (completo) cuando para cualquier sentencia se da el caso de que ella misma o su negación sean teoremas.

Traduciendo lo anterior al sistema jurídico, este tendría también tres grupos: 1º) conductas que podría comprobarse que están sancionadas; 2º) conductas que podría comprobarse que no están sancionadas, y 3º) conductas que no podría com-

⁸ HANS NAWIASKY: "Teoría general del derecho", Edic. Rialp, Madrid, 1962, pág. 201.

⁹ BERTRAND RUSSELL: "Atomismo lógico", en "El positivismo lógico", compilado por A. J. AYER, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1963, pág. 28. Para estudiar las características de los sistemas axiomáticos, véase Rudolf Carnap "Introduction to symbolic logic and its applications"; Irving M. Copi "Symbolic Logic"; Hilbert y Ackerman "Elementos de Lógica Teórica".

probarse si están o no sancionadas. Si este tercer grupo estuviera vacío, el sistema sería completo.

Y parece evidente que lo es. En efecto, cualquier conducta sometida a la consideración del juez, es susceptible de ser comprobada como sancionada o no, pues, o hay una norma que la incrimina, o se aplica el citado principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. El tercer grupo, en consecuencia, queda vacío.

Además, esta completitud del sistema no trae aparejada su incompatibilidad y, por ende, su inutilidad. El sistema es incompatible (o "inconsistente", como dice Carnap), cuando entre sus teoremas hay uno que es la negación de otro. De este modo, el mismo sistema permitiría deducir a la vez A y no-A; esto resultaría funesto pues el cálculo quedaría reducido a la falta de sentido.

Pero el sistema puede ser completo y compatible a la vez; basta para ello que el primer grupo y el segundo de los que hemos considerado sean distintos, es decir, que no tengan fórmulas comunes. En el caso del sistema jurídico, éste sería compatible cuando no existiera una misma conducta que estuviera, a la vez, sancionada y no-sancionada.

De lo expuesto brevemente aquí surge la inutilidad de discutir sobre la existencia o no de las lagunas en el derecho, ya que todo depende del método que se adopte como punto de partida. Si se considera el sistema jurídico aislado, éste aparecerá como completo y sin lagunas. Si, en cambio, se lo compara con otro sistema, como el de la tradición de cultura, las lagunas pueden aparecer si el último reprueba conductas que el primero no sanciona.

Considerar al sistema jurídico aislado es propio, por ejemplo, del positivismo jurídico; la comparación con otros sistemas, en cambio, se acerca a la posición tradicionalista.

LA RESPONSABILIDAD POR SINIESTROS NUCLEARES. SEGURO ATOMICO*

LILIA GERMANO

Profesora Adjunta (I) de Derecho Comercial II

S U M A R I O

- I. Breve referencia histórica.
- II. El hecho técnico.
- III. Características del nuevo riesgo.
- IV. Normas convenientes en materia de responsabilidad.
- V. Principios básicos contenidos en las Convenciones Internacionales.
- VI. Análisis de esos principios y su adecuación a nuestro ordenamiento legal.
- VII. Posibilidad de concreción de la responsabilidad nuclear: Necesidad del seguro atómico.

Desde muy antiguo se había sospechado que la materia no podía dividirse. Demócrito, filósofo griego, dice por primera vez en el año 400 a. de Cristo, que la materia está formada de pequeñas partículas irrompibles. Las llama átomos, de *a* que significa no y *tema* que quiere decir cortar. Aristóteles (384-322 a. c.) niega la existencia del átomo y Epicuro lo rescueta en el año 300 a. c. Podría ampliarse enormemente esta reseña pero nos interesa señalar sólo algunos hitos: En 1804 John Dalton enuncia su teoría atómica; en 1896 Becquerel, descubren, por casualidad, la radioactividad natural; trabajando con sales de uranio, se guardó, por descuido, un frasco de estas sales en el chaleco y a la mañana siguiente advirtió que tenía una quemadura en el abdomen. En 1898 Pierre y María Curie descubren el radium. En 1906 Einstein publica en Suiza su estudio "Inercia y Energía". En 1933 los esposos Joliot-Curie descubren la radioactividad artificial. En 1939 la Universidad Jorge Washington y el Instituto Carnegie reúnen en la capital de

* Este trabajo se realizó con la colaboración del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

Estados Unidos a investigadores de todo el mundo para estudiar la desintegración del átomo.

Este está constituido por un núcleo central y electrones que giran a su alrededor sobre una o varias órbitas, formando la envoltura. El núcleo tiene carga positiva y su valor es igual a la suma de electrones. Estos tienen carga negativa. El conjunto es, pues, en estado normal, eléctricamente neutro. El núcleo a su vez, está compuesto de protones y neutrones. Los isótopos son núcleos que tienen el mismo número de protones, aún cuando en la terminología corriente se llamen de esa manera a los diferentes tipos de átomos que componen un elemento dado. Químicamente son iguales, pero difieren en peso. Algunos de estos isótopos tienen núcleos de estructura inestable; es decir que protones y neutrones están continuamente cambiando de posición y, al hacerlo, emiten partículas radioactivas, rayos gamma y partículas beta y alfa. Este proceso se denomina descomposición radioactiva y los átomos que emiten esas radiaciones se llaman radioisótopos; se producen en el sol, las estrellas, la luna, etc.¹

Fue Otto Hahn quien descubrió que el isótopo 235 del uranio, bombardeado por neutrones producía bario, con liberación de gran cantidad de energía. A este proceso por el cual el átomo de uranio se divide en dos fragmentos de masa, semejantes a la mitad de la suya, se le llamó fisión o microliberación del átomo. Este fenómeno de la fisión fue, pues, descubierto por Otto Hahn en 1939. Cinco años antes, en 1934 Fermi bombardeó U. 235 con neutrones y creyó haber creado elementos transuránicos: se le dio, por ello el Premio Nobel. Lo que había obtenido, en realidad, fue la fisión del uranio.

Hasta aquí nos hemos estado refiriendo al proceso de fisión individual: comprende un sólo átomo de uranio. Era menester crear un dispositivo que permitiera la macroliberación de energía, o sea, la reacción en cadena de multitud de átomos. Aparece así, el primer reactor. Es diseñado por Enrico Fermi en 1942. En 1945 el mundo ve con estupor cómo la pila de Fermi se transforma en la bomba de Hiroshima. Laeg. de Nagasaki. En 1949 se sabe que Rusia también posee la bomba atómica y comienzan a inventarse aparatos que sirvan para la paz.² Surge

¹ Véase in-extenso MAFFEI FUENZALIDA, JOSE LUIS: "La energía nuclear ante el Derecho", Santiago de Chile, 1963.

² La utilización de energía nuclear tiene dos campos básicos de aplicación: el bélico y el pacífico. La ley norteamericana de 1954 establece en su art. 1º) que puede ser utilizada tanto para aspectos militares como civiles. La aplicación pacífica, a su vez, se desenvuelve en dos campos fundamentales de acción: 1º) la producción de la energía nuclear-eléctrica, y 2º) la aplicación de los radioisótopos en la medicina, la agricultura, la industria.

entonces el programa: "Átomos para la paz". Los organismos internacionales se dan a la tarea de estudiar como enfocar la regulación legal. La Organización Internacional de Energía Atómica nombra un comité de expertos en responsabilidad civil e Internacional por riesgos nucleares formados por juristas, economistas y peritos en seguros. Este comité elabora los proyectos de convención que pasarán a ser luego la "Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares" de Viena de 1963. Ya en 1962, en Bruselas, se había firmado la convención sobre "responsabilidad de los explotadores de buques nucleares".

Es menester destacar que nos hallamos en presencia de un riesgo totalmente nuevo, distinto a todo lo conocido hasta ahora. Los daños que pueden llegar a producirse son imprevisibles. Algunos órganos, como los ojos, los tejidos sanguíneos y las células reproductoras son particularmente vulnerables a la radiación intensa. Uno de los efectos más conocidos es la leucemia, causado por la exposición de la médula ósea a la radiación. Su manifestación no es inmediata. Aparece después de algunos años. Otra consecuencia es el cáncer a los huesos, causado por radio depositado en el esqueleto. El lapso de latencia es o de veinte o más años. El cáncer de piel se manifiesta después de treinta o cuarenta años. El efecto que más se ha constatado entre los sobrevivientes de Hiroshima y Nagasaki son las cataratas. Otro daño irreparable producido por las radiaciones puede ser la esterilidad.³

Cabe señalar, asimismo que, de los muchos elementos radioactivos: el estroncio 90, químicamente similar al calcio, tiende a depositarse en el esqueleto y puede llegar a producir mutaciones de las células germinales que se transmitirán, por los genes, a las futuras generaciones, originando deformaciones, en los seres humanos, realmente alarmantes.

Además de los diversos tipos de daños que puede originar, otra característica que no puede dejar de mencionarse es su internacionalidad. Si es abordado por normas que difieren de nación a nación la solución será intrínsecamente incapaz de comprender la totalidad de las cuestiones. Los perjuicios producidos por la lluvia radioactiva, o del agua contaminada, pueden extenderse muy lejos de las fronteras del país donde se hallare instalado un reactor.⁴ El funcionamiento defectuoso de

³ ZALDIVAR, Enrique: "Cuestiones legales originadas por el uso de la energía nuclear". Buenos Aires, 1966.

⁴ La convención define al reactor de la siguiente manera: "Por reactor nuclear se entenderá cualquier estructura que contenga combustibles nucleares dispuestos de tal modo que dentro de ella pueda tener lugar un proceso automatizado de fisión nuclear sin necesidad de una

éste podría involucrar, directa o indirectamente, las industrias suministradoras de otros países.

Otro ejemplo, en este aspecto, podría proporcionárnoslo los desechos radioactivos² arrojados al mar en envoltorios con pérdidas; podría así llegar a las pesquerías de mares territoriales, ser ingeridas por los peces y transmitirse luego, mediante el consumo de éstos, a los habitantes.

Es indudable que estamos frente a un riesgo distinto, pero, no previsto hasta el presente.*

El problema de la responsabilidad y la forma de hacerla efectiva, logrando que la víctima sea resarcida en forma equitativa, es una de las cuestiones más importantes que acarrea la energía nuclear. Se trata de una cuestión que afecta, por un lado, los intereses de los terceros y por el otro, el desarrollo de la industria nuclear. Han temido las naciones que una exagerada protección a los damnificados paralice una industria tan importante; pero es a todas luces absolutamente injusto que éstos se vean desamparados de los tremendos riesgos que tal explotación podría ocasionar. Dos tendencias se han enfrentado

frente a la energía nuclear. A su vez, establece "Por combustibles nucleares se entenderá las sustancias que puedan producir energía mediante un proceso automatizado de fisión nuclear".

* Regla asimismo la Convención: Por "productos o desechos radioactivos" se entenderá los materiales radioactivos producidos durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares o cuya radioactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, salvo los radioisótopos que hayan alcanzado la etapa final de su elaboración y puedan ya utilizarse con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales".

En una conferencia pronunciada el 14 de enero de 1958 en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, Henry Pugeat señaló que así como la navegación a vapor, el automóvil, el avión, las amplias rutas camineras, el ferrocarril, han facilitado y acelerado la circulación de las personas y de las cosas, dando al Derecho Comercial, Marítimo, Civil y Administrativo un empuje extraordinario, originando incluso nuevas disciplinas (Derecho Aeronáutico y del Transporte); del mismo modo que la industrialización, la mecanización de las industrias, el remplazo de la mano de obra humana, animal o por medios naturales (agua y viento) por la fuerza motriz accionada a electricidad ha influido notablemente en las relaciones laborales constituyendo hoy el Derecho del Trabajo una rama separada del Civil; así como la radio, el cine y la televisión han influido sobre el derecho de autor, del mismo modo asistimos hoy, con la energía atómica, a la eclosión de una disciplina jurídica que dentro de muy poco tiempo puede tener plena autonomía conceptual, ya que plantea cuestiones nuevas que corresponden a situaciones que antes no se presentaban. A su vez, Cardona expresó: "la energía nuclear al crear nuevas situaciones y nuevas necesidades en el orden del interés social y de la conducta humana regulada penetra en el ámbito del derecho. Por ello podemos hablar de un orden normativo que convencionalmente podría denominarse Derecho Nuclear", o Derecho Atómico.

al redactar las convenciones y han jugado principios más políticos que jurídicos, fundamentalmente en lo que respecta al recurso de repetición.

Cabe preguntarse si frente a este tipo de riesgo las viejas normas sobre responsabilidad podrán seguir siendo útiles.

Es evidente que la responsabilidad por culpa es totalmente ineficaz en las soluciones de los problemas que plantea la energía atómica: en la mayoría de los casos resultaría imposible determinar si el accidente se ha producido por dolo, culpa, negligencia del operador, propietario, diseñador, etc., o por caso fortuito. Un litigio persiguiendo el pago de una indemnización, llevado a cabo sobre la base de la responsabilidad culposa se prolongaría desmesuradamente a causa de las lógicas dificultades de la prueba, lo cual, además, aumentaría su costo. Por otra parte, la incertidumbre del resultado, perjudicaría tanto al reclamante como a la industria que necesita moverse sobre bases definidas.

Olvio que es la teoría objetiva la más idónea, siendo la consagrada por las dos convenciones internacionales, de Viena y de Bruselas. En líneas generales, los principios básicos son:

I) Responsabilidad objetiva del explotador,¹ de la instalación nuclear.²

II) Canalización de la responsabilidad hacia éste. (responsabilidad exclusiva). Esto importa diversas ventajas. Desde el punto de vista de los terceros evitándose el problema de "localizar" al responsable. Respecto de los abastecedores les llevará de los riesgos de responder a acciones de estos terceros. En cuanto al seguro, elimina un factor de incertidumbre.

III) Limitación de la responsabilidad.

IV) Obligatoriedad de un seguro.

V) Posible responsabilidad subsidiaria del Estado.

¹ La convención define al explotador de la siguiente manera: "...por explotador de una instalación nuclear se entenderá la persona designada o reconocida por el Estado de la instalación como explotador de dicha instalación".

² Por instalación nuclear se entenderá: "los reactores nucleares, salvo los que se utilicen como fuente de energía en un medio de transporte aéreo o marítimo, tanto para su propulsión como para otros fines. Las fábricas que utilicen combustibles nucleares para producir sustancias nucleares, y las fábricas en que se proceda al tratamiento de sustancias nucleares, incluidas las instalaciones de regeneración de combustibles nucleares irradiados. Las instalaciones de almacenamiento de sustancias nucleares, excepto los lugares en que dichas sustancias se almacenen incidentalmente durante su transporte, en la inteligencia de que el Estado de la instalación podrá determinar que se considere como una sola instalación nuclear a varias instalaciones nucleares de un solo explotador que estén ubicadas en un mismo lugar.

Vamos a analizar brevemente estos cinco puntos.

I) Con respecto al primero, ya hemos esbozado la inconveniencia de la teoría de la responsabilidad por culpa. Conocida es la evolución que la responsabilidad aquiliana, tradicional y clásica, ha debido experimentar al través del art. 1384 del Código Civil Francés, fundamentalmente por el desarrollo del automovilismo. La responsabilidad objetiva se inicia en las leyes de accidentes de trabajo, se incorpora luego a las aeronáuticas y penetra actualmente en la explotación de la energía nuclear, conquista que no ha de ser sin duda la última, ya que debe esperarse que el derecho espacial la incorpore a varios de sus aspectos.⁹ Se ha entendido que, en nuestro ordenamiento legal, con la reforma del Código Civil se consagra la teoría del riesgo en el art. 1113 que regla: "... si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder..." Nosotros creemos que ello no es del todo exacto y esta norma va a prestarse a confusiones que la labor de la jurisprudencia depurará.

II) Dentro del concepto de canalización, los comentaristas suelen incluir la característica de la falta de recurso del explotador o del asegurador para repetir contra quien fue el verdadero autor del daño. Este autor podría ser el fabricante del reactor, el vendedor, el diseñador, el reparador, etc.

El art. II, inciso 3 de la Convención de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad de explotadores de buques nucleares,¹⁰ dice: "ninguna otra persona que no sea el explotador es responsable del daño nuclear, salvo que la presente convención disponga lo contrario", y limita más adelante estos recursos del explotador y asegurador a los únicos casos en que el accidente haya sido

⁹ MALVAGNI, ATILIO: "Atomo y Derecho". Separata de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Tomo XXIV. Año 1965.

¹⁰ En este trabajo estudiamos la forma de reparar el daño originado por la energía nuclear. Pero no debe perderse de vista que ésta es utilizada por los maravillosos beneficios que otorga a la humanidad. Por ejemplo, con respecto a los barcos de propulsión atómica: con ellos el transporte marítimo no requerirá la creación de numerosas bases para hacer provisión de combustibles, porque una pequinísima cantidad de materia contiene enormes cantidades de energía. Se calculó que el reactivo atómico soviético "Lenin" podría navegar sin necesidad de fondear por espacio de un año; y el "Savannah", con 62 kilogramos de uranio 235, navegaría durante tres años y medio sin necesidad de reabastecerse.

provocado por un hecho personal voluntario con intención de causar daño, o cuando haya sido previsto en el contrato.¹²

Vemos pues como a consecuencia de la responsabilidad objetiva del explotador, se desaloja a la culpa de su campo tradicional y como entonces ésta toma su desquite y desaloja de su concepto a la responsabilidad que siempre fue su consecuencia inmediata. Con gran elegancia en el lenguaje lo sostiene Malvagni en su muy recomendable trabajo sobre "Atomo y Derecho".

La exoneración de responsabilidad a favor del fabricante, diseñador, etc., fuera de las excepciones mencionadas, juega también aun en el caso de que exista culpa por parte de algunas de estas personas. Y tal exoneración es válida en la esfera contractual y en la cuasi delictual. Si el reactor funcionó mal porque fue mal construido, por ejemplo, no es el constructor el responsable sino el explotador. Pero esto se agrava con la exención en el supuesto de dolo. Señalamos aquí que la convención otorga el recurso: 1) cuando hay contrato y 2) cuando se actuó con dolo: en este último caso, contra la persona física cuya conducta fue dolosa. Tal sistema hace ilusorio el recurso. En primer lugar, porque los vendedores son reducidísimos y los contratos van a ser del tipo de los de adhesión; obvio es destacar que el recurso no será incluido.

Y aún en el caso de que los vendedores fueran muchos, seguramente formarían pools, con los cuales los países compradores verían limitadas sus posibilidades de adquisición en diversos mercados.

En lo que respecta al problema del dolo, salta a la vista que pudiendo repetirse exclusivamente contra la persona física, por ejemplo, el obrero que ha realizado el acto de sabotaje, es de toda ineficacia práctica.

Si la convención no admite la dispensa del dolo de la persona física, equivale a sostener que ella sí cabe con respecto a la persona jurídica. ¿Qué sucede entonces si el Directorio de una Sociedad Anónima, intencionalmente, vende una instalación deficiente? Fácil es prever las gravísimas consecuencias que todo esto puede originar. Nos hallamos frente a un problema legal que es menester encarar de otra manera. En concreto: siendo nuestro país adquirente de equipos nucleares debe meditar profundamente sobre este aspecto, que puede traer serias inconveniencias.

Por otra parte, cabe preguntarse si este principio de la convención no entra en colisión con nuestro ordenamiento legal.

¹² La Convención de Bruselas se refiere también al daño producido como consecuencia de trabajos de refotamiento de buques naufrágos sin autorización del explotador o del estado de la licencia.

La cuestión de la exoneración de la culpa lata y levis no crearía mayores conflictos.¹² Si bien es cierto que el Código Civil no admite la graduación de la culpa, en el derecho comercial normalmente la culpa grave se asimila al dolo y este no puede dispensarse según el art. 507 que dispone: "El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación".

Este recurso fue el resultado del enfrentamiento de dos posiciones irreconciliables: la de los vendedores y la de los presuntos compradores. En el primer grupo se hallaban el Reino Unido, Rusia y Estados Unidos. En el seno de la O. I. E. A. se había presentado primero un proyecto de cláusula que eximía a los abastecedores y transportadores, de toda responsabilidad, aún en caso de negligencia, culpa o dolo de su parte. Estados Unidos propuso la exclusión del dolo. Fue el criterio adoptado por la Convención, pero con la suma gravedad que expresa que podrá repetirse contra la persona física causante del mismo. El grupo de expertos jurídicos reunidos en la Universidad de Harvard, en 1957 había sostenido las siguientes razones para derogar el recurso contra los proveedores: 1) que estos recursos impedirían el desarrollo de la industria, por que los proveedores no considerarían conveniente suministrar instalaciones por las cuales ellos podrían ser considerados responsables.

2) Que tendrían que proveerse de seguros de su propia responsabilidad civil, lo que determinaría la necesidad de seguros múltiples —pirámides de seguros— con lo que los costos aumentarían.

De modo que sostuvieron la limitación del recurso Estados Unidos, Inglaterra, Rusia. Querían que el recurso fuera incluido: Argentina, India, Italia, Japón, República Árabe Unida. Checoslovaquia actuó arrastrada por Estados Unidos, Rusia e Inglaterra. La limitación se aprobó por los 2/3 de votos.

III) *Limitación de la responsabilidad:* El Estado podrá limitar el importe de la responsabilidad del explotador a una suma no inferior a cinco millones de dólares,¹³ de los E. E. U. U. por

¹² La Cámara Federal en el caso "Unión de Aseguradores c/Gobierno Nacional, L.L. 101; 187; J.A. 960 VI 394 dijo: "no hay ningún principio de Orden Público comprometido porque las partes hayan limitado su responsabilidad de común acuerdo, descartándola respecto de determinados hechos culposos. El Código Civil prohíbe la dispensa del dolo, pero no de la culpa".

¹³ La de Bruselas limita a 1.500 millones de francos por cada accidente nuclear, el monto de la responsabilidad del explotador en lo concerniente a un mismo buque nuclear. El sistema de responsabilidad pudo ser realizado teniendo en consideración el concepto "por accidente" o "por instalación". Adoptando la idea de la cobertura de responsabilidad "por instalación", si sucediesen varios accidentes nucleares en

cada accidente, equivalente al valor oro del dólar de E. E. U. U. el 29 de abril de 1963.

Alguien ha querido ver en el artículo 1069 de la actual ley 17.711 el mismo principio.¹⁴ Creemos que si bien es cierto que la responsabilidad no es integral, los motivos en los cuales ambas disposiciones se fundan, son diversos. No se nos escapa que lo que se ha tenido en cuenta es que el patrimonio del responsable resultaría insuficiente para cubrir el monto del daño: en el caso del art. 1069 aún tratándose de daño que no origine perjuicio pecuniario anormal, la situación de pobreza del causante ha llevado al legislador a adoptar tal solución; en el caso de los daños originados por la energía atómica, aún cuando el explotador o el asegurador fueran empresas sumamente solventes, la magnitud de la catástrofe excedería sus posibilidades. En el primer caso se ha atendido a razones de equidad. En el segundo a una realidad fáctica imposible de desconocer.

IV) Obligación de mantener una seguridad financiera.¹⁵

El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera, punto sobre el que volveremos de inmediato.

V) Garantía subsidiaria del Estado:

El Estado está obligado a garantizar el pago de las indemnizaciones cuando el seguro no alcance a cubrir el monto. Sin duda, la exigencia contenida en el art. VII de la Convención es imprescindible para proteger a las víctimas de la posible insol-

una instalación, podrían corresponder al primero la totalidad o gran parte del fondo obligatorio de responsabilidad. Si bien accidentes en serie, ocurridos en una misma instalación, pueden considerarse hipotéticos, no cabe duda que los damnificados podrían quedar sin compensación; el sistema de su cobertura obligatoria por accidentes, sin duda asegura un mínimo de indemnización para las víctimas de cada siniestro.

¹⁴ Art. 1069: "... Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

¹⁵ Otro de los principales aspectos de la convención y que tiende a proteger a las víctimas de los accidentes nucleares, es la obligación impuesta al "explotador" de establecer un seguro o una razonable "garantía financiera", entendiéndose por tal la seguridad de esa naturaleza que ofrece la Empresa, de afrontar el pago de indemnizaciones que escapan al giro normal de las operaciones y que se originan primordialmente en accidentes. Existen dos métodos para fijar la extensión de esta responsabilidad, y en ambos casos ésta debe ser determinada en función al máximo que llegue a cubrir el seguro. E.E.U.U. y Alemania Occidental, por ejemplo, establecen los montos de responsabilidad financiera según la clase, dimensiones y operaciones de las plantas nucleares. Gran Bretaña y Suiza, en cambio, lo hacen de un modo uniforme. Zaldívar, op. cit.

vencia del responsable. Con el establecimiento de la responsabilidad objetiva y el seguro obligatorio al que se adosa la responsabilidad del Estado cumple el derecho su compromiso con la víctima y le asegura la reparación correspondiente.

Por todo lo señalado anteriormente, las cuestiones relativas a la responsabilidad, llevan, necesariamente, al seguro adecuado para cubrirla. Buen número de estudios se han llevado a cabo al respecto principalmente en E. E. U. U. y Europa. La industria privada del seguro fue reticente cuando se la exhortó a colaborar en la solución del problema. Tal actitud se explica perfectamente: la magnitud de las pérdidas posibles, la falta de datos actuariales para valorar las posibilidades correspondientes, y la ausencia de conclusiones definitivas por parte de la misma industria en cuanto a la cantidad del seguro que necesita, son contingencias nuevas en el ámbito de este ramo y presenta dificultades para su adaptación a las normas existentes. Al plantearse la cuestión en los E. E. U. U., se designó un "grupo para el estudio de los seguros", cuyas conclusiones pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1) La catástrofe posible es más seria que todo lo conocido hasta ahora por el seguro, pero la posibilidad de que acaezca aparece muy remota;

- 2) La capacidad de los seguros, aplicable a los tipos más peligrosos de trabajos químicos, sería adecuada para cubrir los daños materiales en las instalaciones de reactores. Sin embargo, si se ubica un reactor próximo a otras plantas industriales, el aumento del riesgo para éstas puede sobrepasar la aptitud total de la industria del seguro, siendo necesarios estudios adicionales;

- 3) Las pérdidas por daños materiales de los reactores, podrían ser manejadas en la misma forma que las calderas ultrapeligrosas. Pero la contaminación radioactiva, como consecuencia del desperfecto de un reactor, presenta peligros nuevos que requieren investigaciones más a fondo.

Por otra parte, al trasladar la obligación de reparar de los gobiernos que monopolizan las actividades nucleares a las empresas privadas que se inician en ella, surge el problema de la protección financiera. Las Compañías de seguro, como ya señalamos, evidenciaron, en un principio, un total desinterés para asegurar riesgos atómicos. Adujeron los siguientes motivos:

- 1) Los límites legales impuestos a los aseguradores, excluyen indemnizaciones tan elevadas.

- 2) Los conocimientos de los perjuicios que pueden ocurrir son casi nulos.

3) La posibilidad de que los daños se extendieran fuera de los límites territoriales traería cuestiones de orden internacional.

4) En el plano de la construcción manipuleo, etc., de reactores no se ha salido de la faz experimental. La experiencia recogida en accidentes de reactores ha sido muy reducida y si bien es cierto que la construcción se hace con márgenes de gran seguridad, siempre queda la imprevisible contingencia que se produzca el siniestro, que por la ubicación de las instalaciones en las proximidades de centros poblados puede llegar a adquirir características verdaderamente catastróficas.¹⁴

El informe Mc Kinney es uno de los estudios más profundos que trata el seguro en el aspecto que nos interesa. Ha perdido actualidad para los Estados Unidos, pero sería conveniente como lo señala Zaldívar que aquellos países que se inician en este aspecto pudieran analizarlo detenidamente, pues si bien en un principio se reconoció que el seguro privado por sí solo no podía aportar la cobertura necesaria, se tendió a que al menos previera un mínimo de ella.

Desde 1954 hasta 1957 (fecha de la sanción de la Anderson-Price Bill) se actuó de un modo un tanto empírico. Las compañías formaron consorcios para brindar una cobertura de responsabilidad por un total de u\$s 60.000.000. Uno de los consorcios, denominado Nuclear Energy Liability Insurance Association (N. E. L. I. A.), lo integraron 141 compañías de seguros por acciones, que ofrecieron cobertura hasta u\$s 47.500.000. Otro consorcio, el Mutual Atomic Energy Reinsurance Pool (M. A. E. R. P.), integrado por 105 compañías mutuas de seguro, fue un consorcio combinado de propiedad y responsabilidad se llamó Mutual Atomic Energy Liability Underwriters (M. A. E. L. U.), con una capacidad de u\$s 13.500.000.

Así la cobertura combinada de responsabilidad ofrecida por los consorcios N. E. L. I. A. y M. A. E. L. U. ascendió a dólares 60.000.000.

Estos consorcios no han competido entre sí, sino que han estado íntimamente integrados. Cada uno de ellos reasegura todo riesgo suscripto por el otro, siendo aproximadamente la tres cuarta partes de los riesgos asumidos inicialmente por N. E. L. I. A. y el resto por M. A. E. L. U. Empleando los mismos impresos de pólizas, porcentajes, procedimientos; para aplicarlos realizan inspecciones conjuntas y tienen un comité conjunto de reclamaciones. También en otros países se han creado pools similares: En Francia existe el "Pool Français d'Assurance des Risques Atomiques", constituido bajo la forma de una agrupación de reaseguradores tanto franceses como extranjeros.

¹⁴ ZALDIVAR, op. cit.

En Italia el 30 de Febrero de 1959, se emitió la primera póliza por la Società Incremento Tecnológico Energia Nucleare (S. I. T. E. N.) para una instalación experimental en la localidad de Cagliari, en Cerdeña. El pool fue compuesto por 62 firmas italianas y 28 ramas italianas de firmas extranjeras. Tiene recíprocos acuerdos con otros pools europeos y de Estados Unidos de América.

Puede señalarse, asimismo el pool danés, el finlandés y el suizo, que funcionan respectivamente a partir del 25/5/57; 5/6/57 y 18/6/57.

En las naciones latinoamericanas, el incipiente estado en que se encuentra la energía atómica hace posible prever con tiempo un plan para el futuro.

Quienes más han profundizado el estudio en esta región entienden que sería conveniente una acción conjunta de la rama del seguro y de los organismos estatales que tienen a su cargo el control y dirección de las actividades atómicas.

En todos los países se ha aceptado que el Estado debe controlar en mayor o menor grado las actividades relacionadas con la utilización de la energía nuclear.

Este control se basa en tres causas principales:

1) *La seguridad:* La mayoría de los países tienen el propósito de utilizar la energía nuclear exclusivamente con fines pacíficos. El Estado establece el control para asegurarse de esa utilización pacífica.

2) *Motivos de índole económica:* Como fuente energética tiene importante influencia en la economía de los países, con características de generalidad que justifican el control estatal.

3) *Necesidades de la protección radiológica:* Las radiaciones tienen efectos benéficos, pero también pueden ser sumamente peligrosas para la salud y la vida humana y pueden causar daños a los bienes. El control del Estado tiene por objeto proveer el establecimiento y observancia de un orden normativo de protección.

En todos los países el control del Estado se aplica a los materiales atómicos, a la producción de energía núcleo-eléctrica y al empleo de los radiosótopos. Los materiales atómicos son el uranio y el torio, de origen natural, y el plutonio que es artificial.

El Estado termina por el ser el único propietario de esos materiales y el único que puede disponer de ellos.

Esos materiales pueden ser considerados, en cierto sentido, como bienes fuera del comercio, aunque no en todos los momentos, y esto no obstante son bienes patrimoniales.

En este aspecto la energía nuclear nos conduce a la necesidad de elaborar nuevos conceptos jurídicos.

El Estado también ejerce su control sobre la producción de la energía núcleo-eléctrica por intermedio de Organismos gubernamentales.

El tercer control del Estado es el relativo a las fuentes de radiación. Las fuentes principales son los reactores atómicos y los isótopos radioactivos. Los primeros, equipos y las segundas, sustancias.

Los riesgos de las fuentes radioactivas se presentan en cualquier sitio en el que existan. Los daños pueden causarse por la acción de los neutrones o de las partículas alfa o beta, y por los rayos gamma.

Todo el mundo está expuesto a las radiación del ambiente que proceden de los rayos cósmicos, de elementos radioactivos que existen en la naturaleza o de fuentes artificiales: aparatos de rayos X y pruebas de armas nucleares.

Los seres humanos pueden ser irradiados peligrosamente por razón de sus ocupaciones cuando trabajan cerca de una fuente radioactiva o por someterse a un tratamiento médico a bases de radiaciones, sin observar las técnicas aconsejables, o bien fortuitamente a causa de algún accidente en una fuente o por defectos en el acondicionamiento y manejo de las fuentes radioactivas y la negligencia, ignorancia o imprudencia.

Todos estos aspectos deben ser detenidamente controlados y regulados por el Estado. Y, finalmente, para que, en caso de daños, las víctimas no se vean desamparadas, es el Gobierno Nacional quien debe controlar los planes de las compañías de seguros, proporcionando la protección adecuada en caso que la capacidad de las compañías aseguradoras se viera excedida. Los aseguradores, deberán contar, en los primeros años, con el asesoramiento técnico relativo a instalaciones, grado de peligrosidad, etc., que debe brindarle el Estado.

Asimismo debe destacarse la conveniencia de establecer contacto con los organismos especializados de América del Norte y Europa.

De los países de Latinoamérica, el que está más adelantado en la materia es Argentina. Ha sido la primera que ha contado con una legislación básica completa y orgánica. El interés despertado en nuestro país para el desarrollo de la industria atómica es muy conveniente ya que poseemos minerales en cantidad. Pero para que la industria nuclear pueda desarrollarse con éxito es indiscutible que se necesita escarar y solucionar fundamentalmente los problemas de la responsabilidad civil por daños causados por este tipo de energía y hacer viable su concreción por intermedio del seguro. Estos problemas son aún en nuestro país trabas que impiden la conveniente utilización pacífica de la energía atómica.

ANTE UNA POSIBLE REFORMA DE LA LEY MINERA

OSVALDO V. ROCHA

Profesor Adjunto (i) de Derecho Agrario y Minero

El 9 de diciembre de 1853 el Congreso General Constituyente sancionó el Estatuto de hacienda y crédito de la Confederación, cuyo título X se refiere a las propiedades subterráneas o de minas. El artículo 1º del citado título establece que mientras el Congreso dicte el Código de Minería, regirán en la Confederación las Ordenanzas de México "con las modificaciones que las legislaturas de provincia hayan hecho en ellas, en todo lo que no se derogare por la presente ley". Esta referencia a las modificaciones que pudieran haber introducido las provincias en las Ordenanzas de México, será seguramente motivo de estudio para quienes se interesan en la historia jurídico minera del país. El Dr. Guillermo J. Cano en una de sus obras referentes al Código de Minería, vinculada especialmente con el estudio de sus fuentes, manifiesta que el derecho intermedio patrio de las minas, que va desde 1810 hasta 1887, reclama aún investigadores que encuentren y expongan las leyes mineras que las provincias se dieran durante su transcurso. Opina que de ellas pueden extraerse interesantes noticias sobre cómo fueron la conciencia y las costumbres nacionales en materia minera durante esa época.

El mismo Estatuto de hacienda y crédito, en el título que comentamos, artículo 2º, manifiesta que "entiéndese por mina la explotación del terreno por medio de excavaciones superficiales o subterráneas para explotar piedras preciosas o cualquier sustancia metálica o mineral reducible a metal. De consiguiente, no se comprende en la palabra "mina" las canteras, salinas, huaceras, carbón de piedra, tierras arcillosas o de tinte, piedras silicias, azufre, etc. Posteriormente, el Congreso sancionó la Ley N° 6, el 28 de noviembre de 1854, por la que incorporó el carbón de piedra al sistema del Estatuto. En 1854 el Congreso de Paraná dispuso que el Poder Ejecutivo designará una comisión para redactar los proyectos de Código Civil, Penal, Comercial

y de Minería. Este principio se reprodujo en la Ley N° 36, del 6 de junio de 1863; no obstante, ya el Poder Ejecutivo, en 1860, había comisionado a Don Domingo de Oro, ex Diputado de Minas de la provincia de San Juan, para que propusiera los medios más convenientes para la protección de la industria minera. Fue así como el nombrado señor de Oro proyectó un Código de Minería que fue elevado a consideración del Congreso en 1864. Volviendo a lo que comentáramos sobre el Estatuto de hacienda y crédito de la Confederación, cabe establecer que dicho cuerpo legal había prescindido del sistema de amparo mediante el pueblo, como medio de mantener la propiedad minera, reemplazándolo por la obligación de pagar una contribución anual de 20 pesos por mina, contribución que percibía la autoridad nacional. De esta circunstancia pareciera desprenderse que el dominio eminente de las minas recaía en el Estado Nacional, cosa que de ninguna manera podía ni puede interpretarse en virtud de claras razones de orden constitucional, y hasta de orden práctico, cuyo análisis merece otro trabajo de mayor extensión y profundidad que el presente.

Don Domingo de Oro partió de este principio inaceptable y su proyecto no prosperó en el Congreso, precisamente por cuanto atribuía la propiedad de las minas a la nación, privando a las provincias del dominio de aquellas que se encuentran en sus jurisdicciones territoriales. El buen criterio se impuso y fue sancionada la Ley N° 728, en agosto de 1875, en cuyo artículo 2° se establecía que "el redactor del Código tomará como base para la confección de su trabajo el principio de que las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias según el territorio en que se encuentran".

En 1876 se designó al Dr. Enrique Rodríguez como redactor del Código de Minería, revisando el proyecto de don Domingo de Oro. No vamos a insistir en una biografía del distinguido autor de nuestro Código cuya personalidad es vastamente conocida. Sólo diremos que su proyecto de Código fue aprobado por el Senado a libro cerrado, luego del informe del ministro de Justicia Dr. Wilde, que muy lícitamente apoyó el trabajo de Rodríguez. La sanción del Senado entró en la Cámara de Diputados el 25 de setiembre de 1885, y allí no pudo el destacado ministro obtener lo que obtuviera en el Senado y, consecuentemente, el proyecto fue pasado a comisión. La Cámara de Diputados estudió dicho proyecto e introdujo al mismo diversas modificaciones, presentándolo la comisión de códigos mediante un discurso que pronunciara don Filadelfo Posse. Con el objeto de situarnos dentro de ciertos problemas a los que más adelante habremos de referirnos, transcribiremos algunos de los párrafos del diputado Posse:

"Desde luego, señor presidente, la Comisión de Códigos ha creído que el proyecto elaborado por el doctor Rodríguez se resentía de su poca conformidad con las instituciones políticas que nos hemos dado".

"Indudablemente, puede esto explicarse por la larga residencia del doctor Rodríguez en un país unitario, y por que todas las fuentes que ha consultado, tanto en libros como en códigos, han sido siempre de países unitarios: Chile, Bélgica, Austria, Francia, hasta el punto de que la Comisión no ha encontrado citas ni de leyes ni de libros norteamericanos, en los comentarios ilustrativos del autor."

"Las disposiciones que más parecen chocar con la índole de nuestras instituciones políticas, enumeradas ligeramente, son las siguientes: el proyecto de código declara que las minas son de propiedad privada de la Nación o de las provincias, según el territorio en que estén situadas, e inmediatamente legisla preceptuando que las provincias no pueden explotar directamente las minas."

"Indudablemente que es un buen principio económico que las provincias y los Estados no sean mineros; pero cuando menos es dudoso si esta prohibición corresponde al Congreso".

"El mismo proyecto declara que las minas, desde la promulgación del código, quedarán exentas de toda contribución o tributo".

"Es otra facultad cuando menos dudosa del Congreso, prohibir a las provincias imponer contribuciones sobre las minas que el mismo código declara ser propiedad de aquéllas."

"Más adelante, el proyecto de código del doctor Rodríguez crea tribunales de minas y determina su personal, sus funciones y su jurisdicción; siendo también dudoso que el Congreso tenga la facultad de organizar tribunales de provincia, estableciendo su jurisdicción y la competencia que han de tener en los asuntos que el código somete a su conocimiento."

"Vendría a suscitarse muchos inconvenientes creando tribunales de minas, cuando por razón de las personas o de las cosas puedan estas cuestiones ser traídas a la justicia federal."

"El proyecto de código del doctor Rodríguez crea también un cuerpo de ingenieros nacionales y provinciales, determinando sus funciones, puramente administrativas; y la Comisión ha creído que esa reglamentación corresponde a la Nación o a las provincias según los casos."

"La Comisión cree también que este proyecto de código de minas invade las regiones del derecho común, las regiones de derecho civil."

"Por ejemplo, en el código civil, en el título 'de las cosas, consideradas con relación a las personas', se encuentra un ar-

título que dice más o menos lo siguiente: "son de propiedad privada de la Nación o de las provincias: las minas de oro, de plata, de cobre, de piedras preciosas y de sustancias fósiles."

"Y en el título del 'Dominio' existe otro artículo que dice: "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales."

"El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, la vista u otras ventajas, y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio."

"Según el Código Civil, solamente las minas de oro, de plata, de cobre, de piedras preciosas y de sustancias fósiles son de propiedad privada de la Nación o de las provincias, y todas las demás son del dueño del suelo."

"Quiere decir que sería necesario derogar este artículo del código civil que, como digo se encuentra en el título del 'Dominio' o armonizar los derechos que al dueño del suelo acuerda este artículo, con las disposiciones que se proyectan en este código de minas."

"La Comisión no ha encontrado que el autor del proyecto de código de minas se haya preocupado de este punto."

"La comisión se ha detenido también, en el proyecto de código del señor Rodríguez, en un título que tiene como epígrafe: 'de la sociedad conyugal'."

"Desde luego llamó la atención a la Cámara sobre lo irregular que es legislar, en un código de minas, sobre la sociedad conyugal, puesto que esta legislación, que corresponde al derecho civil, la encontramos perfectamente legislada, con toda corrección, en el código civil argentino."

"El artículo primero de ese título dice, en concreto, que las disposiciones del código de minas, con respecto a la sociedad conyugal, son preferentes."

"De manera que solo rigen las disposiciones del derecho común en cuanto no esté legislado por el código de minas y no sea contrario a él."

"La comisión cree ver en esto una verdadera impropiedad, y, además, conceptúa absolutamente innecesario legislar sobre la sociedad conyugal, en un código de minas; mucho más cuando, como he dicho, esta legislación es tan completa en el código civil."

"Hay otro artículo en el mismo título, que puede dar lugar a serias confusiones: el que dice que las deudas del cónyuge

que aporte minas al matrimonio han de pagarse con los productos de la misma mina."

"Como se comprende, esto puede dar lugar a serias discusiones, porque puede pensarse que el acreedor no puede ser pagado sino con los productos de las minas; indudablemente tiene el derecho de ser pagado con cualesquiera de los bienes de la sociedad conyugal o del cónyuge deudor."

"El proyecto de código de minas tiene varias otras incorrecciones, a juicio de la Comisión, que sería largo enumerar."

"Por ejemplo, hay un artículo que declara que las minas son materialmente indivisibles."

"La declaración de si una cosa es materialmente indivisible puede ser un hecho, pero nunca el precepto de la ley."

"La ley no puede declarar que sea indivisible una cosa que es materialmente divisible, como lo es una mina."

"Más adelante, dice el proyecto de código: 'pertinencia es una unidad de medida que consta de trescientos metros de longitud por doscientos de latitud; pero esta latitud podrá ser elevada a trescientos metros'. 'Cada mina tendrá una pertenencia'. Y continúa, en el inciso siguiente: 'las minas de fierro tendrán dos pertenencias, o, lo que es lo mismo, seiscientos metros de longitud por cuatrocientos de latitud.'"

"En esto hay, indudablemente, un error de cifras porque, simplificando la operación, lo mismo es decir trescientos por doscientos que tres por dos; una 'pertenencia' tendrá seis, seis metros. Dos pertenencias debían ser, entonces, doce metros; pero si se da la longitud seis metros, y la latitud cuatro, resultaría veinticuatro metros."

"Persistiendo en este error, dice el inciso subsiguiente: 'las minas de carbón tendrán tres pertenencias, o lo que es lo mismo, una longitud de seiscientos metros por trescientos metros de latitud' lo que hace un total más superior a tres pertenencias."

"Sería largo enumerar algunos otros artículos en los que la Comisión ha creído encontrar contradicciones y dificultades."

"Pero voy a hacer a la Cámara algunas referencias de la parte que se relaciona más directamente con el fondo de la legislación minera."

"En este proyecto de código se ha transcripto, casi textualmente, todo lo que se encuentra establecido en las Ordenanzas de Méjico, relativamente al contrato de avíos de minas."

"Debo prevenir a la Cámara que, sobre este particular, existe una nota, en el proyecto del doctor Rodríguez, ilustrativa de la materia que dice: "el contrato de avíos es una institución puramente española y de las Indias". "Ninguna otra Nación lo ha adoptado, al menos que yo sepa", dice el señor Rodríguez."

"Por esta razón de no haberlo adoptado ninguna otra nación, la Comisión ha creído que tal disposición no era aceptable."

"De todo el contexto del proyecto de código, se desprende el propósito que el autor de él ha tenido en vista: favorecer y proteger las minas antes que todo; y va hasta crear una obligación real, en la mina, siendo así que por el Código Civil no existen obligaciones reales, sino personales."

"Y tan es cierto que el autor de este proyecto de código de minas ha querido crear una obligación real, en las minas, que, en muchos casos sólo ella es responsable al acreedor de los avíos, aunque el dueño de la mina tenga otros bienes. Si la mina no ha producido lo bastante para satisfacer al acreedor, este acreedor no puede ir contra los demás bienes del dueño de la mina, tiene que pagarse con el producto de ella."

"Dice el señor Rodríguez, en los comentarios con que acompaña su proyecto, que estos contratos tienen por objeto fomentar a los mineros pobres y a los que no quieren comprometer en la empresa sus propios capitales."

"Desde luego, se ve que no son dignos de la protección de la ley."

"Un minero pobre no podrá explotar de una manera seria la mina; y un hombre que no quiere comprometer sus propios capitales en empresas mineras que él administra, es difícil que encuentre capitales ajenos que quieran comprometerse, si no es a condiciones muy onerosas, que arruinarían la misma empresa."

"Pero, sobre todo, en esta legislación hay una evidente injusticia."

"Como he dicho, si el aviador, que es, como saben mis honorables colegas, el que proporciona los elementos y los medios para la explotación, no consigue ser pagado, por mala administración o porque la mina no ha dado resultados, no puede ir contra los bienes de otra naturaleza que tenga el deudor, a menos que así expresamente lo hayan pactado en el contrato de avío."

"Pero en este caso prohíbe el código de minas la libertad de pactar sobre intereses; prohíbe que el interés pueda exceder del corriente en plaza, lo cual es contrario a lo expresamente establecido en nuestra legislación sobre libertad del interés, y sólo, cuando no hay tipo de interés pactado se entiende que es el de los bancos."

"Además, siendo lógico el proyecto de código de minas en el propósito de proteger la mina y al minero, dice que el último aviador es preferible al primero, lo que se explica bien porque, naturalmente, un minero que no hubiese podido solventar sus deudas contraídas para la elaboración de la mina, no encontraría quien le prestase después."

"Entonces, para que haya un segundo individuo que pueda comprometer capitales en la elaboración de la mina, le da preferencia sobre el antiguo avisador; lo cual es injusto, porque las condiciones del crédito del primer acreedor vienen a modificarse, sin ningún hecho nuevo."

"La Comisión ha pensado que estos privilegios son injustos, invasores de legítimos derechos, contrarios a los propósitos mismos de la ley."

"Indudablemente, las Ordenanzas de Méjico y el proyecto en discusión se han propuesto proteger la mina pues declaran que la mina no es embargable, no es ejecutable; pero esta suposición dará, de seguro, resultados contrarios a los que se ha tenido a la vista."

"La consecuencia de esta disposición es lógica y clara."

"Un hombre que no tiene recursos propios para elaborar una mina, un hombre que no tiene quien le preste recursos para ese objeto, es claro que no podrá explotarla de un modo serio."

"Entonces, nada más natural que el acreedor pueda ejecutar esa mina, para pagarse su crédito, que es justo que se pague, desde que su deudor tiene bienes adecuados para el pago. Y así se lograría el verdadero objeto que la ley se propone; que una mina sea elaborada de un modo serio, porque el que la compra, en el hecho de comprarla, demuestra que tiene recursos; y hay la presunción de que los tendrá, para elaborarla, porque nadie gasta su dinero para tenerlo ocioso y abandonado."

"Son estas las razones principales que la Comisión ha tenido en vista, presentándolas con las reservas del caso, pero porque ha creído suficientes para hacer comprender a la Cámara que la sanción del proyecto sin un estudio serio y acabado, podrá traer inconvenientes muy graves, en nuestro sistema de legislación."

La transcripción que antecede indica claramente que la Comisión de la Cámara tenía serias dudas sobre la constitucionalidad de algunas de las disposiciones del Código. En mérito de su informe el cuerpo legal fue modificado, suprimiéndose partes de su articulado que evidentemente invadían la jurisdicción provincial pero sin llegar a anular totalmente ciertos principios de orden eminentemente administrativo y reglamentario que de todos modos, en nuestra opinión, siguieron vulnerando derechos que constitucionalmente competen a las provincias. Es evidente que el Código de Minería regula al mismo tiempo problemas del derecho de fondo y cuestiones de procedimiento, cuya esfera de acción cae dentro de la jurisdicción provincial.

No obstante la ley minera parte de la base exacta de que los yacimientos pertenecen a la nación o a las provincias según el territorio donde estén ubicados. Asimismo, esa ley prohíbe

al Estado buscar y explotar minas, facultad que dejaba librada a los particulares. Resulta casi innecesario destacar que la prohibición era y sigue siendo sabia, pues como es de común consenso no cabe al estado entrar como industrial en una tarea en la que el alza es factor preponderante, que requiere cuantiosas inversiones y muy destacadas condiciones técnicas para llegar a buen éxito. Sin embargo, con el transcurso del tiempo nuevas teorías y nuevas corrientes, como siempre fundadas en discutibles posiciones políticas, sostienen que en ciertos casos debe forzosamente el estado tomar a su cargo explotaciones que antes le estaban vedadas, y que solo mediante el desarrollo de esas explotaciones se podrá enfrentar a hombres y organizaciones que, de tener esos medios de trabajo concentrados en sus manos, podrían amenazar el adelanto económico del país y hasta hacer peligrar su seguridad interna y exterior. Cuando se descubrió el petróleo en Comodoro Rivadavia debió apelarse a disposiciones legales, que nada tenían que ver con la minería, para asegurar en favor del estado, reservas cuyo establecimiento puede ser muy objetable desde el punto de vista constitucional. Más adelante sufre el código nuevas reformas que prácticamente hacen desaparecer la prohibición que contenía en lo que respecta a la posibilidad para el estado de explorar y explotar minerales. Mediante reparticiones que dependen de la nación, tal es el caso de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, la Dirección General de Fabricaciones Militares, Yacimientos Carboníferos Fiscales, el ente denominado Yacimientos Mineros "Agua del Dionisio", y la Comisión Nacional para la Energía Atómica, el estado nacional se convierte en explorador y explotador de minerales, y, en varios casos, en monopolista de ciertas sustancias. Corrientes políticas interesadas consiguen así que, so pretexto de medidas que contribuyen a la defensa nacional y a liberarnos de organizaciones foráneas, tome la Nación a su cargo todo un régimen industrial que, como ya antes lo hemos dicho, requiere para su funcionamiento ingentes capitales, muy destacados técnicos y, por lógica, una mano de obra que en general debe estar ampliamente capacitada. Se apela a la necesidad de nacionalizar bienes e industrias, confundiendo los términos "nacionalizar" con "estatizar", cuyo contenido es absolutamente diferente.

La corriente se inicia lógicamente en cuanto se descubre el petróleo: políticos agoreros mueven la opinión haciendo aparecer tal descubrimiento como una posible fuente de profundas perturbaciones; se realiza lo necesario para que el mineral quede en la práctica monopolizado por la Nación y se priva a los particulares, mediante el establecimiento de extensas reservas, de la facultad de buscar sus minas.

Luego de diversas tratativas de orden legislativo, que no

es del caso enumerar, se desemboca en la primera ley orgánica, la N° 12.161, que, al ser discutida en el Congreso, dio lugar a muy interesantes debates e informes de los cuales, aún a riesgo de cansar al lector, citaremos los siguientes párrafos por conceptuarlos de prominente interés y ajustados a nuestra realidad histórica y a nuestra ley fundamental. El miembro informante de la comisión de códigos del Senado, doctor Arancibia Rodríguez, dijo lo siguiente:

"El enorme retardo en que se encuentra nuestro país en punto a legislación petrolífera se debe, desde luego, a lo complicado y difícil del asunto, pero principalmente a dos cuestiones que se han planteado irreduciblemente cada vez que se ha discutido. Estas dos cuestiones son: la nacionalización de las minas y el monopolio absoluto del Estado; que traen aparejadas aquellas otras, que se refieren a la eliminación completa de la industria privada en las explotaciones petrolíferas o a su libertad absoluta y sin control para su explotación; al estatismo absoluto y a la prohibición para explotar que tienen el Código de Minería, respecto del Estado."

"No voy a sostener que el proyecto que estoy informando, a nombre de la Comisión de Códigos, solucionará definitivamente estas cuestiones; pero sí debo afirmar, que arbitra soluciones intermedias, equidistantes de los extremos a que me he referido, que sin eliminar el concurso del capital y de la industria privada que la Comisión considera indispensable para llegar al apogeo que debe tener esta industria en el futuro, le da sin embargo, al Estado facultades de tal extensión y le permite una acción gubernamental tan directa, que lo pone en posesión, por completa, del control de la explotación y el transporte del petróleo; ninguno de los proyectos con la etiqueta de la nacionalización, otorga sobre esto, poderes más eficaces y extensos. Lo cual quiere decir que si este proyecto de ley no nacionaliza, es sin embargo netamente nacionalista, en el sentido de que trata de hacer una ley netamente argentina, que contenga todas las disposiciones, todas las restricciones y todas las sanciones que sean necesarias para que el Estado o sea la autoridad pública del país, con la división de nacional y provincial, que existe en la Constitución, pueda en todo momento impedir la intervención y los manejos del capital extranjero cuando comprometa los altos móviles que persigue en pro de la defensa y seguridad nacional."

"Se deroga el artículo 9° del Código de Minería, que prohíbe al Estado la explotación de minas. No es una novedad legislativa, es una situación de hecho que existe actualmente en el país, amparada y respetada por los poderes públicos; porque esta ley, hay que empezar por advertirlo, trata en casi todas sus más importantes disposiciones de afirmar y legalizar un orden de cosas

existente. No crea ni inventa nada. Puede por este proyecto el Estado nacional explotar, explorar, industrializar, comerciar y transportar petróleo por intermedio de los Yacimientos Petrolíferos Fiscales en todos los territorios nacionales sea directamente por medio de esta institución cuya existencia va a resultar resfirmada y consolidada definitivamente para su mejor éxito con la ley orgánica que está también a consideración del Honorable Senado o por intermedio de sociedades mixtas. El Estado Nacional puede también, ir a explotar en las provincias, por intermedio de los Yacimientos Petrolíferos celebrando contratos con sus respectivos gobiernos y puede por fin el Estado nacional ir también a las provincias como cualquier particular a solicitar las concesiones ordinarias de exploración y explotación que permite el Código de Minería."

"Después de estas facultades que también corresponden a las provincias, siempre bajo el control y supervigilancia de la Nación, como lo va a ver el Honorable Senado al examinar el articulado de esta ley, está, incluida en este proyecto la institución de las reservas; las reservas de zonas para no permitir por tiempo determinado su exploración o explotación es algo que está en todas las leyes modernas de petróleo. En Estados Unidos donde las minas son accesorias al suelo, en donde existe la mayor libertad para explotar y comerciar sobre petróleo, ya en los últimos años se han hecho importantes reservas llamadas navales, porque se han puesto a disposición del Ministerio de Marina con el objeto de preservarse del acaparamiento y del exceso en la explotación, y también de contrarrestar la política inglesa llamada de "puertas cerradas" y sus leyes llamadas drásticas, que excluyen a los extranjeros en el dominio y explotación de minas de petróleo."

"Además de Estados Unidos, las reservas están en todos los países: México, Bolivia, Perú, Venezuela, Colombia, Rumania, Turquía, Checoslovaquia; entre nosotros están también en el hecho y dentro del régimen actual, implantadas de una manera definitiva."

"Esta ley confirma las reservas fiscales de Comodoro Rivadavia y Plaza Huincul, que datan de muchos años atrás, desde el día de su primer descubrimiento, ampliadas, naturalmente, en su extensión, para amparar todo lo que actualmente está reconocido o considerado como explotable por Yacimientos Petrolíferos y para evitar la situación poco conveniente de que todo aquello que haya sido descubierto y explorado con los recursos y sacrificios de la Nación pueda ser aprovechado gratuitamente por empresas o por particulares."

"De manera, que la institución de las reservas es aquí, en nuestro país, de mayor conveniencia y exigencia que en ningún

otro, toda vez que hemos asentado un régimen especialísimo, acaso único en el mundo, de que el Estado se convierta directamente en empresario y explotador de minas de petróleo, por intermedio de Yacimientos Petrolíferos, cuya eficacia y acción ha de considerarse más adelante el Senado, al tratar las atribuciones y la personería que se le confiere.

"Además de estas reservas para determinados territorios federales, se autoriza al Estado con una medida de gran importancia y significado, que quiero destacar. Se permite al Estado fijar zonas de reservas, sin fijarles por ley ubicación ni superficie, por un plazo que no exceda de diez años, en cualquier momento que crea conveniente retirar de la explotación particular alguna zona. Esta es una facultad extraordinaria que sin duda tendrá que ser usada por los gobiernos con mucha cautela y cuidado; es un arma excepcional, que acaso pueda usarse pocas veces, persiguiendo siempre un indiscutido, un alto interés público general; nunca con un criterio exclusivamente particular o comercial."

"Después, hay todavía una otra clase de reserva, que se podría llamar la reserva automática que se produce a raíz de toda concesión de explotación; cuando se concede a un particular una superficie para la explotación, automáticamente se produce una reserva para el Estado... que el Estado no puede explotar sino directamente o con sociedades mixtas."

"Tenemos también asegurado por el proyecto, el control del transporte, que es la llave maestra en esta cuestión, como que los grandes trusts, la Standard Oil, por ejemplo, inició su poderío enorme, con la explotación de los oleoductos que cruzan todo el subsuelo de la Unión, ideados por el genio de Rockefeller. El control del transporte es de una importancia única en esta materia y por eso la ley propone que lo mantenga de una manera casi inflexible el Estado nacional. Los oleoductos son nacionales cuando se construyen en territorio federal; cuando se hagan en las provincias y excedan los límites de una de ellas; cuando aunque no excedan los límites, sirvan hasta un punto de embarque o estación de jurisdicción nacional, también caen bajo esta jurisdicción y deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional. En caso de que las provincias otorguen concesiones de oleoductos, en igualdad de condiciones, el Poder Ejecutivo nacional tiene derecho de tomar para sí las concesiones. Las provincias tienen, como se ve, facultad dentro de su territorio, de acordar las concesiones de transporte que crean convenientes de acuerdo a esta ley."

"Las tarifas de todo el transporte de oleoductos son nacionales, deben ser justas y razonables y los transportadores estar sujetos a las leyes comunes de esta clase que rigen en el país."

"Los particulares también tienen derecho a construir oleo-

ductos para transporte general o para sus usos mineros, pero bajo tarifas y control del Estado."

"No creo que deba entrar por el momento, en mayores detalles sobre las facultades del Estado. Bástame para dar una idea sucinta y lo más escueta posible de los puntos fundamentales del proyecto, que con esto que acabo de examinar se obtiene en primer lugar la imposibilidad de toda concesión para no explotar o especular y que la explotación está controlada de una manera estricta por la ley y por el Estado. Así las cosas, de las minas continúan perteneciendo a la Nación o a las provincias, según el territorio en que se encuentren, de acuerdo con el artículo 1º de este proyecto, que no es sino la reproducción de uno idéntico del Código de Minería."

"La nacionalización consiste en que las minas pertenezcan exclusivamente al dominio privado de la Nación. Así lo proyectaron en 1917 los diputados Melo y Moreno; en 1919 el Ministro Demarchi, en 1923 el Ministro Le Bretón. En 1926 la Comisión de Industria y Comercio de la Cámara de Diputados, y así lo sancionó esta Cámara en 1927, agregándose el monopolio absoluto de la explotación del Estado de que me ocuparé más adelante. Lo que nos hemos aceptado jamás que para resolver entre nosotros la cuestión del petróleo se deba despojar de sus dominios a las provincias y declararlas incapaces de explotar y administrar su riqueza en concordancia con las altas conveniencias del país, hemos admitido siempre, que ese dominio privado de las provincias, como el de los particulares, puede ser restringido y limitado en la medida en que las conveniencias del país lo requieran."

"Pero eso de limitar o de reglamentar el Derecho, no es desconocerlo ni destruirlo. Y por consiguiente, solamente recordemos al Congreso la facultad de restringirlo, que emerge del artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional al proveer todo lo conducente al bienestar y a la prosperidad del país y para todas las provincias argentinas."

"En Estados Unidos, donde la mayoría de las explotaciones y empresas vinculadas al servicio público, está en poder del capital privado, es de ley y de jurisprudencia uniforme que el gobierno, el Estado, pueda intervenir con toda la eficacia que sea necesaria, para hacer que esas explotaciones vinculadas al servicio público y al interés general de la Nación sean controladas y vigiladas por el Estado nacional, en la medida que las circunstancias y conveniencias generales lo reclamen."

"Corresponde tocar en último término lo que se relaciona con los derechos de exploración y explotación concedidos a los particulares."

"Siguiendo una buena regla de técnica legislativa este proyecto respeta la estructura del código, no lo despedaza, de suerte

que sus principios generales, la jurisprudencia de tribunales y administrativa seguirá siempre rigiendo; mantiene la propiedad ilimitada del dominio minero, tal como está en el código, sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros, no obstante de que eso es muy común en las leyes de muchos países. Cabe hacer constar que en el Parlamento argentino jamás se ha propuesto un distingo semejante. Se mantienen el canon y el laboreo legal, el primero como un atributo de la soberanía, como un procedimiento creado por la ley para adquirir, conservar y perder el dominio minero; y el laboreo legal, que consiste en la inversión de capitales, con trabajo determinado de antemano por la ley, que es lo que asegura y pone a cubierto a los acaparadores por especulación, de las grandes concesiones para no explotar."

"Las superficies de exploración y explotación que son muy reducidas en el Código de Minería para los demás metales, como que no contemplaba, ya lo he dicho anteriormente, la existencia de esta industria petrolífera en la época en que ese código se sancionó, han sido considerablemente ampliadas en su extensión, de suerte que un explorador que tiene derecho a obtener un área de 2.000 hectáreas para cada concesión de explotación, puede llegar hasta 10.000 tomando 5 unidades en cada partido de provincia o cada territorio federal, o hasta 15.000 según el caso, si está colocada fuera de una determinada extensión, respecto de una mina ya descubierta. Por cada concesión de exploración de 2.000 hectáreas corresponde una adjudicación de explotación de 500 hectáreas."

"La ampliación de la zona de exploración no ofrece ningún peligro de acaparamiento y es conveniente para el mejor éxito o eficacia de la explotación privada, toda vez que está perfectamente controlada por la inversión de capitales y de trabajo y que se reducen después esas extensiones, cuando se hacen descubrimientos y se trata ya solamente de conceder para explotar."

"Se implanta por este proyecto la regalía que debe pagar toda mina, de 8 a 2 por ciento del producido bruto. La regalía es una institución también unánime e indiscutiblemente admitida por la legislación de todo el mundo, como la contribución más adecuada para aplicarla a la explotación del petróleo. Tanto es así, que data desde el proyecto del año 1913 del ministro Mujica que la fijaba en 10 por ciento; el de la Confederación Argentina de la Industria, el Comercio y la Producción, del 3 al 10 por ciento; el de la Comisión de la Industria de la Cámara de Diputados de 1927, el 10 por ciento; el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1916, el 10 por ciento, producido bruto o equivalente en dinero; el proyecto de 1919 que lo fijó en 8 por ciento, cuando se elevara el beneficio a más de un 20 ó 35 por ciento; la ley del Perú de 1925 que fija la regalía en 10 por ciento; la de Méjico de 1925 que fija del 5 al 15

por ciento, según la producción; la de Bolivia de 1921 que establece un mínimo de 11 por ciento; la de Ecuador de 1925, del 5 al 12 por ciento; la de Colombia de 1923 que fija un mínimo del 10 por ciento; Estados Unidos tiene una regalía del 5 al 12½ por ciento."

"Los proyectos del Poder Ejecutivo y del señor senador Serrey, que son los que han servido de base al despacho de Comisión que estoy informando, proponen: el del Poder Ejecutivo el 12 y medio por ciento como mínimo a todos los hidrocarburos y el del señor Senador Serrey el 10 por ciento. De manera que la Comisión se mantiene alrededor de cifras unánimemente admitidas como convenientes para esta clase de explotaciones."

"Lo principal, y sobre todo esto llamo la atención del Honorable Senado, es que si esta ley llega a sancionarse, tendremos que el régimen de toda concesión estará rígido por ella."

"Es necesario concluir con las improvisaciones y con la incertidumbre en que se ha vivido durante tantos años en materia de explotación petrolífera, precisamente por no existir una ley y por que esto, tomado como pretexto unas veces y como causas plenamente justificables otras para defender altos intereses que no tenían otra defensa posible, ha servido para retraer sin duda muchas iniciativas y muchas inversiones de capitales y para colocarlos en una situación de completa, no diré, ilegalidad, pero sí al margen de toda regla fija y seria."

"El Poder Ejecutivo Nacional en su proyecto propicia el régimen de las concesiones para cada caso, de tal suerte que cada pretendiente a una concesión para exploración y explotación de petróleo, debe ir al gobierno nacional o provincial a proponerle un contrato especial con cláusulas que deben librarse a la decisión de las partes o con franqueta únicamente a la del gobierno. Esto, que puede ser muy bueno, cuando hay, como ahora, funcionarios que habrán de mantener la rectitud y la seriedad necesario en el procedimiento, debe resultar muy malo si se administra por otra clase de funcionarios. Dejar la concesión al arbitrio y determinación del Poder Ejecutivo en cada caso es abrir las puertas al favoritismo y a la politiquería, y a todos los inconvenientes que influyen en toda clase de tramitaciones comerciales ante las oficinas públicas."

"Ese es el régimen que proyecta la provincia de Salta, con la diferencia de que, el Poder Ejecutivo Nacional tiene derecho y sin duda razones respetables de proponerlo al Congreso de la Nación, pero no tiene ningún derecho de hacerlo, en igual sentido, el gobierno de Salta a la Legislatura local."

"Quiero solamente, dejar bien claro, con esto, que es necesario dar a la industria privada todas las seguridades y garantías

de estabilidad y legalidad que son necesarias para hacer que ella prospere."

"Continuando con el carácter y naturaleza de la explotación privada que se autoriza por esta ley llegamos a las sociedades mixtas, que deben ser constituidas como sociedades anónimas con capitales comunes entre el gobierno y los particulares que deseen formarlas."

"Las sociedades mixtas tuvieron gran expansión y auge, especialmente después de la guerra, con leyes muy adelantadas, como la austríaca, que comprende toda clase de explotaciones públicas, hasta las de carácter municipal.

"Se cita como ejemplo clásico de estas asociaciones la de la Anglo Persian, que es una empresa hecha por el capital inglés representada por el Almirantazgo, que tiene la mayoría de las acciones, y capitales que habían acaparado los yacimientos petrolíferos de la mesopotamia persa."

"Con la concurrencia y la participación que esta ley quiere dar al capital privado, controlada como se ha visto por razones de alta conveniencia y seguridad nacional, y no por razones de una competencia desleal o de índole exclusivamente comercial, se respeta también la libertad de trabajar, comerciar y de ejercer toda industria lícita que ampara nuestra Constitución."

"Las facultades extraordinarias que se dan al Estado, tienen el carácter que reiteradamente les he dado en este informe, excluyendo toda interpretación que signifique una persecución contra el capital o industria que lealmente quieran explotar nuestra industria petrolífera, que no se pueden dar, a mi juicio, para otra clase de explotaciones y negocios que no revisten este carácter especialísimo del petróleo."

"La razón de esto la va a escuchar el Senado con el párrafo del discurso que el presidente Hoover pronunció en 1929, en Madison Square Garden: "No se puede extender la autoridad del gobierno sobre la vida de trabajo de un pueblo, sin convertirlo al mismo tiempo en el amo de las almas y los pensamientos de ese pueblo. Cada avance del gobierno en el orden industrial y comercial, trae como consecuencia que, para defenderse de sus errores y equivocaciones es llevado irresistiblemente e impacientemente a un control cada vez mayor de la prensa, y después de la tribuna nacional. La libertad de palabra no vive muchas horas después que la libertad de industria y de comercio muere; es un falso liberalismo aquel que se traduce en la administración gubernativa de los negocios comerciales. Cada paso hacia la burocratización de los negocios de nuestro país, enviene las raíces mismas del liberalismo, esto es la igualdad pública, libertad de palabra, libertad

de reunión, libertad de prensa, e igualdad de oportunidad; uno de los más grandes problemas de gobierno es determinar en qué grado debe regular y controlar el comercio y la industria y en qué extensión los dejará librados a sí mismos."

"En principio, la nacionalización, desde un punto de vista general y económico, es simplemente el monopolio absoluto del yacimiento, el acaparamiento sin controlador de la única fuente de producción, es decir, que es el más eficaz de los monopolios."

"Los que sostienen que el yacimiento puede ser monopolizado y que pueden quedar libres para la industria privada los demás trabajos de industrialización y de comercio, se olvidan que siendo uno solo el dueño de la materia prima, que la recoge sin controlador ni cargo alguno, puede imponer todas las condiciones, todas las cargas, también sin controlador. Y entonces no existe libertad de trabajo ni de industria."

"La nacionalización y el monopolio de este punto de vista es de programa estrictamente soviético. El tercer Congreso Panruso del Soviet sancionó, en el año 1918, una constitución cuyo artículo 3º dice: "Para realizar la socialización de la tierra se suprime la propiedad de ésta; todas las tierras decláranse de propiedad nacional, sin ninguna clase de indemnización, sobre la base de igual goce de las mismas para todos; los bosques, el subsuelo, el ganado, y los instrumentos, así como las propiedades y empresas agrícolas, se declaman de propiedad nacional".

"Se ve, pues, que la nacionalización es la declaración previa de la socialización; es la antesala de la confiscación sin indemnización. Pero en Rusia, sólo en teoría se ha devuelto al pueblo el goce y uso de los bienes naturales, porque en la práctica lo que realmente existe, es el monopolio, el acaparamiento absoluto por el Estado dictatorial y omnipotente; el pueblo es esclavo, con suéldos de hambre, divididos siempre en clases según su diferente capacidad de producción, con escasos bienes particulares, pero al fin bienes, transmisibles como en cualquier otra parte por medio de la herencia."

"En 1922 se dictaron todavía algunas leyes en Rusia sobre la nacionalización de minas, confirmando el principio del dominio absoluto del Estado y declarando la nulidad de todos los derechos y concesiones existentes hasta esta fecha; pero como la nacionalización no produce ni dinero ni máquinas, y si hambre y ruina, resultó, después de todas estas declaraciones tan interesantes que seabo de leer, que Rusia volvió a entrar en combinaciones con todos los grandes trusts del petróleo, la Royal Dutch Shell, la Standard Oil, la Anglo Persian, pagándole al Estado la regalía y controlando su explotación el Banco de Estado del Soviet. El

comercio exterior del petróleo ruso quedó igualmente en manos de los trusts extranjeros.

Yo sé, que en teoría también se hacen distinciones entre nacionalización, socialización, monopolio, socialismo del Estado o capitalismo del Estado, como también se le llama; pero en el fondo de las cosas hay una que no puede desconocerse ni negarse: es el Estado todopoderoso, el Estado patrón, sea burgués o socialista, que no admite competencia."

"La Comisión ha trabajado bajo la inspiración de un fuerte espíritu nacionalista —ya lo dije antes— y netamente argentino, como que sus proyectos se asientan en las bases mismas del federalismo de nuestra Constitución y en todas las garantías que ella consagra, de las cuales no es necesario apartarse para alcanzar las mejores conquistas en todos los órdenes de la legislación, de la ciencia y de la industria."

Las largas transcripciones que este trabajo contiene hacen que su mérito, en realidad deba transferirse a quienes en esas transcripciones coinciden con lo que es la buena doctrina constitucional.

Es indudable que cuando se reforme la ley minera y si se desea que la industria tenga un firme basamento jurídico dotándola de normas legales que permitan su creación y desarrollo, será necesario no pasar por alto tan interesantes opiniones. Como primer problema se presenta el relativo a la propiedad de las minas, y ese problema no tiene otra solución que aquella que nuestra constitución pregona: Las minas son del Estado nacional o provincial según el territorio en que se encuentren. La legislación debe devolver las minas a las provincias cualquiera que sea la naturaleza de los yacimientos. Esto no obsta para que mediante los resortes que la misma Constitución contiene la Nación pueda coordinar, empleando sistemas adecuados y en atención al bienestar general, a las necesidades del comercio interno y externo y de transporte de materias primas y materiales diversos, el régimen general de la industria que puede inclusive mantener en forma adecuada antes de explotación que trabajen sin aplastar los derechos de las provincias y de los particulares.

Asimismo, debe mantenerse la prohibición que contiene el Código respecto de la actividad minera del Estado. El Estado industrial ha ocasionado ingentes pérdidas a la masa de contribuyentes, y no hay teoría que sea lo suficientemente convincente para cohesionar la actividad política y administrativa que es la esencial al Estado con actividades que le son ajenas y que sirven para crear enormes organismos burocráticos que casi sin excepción trabajan a pérdida y enjagan esas pérdidas recurriendo

al inacabable pozo constituido por las "rentas generales", que no son otra cosa que las sumas extraídas a los contribuyentes merced a una política fiscalista que cada día ahoga más a quienes realmente trabajan, para suministrar recursos a la extendida e ineficaz burocracia oficial.

También la nueva ley minera deberá ajustar sus principios a las modernas técnicas y a las nuevas necesidades: Ya no se cava con el martillo con que se golpeaba el cerro; ahora existe el gran cateador que desde el aire puede localizar minerales abarcando millares de hectáreas en poco tiempo. Tampoco las sustancias minerales pueden clasificarse como están; hay, en fin, una serie de problemas múltiples que deberán ser resueltos por hombres entendidos en la materia desde los puntos de vista jurídico, económico, financiero e industrial. Esto tendría, por lógica, que ser motivo de otro trabajo de mayor aliento.

ENSAYOS

LA REMUNERACION COMO FACTOR DE COSTO EN EL PRECIO. LOS ASPECTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR, DEL CONSUMIDOR, DE LAS INCIDENCIAS DE LA POLITICA FISCAL

OSCAR NORBERTO BARRESI

INTRODUCCIÓN

Múltiples son los factores que, directa o indirectamente, inciden en el precio de determinado bien o servicio. Tarea sumamente compleja es poder determinar en qué medida —o relación porcentual sobre el total del precio— incide tal o cual factor.

Sin embargo, ello no obsta para encarar enfoques acerca de la influencia que en el proceso de costos le corresponde a cada uno de los elementos que integran el valor de mercado de un producto o servicio cualquiera.

Nuestra tarea consistirá en determinar la participación del factor trabajo dentro de la estructura de los precios. Para que lo expresado sea más claro, y ejemplificando con un objeto de la vida diaria —por ejemplo un libro cuyo precio fuera de m\$ 1.000— trataremos de ver por qué métodos puede llegarse a determinar cuántos pesos, del total de los mil, se han abonado en concepto de mano de obra, para apreciar así la importancia que el trabajo, como factor de costo, tiene en el proceso económico.

Desde otro punto de vista, y manejándonos con cifras y no sólo con métodos, estructuras o sistemas, encararemos el problema desde la posición estadística. En tal evento, nos será posible mostrar de qué modo ha estado presente desde el punto de vista porcentual este elemento de costo en la economía no ya de una empresa o de un determinado grupo o tipo de actividad, sino desde el panorama más amplio de la economía general del país (magnitudes macroeconómicas).

Más adelante estudiaremos el problema desde un ángulo distinto: así analizaremos la estructura del precio desde una posi-

ción no externa —o si se prefiere puede denominársela “no particularista”, sino ya desde la situación del consumidor, que emplea para la satisfacción de sus necesidades los medios de pago que, a su vez, han tomado parte del precio que ahora habrá de cobrar para adquirir determinado producto o utilizar un servicio. Tal enfoque pondrá de relieve una vez más, las íntimas vinculaciones que hay entre lo económico y lo social, y será idóneo para mostrar cómo en la estructura económica de un país no existen zonas aisladas o enquistadas (esto es, sin vinculación con el proceso económico general de la nación), sino que la interdependencia de elementos es tal que cualquier análisis bien encarado de determinado sector debe tener en cuenta, necesariamente, una inmensa cantidad de circunstancias relacionadas con el mismo.

También analizaremos el problema desde el punto de vista de la política fiscal, lo que nos permitirá arribar a ilustrativas conclusiones.

Compleja, pero no por ello menos interesante, es nuestra tarea. Expuesta ya, en sus principales lineamientos, la estructura de nuestro trabajo, pasaremos ahora a la consideración específica de cada uno de los aspectos del mismo.

ENCUADRAMIENTO DEL TRABAJO DENTRO DE LA TEORÍA DE LOS FACTORES DE LA PRODUCCIÓN

Idea general

En doctrina se considera que, sustancialmente, los factores de la producción son el trabajo, la tierra, el capital y la empresa. La retribución que se abona a tales elementos son, respectivamente, el salario, la renta del suelo, el interés y la utilidad. De tal manera, en el precio siempre están presentes jugando papeles de diversa importancia, pero puede afirmarse que, por mínima que fuere, siempre coexisten tales elementos.

Covariaciones prácticas

Ahora bien: si no es posible, en principio, establecer cartones fijos de tales incidencias, existen pautas que permiten, en gran medida, afirmar cuál de dichos factores será más predominante en determinado caso. En lo que a la incidencia del factor trabajo se refiere, es dable comprobar que el mismo disminuye sensiblemente en aquellos casos en que hay un alto grado de tecnificación; obviamente, la contrapartida será un incremento en el sector inversiones. Dicho en un ejemplo práctico, resultaría que si en una fábrica de dulces, el proceso de elaboración de los mismos se efectúa principalmente en forma manual, lo mismo que su envasado, el rotulado, el proceso de colocación en cajas,

etc., y tal industria emplea cien operarios, tecnificándola, es decir, sustituyéndose el concurso del hombre por el de la máquina, podrá comprarse que tal personal disminuye; quizás unos pocos operarios puedan controlar una línea de fabricación automática, que incluya el envasado, rotulado, encajonamiento, etc., mecánicos. Si antes se abonaban —citemos una cifra arbitraria para simplificar el ejemplo— en concepto de remuneraciones mñ 2.000.000 mensuales, quizás ahora se abonen por el mismo concepto sólo mñ 100.000, pero se habrá invertido en maquinarias, instalaciones, etc., cifras muy considerables.

La incidencia del factor trabajo también disminuye de acuerdo a determinadas circunstancias sociales o ambientales, que permiten disponer de mano de obra de más baja remuneración en algunas zonas geográficas que en otras. Y de tal manera, el mismo producto, con igual índice de calidad o especificaciones técnicas, podrá resultar en un país, o aún dentro de un país en distintas zonas del mismo, mucho más caro que en otro, pese a existir en ambos igual grado de tecnificación o, por lo menos, similares niveles de industrialización.

El ejemplo clásico de lo que afirmamos más arriba es el que brinda la comparación del costo de la mano de obra del Japón —país altamente industrializado, sin embargo— con otros países de similares condiciones de desarrollo: Estados Unidos de América, Italia, Francia, Gran Bretaña, etc. En muchos rubros —es el caso de la industria fotográfica y aún relojera, en los últimos tiempos— ha sido muy intensa la competencia que el país oriental ha hecho en los mercados internacionales a países clásicamente productores de dichos elementos: Alemania y Suiza. En el caso de la industria fotográfica, el avance japonés ha sido tal que, en muchas plazas, clásicamente "consumideras" de productos alemanes, se han visto "inundadas" por la competencia nipona, que, a la postre, desplazó a su rival. Productos de similares tipificaciones resultan mucho más baratos en el caso de procedencia japonesa; el menor costo de la mano de obra es el responsable de esta consecuencia económica.

Hay otros ejemplos para poner en relieve la importancia del tópico que estamos tratando; consideremos, sin embargo, que el precedentemente glosado es apto para llegar a medir la importancia que en la determinación de un precio tiene el factor trabajo.

El problema desde el ángulo de enfoque de una empresa

Háblamos dicho, al comenzar nuestro trabajo, que haríamos un doble enfoque: el del costo de la mano de obra en una empresa cualquiera y el tratamiento del problema considerándolo en magnitudes macroeconómicas.

Desde ya aclaramos que el sistema que estudiaremos en el primer caso no es el único ni el mejor; sin embargo, creemos que puede resultar el más claro, a los efectos de su análisis, sin perjuicio de que, llevado a la práctica, deba necesariamente ser complementado, ajustado o, en algunos aspectos, teniendo en cuenta la actividad a que debiera aplicarse, eventualmente rectificado.

Habiendo cuenta de estas aclaraciones, digamos en primer término que, siendo la mano de obra un factor importantísimo del costo de producción, en determinados renglones insume una suma mayor que la materia prima.

Su control es difícil y se procura llevarlo al máximo para obtener el más alto rendimiento posible y la mejor calidad de trabajo.

La determinación de la parte del costo que ha de corresponder a cada artículo producido (bien entendido que también puede ser un servicio determinado), puede ser fácil o difícil, dependiendo ello de la índole de la manufactura, del sistema de trabajo y de ciertos otros factores. Como el empleo de la labor humana es indispensable, no obstante el adelanto de la maquinaria moderna, los ingenieros y los contadores de costos y, en fin, todos los especialistas en esta materia, dedican una atención preponderante a este factor; a tal fin, se estudian los más insignificantes movimientos del operario para establecer si el procedimiento que se aplica es el más perfecto, el que insume menos tiempo, y el que más exacta y rápidamente realiza el trabajo encargado.

Un serio problema lo constituye para el cálculo de costos la denominada "mano de obra indirecta", es decir, aquella que no puede adjudicarse a un producto determinado. Hay distintas formas de distribución, más o menos aceptables, dependiendo la más conveniente del tipo de industria y de las circunstancias inherentes al caso especial que se contemple.

El tiempo perdido, o mano de obra improductiva, es otro factor que, ineludiblemente, debe computarse por separado, para buscar incluirlo en el costo, en la forma que mejor corresponda.

La mano de obra; sub-tipos

La mano de obra aplicada a un producto cualquiera, puede ser directa o indirecta. Alguna doctrina económica adjudica un valor relativo a esta discriminación; sin embargo, la hemos adoptado por las consideraciones que hicimos al encarar esta parte del trabajo y que, "brevitatis causa", damos por reproducidas en este lugar.

Se entiende por "mano de obra directa" la que se aplica de

modo inmediato a la elaboración y comprende, indistintamente, al jornal que se paga al operario, haga una labor manual o vigile u opere ante una máquina. En ambos casos, las unidades producidas recibirán su proporción de mano de obra directa.

Debe excluirse, de este rubro, lo pagado por sueldo y jornales de personal de vigilancia, a los servicios auxiliares, etc.

Toda vez que se pueda individualizar un desembolso como adjudicable concretamente a un artículo, éste debe soportarlo en su costo; tal es el caso de la "mano de obra directa".

Ahora bien: si un operario cumple una función determinada en un producto, tal programa no ofrece dificultad; si durante el día llena esa función en dos o tres artículos distintos, tendremos que contemplar el problema del tiempo que ha dedicado a cada uno de ellos; si el sistema de remuneración contempla un precio semanal o quincenal a cada obrero, de una sección determinada, colectivamente o en base a unidades producidas, aparecerá otro factor que deberá ser computado en el cálculo del costo.

Es evidente que todo lo que se pague por jornales debe seguir algún proceso de análisis y discriminación para determinar la incidencia de la suma pagada en el costo individual de cada artículo.

El problema fundamental del cómputo de la "mano de obra" directa, radica en la forma en que se remunera al operario, pudiéndose citar los siguientes casos clásicos:

a) Jornal diario: es la situación más simple, pero la que a su vez exige mayor control para llegar a la apropiación exacta de lo pagado a la producción rendida. Se necesita controlar el empleo diario del tiempo de cada obrero y conocer el rendimiento en unidades de producción.

b) Jornal por hora: se presta más que el anterior al control del rendimiento porque las tareas se pueden calcular en unidades de tiempo menores.

c) Jornal a destajo o por pieza: desde el punto de vista de la aplicación al costo, es el sistema más exacto y menos complicado. No es, empero, el más difundido; por el contrario, son contados los casos en los que se aplica debido a razones de índole extra-económico que no son del caso analizar aquí.

d) Planes especiales: casi todos ofrecen más o menos dificultades para la correcta determinación del costo.

En resumen: el cómputo de la "mano de obra directa", y su adjudicación al costo sigue un proceso que, en su estructura esencial es el siguiente:

1.—Conocimiento anticipado, día por día, de qué personal ha concurrido al trabajo. Esto reviste particular importancia cuando el jornal se ha fijado por día. Los sistemas utilizados por la gran mayoría de industrias —y en forma totalmente generalizada cuando la empresa es de relativa importancia— permiten cumplirlos en forma eficiente, pues por medio de ellos se computa no sólo la asistencia por turnos, sino la hora de llegada y salida de cada operario.

2.—Utilización de sistemas de control de tiempo, por medio de los cuales pueda registrarse el momento en que cada operario cambia de tarea. Esta etapa es de más difícil concreción, no sólo por el costo que significa mantener el plantel técnico que haga dichos controles (lo que hace que sólo grandes empresas puedan utilizarlos), sino por la eventual resistencia por parte del personal a ser controlados en este sentido. Empero, en industrias de gran envergadura se emplea.

3.—La suma total de los que haya de pagarse en un período determinado a todos los operarios, técnicamente deberá igualar al importe total de la distribución de este costo a:

- a) Costo directo de producción;
- b) Tareas extras de servicios, reparaciones u otras especiales;
- c) Tiempo perdido.

En lo que a "mano de obra indirecta" se refiere, digamos, para empezar, que técnicamente resulta un tanto complejo intentar una definición de dicho rubro por la vastedad de elementos que comprende. Por vía de exclusión, y teniendo bien en claro el concepto de "mano de obra directa", puede afirmarse que, dentro del rubro general "mano de obra", todo costo que no corresponda imputar a lo aplicado en forma inmediata a la elaboración del producto deberá ser considerado como "mano de obra indirecta".

Su monto tiende a crecer continuamente, superando a veces el desembolso que ocasiona el de los jornales directamente aplicados a la producción.

Tal es el caso de la retribución a capataces, revisores de control, superintendentes, inspectores, gerentes de fábrica y técnicos. También debe considerarse la retribución a obreros de servicios auxiliares, de aprovechamiento común: producción de fuerza motriz, transporte horizontal o entre pisos, personal permanente de estudio de tiempos y movimientos, de investigaciones, y dentro del amplio rubro de cargas sociales, el que representa los aportes a las cajas de previsión, el mantenimiento de

comedores sostenidos por la empresa o principalmente subvencionados, los consultorios médicos o salas de primeros auxilios, las salas-cuna o dispensarios, etc.

Todos los gastos que representan la satisfacción de los servicios enumerados— a título ejemplificativo, ya que una nómina más o menos completa sería interminable— en el párrafo anterior, no pueden ser imputados como de aplicación inmediata a la elaboración del artículo; representan, casi siempre, una proporción preponderante del desembolso semanal o periódico; este desembolso es exigido por la producción y debe ser soportado por ella en su costo; la determinación de tantas funciones y/o servicios con relación a la cantidad de artículos fabricados, al tiempo que cada uno ha exigido en los diferentes procesos unitarios, etc., equivale a un problema en el que se necesita un conocimiento preciso de la técnica industrial y experiencia en la organización y manejo de empresas del tipo que se trate.

La base de distribución deberá ser la producción obtenida, en cifras o en unidades según sea más lógico para el caso particular; a título de ejemplo, digamos que el costo de superintendencia, verbigracia, tendría que seguir el primer método porque, se afirma, ese funcionario controla todos los elementos que intervienen en la producción y elaboración, ya sean departamentos productivos o de servicios; el gasto de capacitación será imputable a cada uno de los departamentos donde se desempeñan; el de los inspectores se distribuirá según la cantidad unitaria de productos inspeccionados, etc. De todos modos, este problema será una cuestión eminentemente de hecho, a resolver según los casos particulares.

Lo antedicho puede constituir un panorama más o menos amplio del enfoque del problema a nivel de una empresa. Veamos ahora qué pasa en la economía general de un país o, dicho en otros términos, cómo se enfoca el problema en magnitudes macroeconómicas.

LA CONSIDERACIÓN DEL PROBLEMA SEGÚN MAGNITUDES MACROECONÓMICAS

Ides preliminar

En este terreno debemos considerar un par de aspectos previos imprescindibles para la mejor inteligencia del caso.

En primer término, no hablamos de sistemas para obtener un costo sino de guarismos y porcentajes. Ello es posible dado que en este caso no nos referimos a una estructura hipotética (una empresa cualquiera) sino a la concreta realidad económica de nuestro país.

En segundo lugar, se hace imprescindible aclarar —aunque, por lo demás, resulta obvio— que las cifras o relaciones porcentuales citadas sólo son idóneas para dar ideas generales de lo que significa la remuneración del factor trabajo, dado que la relación porcentual varía muchísimo de un sector a otro, tal como indicamos al iniciar este trabajo.

Lo antedicho no obsta para tener presente la importancia que este aspecto del estudio reviste; sólo son consideraciones que deben tenerse en cuenta para la correcta comprensión de esta parte de nuestro análisis.

El problema en guarismos

La remuneración del trabajo en relación de dependencia (incluyendo los aportes a las Cajas de Previsión), y su relación porcentual con las cifras del ingreso nacional, ha sufrido oscilaciones de importancia en los últimos veinte años. A los efectos de graficar mejor lo expresado, será ilustrativo el análisis del siguiente cuadro, extraído de los Boletines Estadísticos del Banco Central de la República Argentina, años 1958/61.

(En millones de pesos moneda nacional)			Relación porcentual entre ambos conceptos
Remuneración al trabajo en relación de dependencia (incluyendo aportes a las Cajas de Previsión)	Ingreso Neto Nacional		
1948	19.620	37.762	52 %
1949	28.457	44.483	59 %
1951	41.128	72.710	56 %
1952	50.577	82.811	61 %
1953	56.083	100.079	56 %
1954	64.678	111.024	57 %
1955	72.196	131.257	55 %
1956	86.398	159.971	54 %
1957	106.644	202.116	51 %
1958	133.600	287.908	53 %
1959	248.200	538.400	46 %

En los últimos años esta relación porcentual ha oscilado entre el 42 y 44 %.

El análisis de estas cifras revela que la participación directa del factor trabajo dentro del ingreso neto nacional sufre un sos-

tenido incremento entre 1948 (52 %) a 1952 (61 %), para luego sufrir una caída que, sin mayores alternativas, continúa hasta hace algunos años, en que tal porcentual parece haberse estabilizado entre el 42 y 44 %.

EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONSUMIDOR

En la vida de relación de una comunidad, el rol que cada individuo tiene en ella no es único sino, por el contrario, múltiple.

En efecto: dijimos en el introito del presente trabajo que analizaríamos la incidencia de la mano de obra, en función de factor de la producción, desde una posición "no externa", sino desde la situación del consumidor.

El operario o el empleado reciben una determinada remuneración. Quizás pueda ser ahorrada una parte de la misma pero, sustancialmente, se empleará la casi totalidad de ella para satisfacer sus necesidades de alimentación, vestimenta, educación de sus hijos, vivienda, etc.

Entonces, ese operario o empleado desempeña ahora el rol de consumidor. Y será principalmente aquí donde la correlación permanente y necesaria que hay entre lo social y lo económico se pondrá en evidencia; donde veremos cómo no puede concebirse la existencia de compartimientos aislados o enquistados; donde la mínima acción de un elemento, en un sector cualquiera, producirá su reacción en todos los otros sectores. Por ello, previo el análisis teórico de rigor, un esquema gráfico que transcribiremos, con las más actualizadas cifras, ratificará y ejemplificará, a la vez, cuanto aquí exponemos.

La faz teórica del problema

El salario es factor de costo de todos los bienes o servicios, tal como vimos y, simultáneamente, medio de subsistencia para el trabajador y su familia. Si se da preferencia al aspecto económico (limitar los costos) o al aspecto social (satisfacer las necesidades), la política de salarios tendrá determinado signo. Y en último término, según sea la tendencia, se sostendrá el criterio tradicional, que liga el salario a la productividad, o el nuevo principio social que establece su sustancia con independencia de aquella. Desde, ya, es fácil advertir que, la solución, requiere la evaluación y consideración de múltiples implicancias y factores socio-económicos y que el camino hacia una determinada política en este sentido está erizado de dificultades. La experiencia del último cuarto de siglo en nuestro país así lo prueba.

En la práctica, aparte de la alegación de mayores salarios en grupos de actividad similar o de ganancias excepcionales por parte de los empresarios, el motivo que más induce a exigir salarios más altos es el del aumento del costo de la vida. Pero con frecuencia, el alza en cuestión significa que la demanda de mercaderías excede la oferta de las mismas y en estas condiciones el aumento de los salarios determina todavía mayor presión sobre los consumos sin un compensador incremento de disponibilidades.

Si cada vez que el costo de la vida sube los sindicatos piden aumentos para contrarrestar la caída de los salarios reales, y si, como suele suceder, todos los grupos intentan prevenir esta caída pidiendo más salario a medida que asciende el costo de la vida, los aumentos agravan el problema en vez de corregirlo, pues traen como inmediata consecuencia que la demanda supere todavía más a la producción.

La ley del mercado y el salario posible

Los economistas demuestran numéricamente un hecho de general observación y que nos ha sido dable comprobar a través de lo que llevamos expuesto: la modificación porcentual del salario (mano de obra en relación de dependencia) con respecto al ingreso nacional, de un año a otro, es relativamente módico.

Y a este respecto es oportuno repetir que las ventajas excepcionales o "revolucionarias" que los trabajadores puedan obtener suelen provenir de una deducción de la parte de otros sectores. ¿Por qué? Teóricamente, la principal explicación parece ser que cuando los salarios en moneda se elevan más que la productividad de la mano de obra, y que de ello resulta un costo más alto del factor trabajo, el exceso del aumento monetario sobre el crecimiento de la productividad del trabajo se ve siempre compensado por la suba de precios. Si los precios son determinados por la utilidad marginal y los salarios son el resultado de aquéllos, lo que se puede pagar por el trabajo del obrero está fijado por lo que el consumidor desea pagar por el producto determinado.

Ahora bien: si los salarios no pueden ser aumentados con exceso sin desanimar al consumidor, tampoco las ganancias, como es lógico, pueden ser excesivamente restringidas sin desanimar al empresario. Pues si, a consecuencia de una presión gubernamental o sindical se hacen caer los precios por debajo de su punto de equilibrio, la consiguiente reducción o supresión de los beneficios disminuirá las inversiones y con ello el número de empresas nuevas. Amén de lo expuesto, hay que tener en cuenta, con relación a las industrias en funcionamiento, que los

efectos de tales reducciones o supresiones serían, necesariamente, el cierre de fuentes de trabajo por falta de interés del capital privado o, lo que es más grave aún, la quiebra, en más de un caso. También en este aspecto la experiencia argentina de los últimos años es suficientemente elocuente.

El proceso es bien conocido en esta "carrera" de precios y salarios: cada aumento de salarios que no esté compensado por un aumento de la productividad, acrece el costo de la producción. Si el Estado controla los precios o impide aumentarlos, quita su beneficio a los productores marginales y los elimina de los negocios, lo cual reduce finalmente la producción y aumenta el desempleo, o se produce el incumplimiento de la disposición que establece los topes de precios.

Sin embargo, aún en el caso de no controlar los precios, permitiéndose el aumento de los mismos según la evolución del mercado, la carestía desalienta finalmente al comprador, contrae la demanda y conduce también al paro.

Al considerar este tópico, es menester tener en cuenta una objeción que, con frecuencia, suele hacerse: según ella, por ser el aumento de los salarios uno solo de los varios factores que componen el costo, ha de hacer variar los precios en el correspondiente porcentaje. En efecto, según hemos visto, el costo de un salario en el conjunto de la producción de una unidad, es sólo una parte del costo total y si, por ejemplo, es una tercera parte, un salario aumentado en un 30 % requeriría una compensación en los precios de sólo un 10 %.

Pero se desvanece el aparente engaño en cuanto se reconoce que los otros gastos de la producción de una actividad dada (materiales, alquileres, transportes, promoción para las ventas, etc.) se reparten en los salarios aumentados por las otras industrias. En otras palabras: dichos gastos son también influidos en su costo por el nuevo salario aumentado de las industrias que proporcionan esos bienes y servicios.

El auge de los salarios y la expansión comercial

Si admitimos que la rentabilidad de las empresas no es el único factor en la cuestión enunciada y que debe considerarse la repercusión del alza de los salarios sobre la marcha de los negocios, debemos considerar a la "teoría del poder de compra" tan en boga últimamente entre los sindicatos. Según ella, el aumento de los ingresos de los trabajadores contribuye al auge de la economía, pues la depresión es debida a la insuficiencia de mercados y, en particular, a la insuficiencia del poder adquisitivo del asalariado.

Las políticas de salarios son sustancialmente dos: aquellas

que tienden a mantenerlos en su carácter de gastos de producción, directos y variables, y aquellas que los consideran gastos generales, indirectos y fijos.

La primera categoría obedece al principio de estrecha relación salario-productividad. Ello implicaría, en cierta forma, una participación en los beneficios: la que consiste en hacer variar el salario de los obreros con la productividad global de la Empresa, hecha abstracción de la productividad individual de cada trabajador.

La segunda categoría obedece al principio de aflojar el lazo que une salario y productividad. Habría aquí un diluimiento de la ley de concurrencia ante la ley política: la de la mayoría de los asalariados. Es el imperio de la denominada "tarifa sindical" fijada en los convenios colectivos de trabajo.

Cabe llegar a la conclusión de que los salarios son a la vez gastos de producción y gastos generales. El costo de producción del factor trabajo entra, tal como hemos visto, íntegramente en el costo del objeto producido. Los gastos fijos, generales, representan el costo obrero, al que hay que asegurar la existencia con trabajo, si lo hay, y eventualmente sin él, tal como las orientaciones contemporáneas del derecho del trabajo nos enseñan.

Lo expuesto tiene significado para una formulación de orden teórico. Sin embargo, juzgamos imprescindible complementar esta parte de nuestra exposición con un cuadro que muestre el aumento del costo de la vida desde 1960 hasta marzo de 1967, y su correlación con el aumento de los salarios en igual período en la Capital Federal.

La total dependencia de tales conceptos mostrados en la gráfica probará, una vez más, lo afirmado tantas veces a lo largo de este trabajo sobre las interrelaciones entre lo económico y lo social. La fuente del cuadro es el Boletín de Estadística (1967, enero-marzo) de la Dirección Nacional de Estadística y Censos.

LA INCIDENCIA DE LA POLÍTICA FISCAL

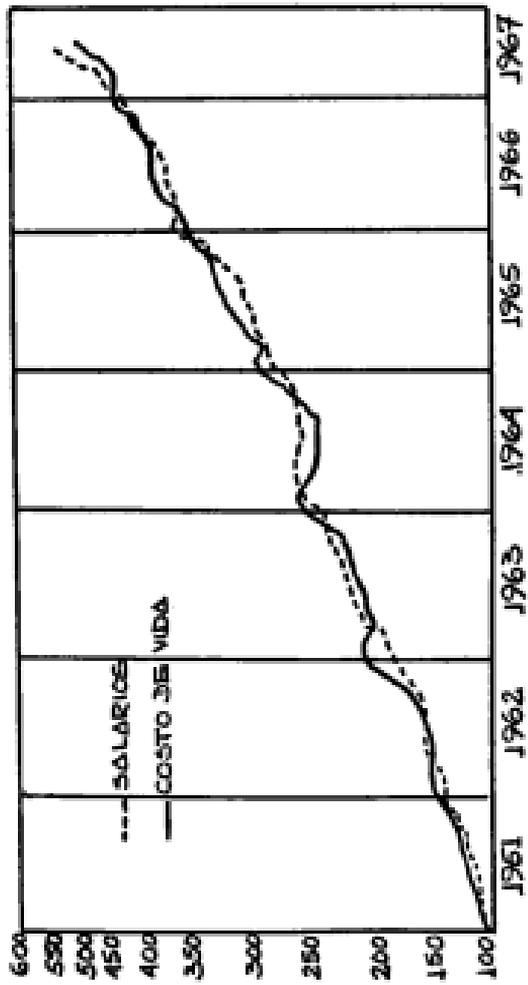
Ubicación del problema

Este es otro aspecto que, por sus implicancias, debe considerarse dentro del tema que estamos desarrollando.

Es obvio que, dada la naturaleza de nuestro trabajo, excedería sus límites lógicos hacer aquí un estudio de la intervención del impuesto en el proceso de formación de costos. La vastedad del problema podría ser objeto de varios trabajos monográficos; por otra parte, tal enfoque se alejaría de los límites de nuestra tarea.

INDICE BASE 1960 = 100

ESCALA LOGARITMICA



Agradecemos la colaboración prestada por los Arquitectos Alberto O. Goldbrun y Carlos M. Ibarra para la confección de este cuadro.

Sin embargo, es obvio que pueden haber —y de hecho las hay— importantes vinculaciones entre la política fiscal y la política de salarios.

La actuación fiscal

El Estado, en el ejercicio de sus poderes tributarios, grava distintos aspectos y etapas en la actividad económica de un país. De toda esa gama de actividades impositivas nos interesan, en este caso, las que de un modo u otro se vinculen con la retribución al factor trabajo. Veamos qué formas puede adoptar la política tributaria que puedan estar relacionadas con nuestro análisis.

En más de una ocasión la política impositiva de un país puede tender a estimular el establecimiento de industrias en general (caso de zonas despobladas o escasamente pobladas, como nuestra Patagonia) o en particular (éste sería el caso de estímulo a industrias especiales cuyo desarrollo interesa al país en general o a determinada zona geográfica). Por ejemplo, la instalación de industrias que tiendan a aprovechar recursos naturales de la zona geográfica.

La actitud del Estado en dichos casos puede consistir en conceder desgravaciones impositivas, que alentarán al capital privado a establecerse en tales zonas.

En este orden de ideas no será difícil concluir que por dichas vías, al establecerse nuevas industrias se habrá creado una nueva fuente de trabajo. Es decir: nuestras posibilidades de remuneración establecidas a través de los resortes de la política fiscal de un país.

Empero, el caso que con mayor relevancia puede interesarnos analizar será diverso del reseñado en el párrafo anterior.

Hay, principalmente, dos casos en los que la actividad tributaria estatal puede tener en cuenta, como objeto del gravamen, el trabajo en relación de dependencia.

El primer caso es el que surge de gravar, en forma directa, la remuneración al trabajo en relación de dependencia. Normalmente, el Estado establecerá un "mínimo no gravado" —denominado técnicamente "mínimo no imponible"— y permitirá la deducción de las llamadas "cargas de familia" y otras. Pero si tales caracteres son comunes, en sus lineamientos generales, a todos los sistemas impositivos aplicables a la remuneración al trabajo en relación de dependencia, la política fiscal podrá establecer mayor o menor presión, según los casos, y permitir, de tal suerte, la inclusión —o no— de mayor número de cargas, o el establecimiento de un "mínimo" más o menos alto.

De acuerdo con la presión tributaria en este aspecto, el sala-

rio real podrá variar y, consecuentemente, su incidencia en el precio del producto del cual la retribución al factor trabajo es muy importante.

También cabe otro aspecto en este análisis: es el impuesto aplicado al empleador en función de la mano de obra que tiene empleada. Un ejemplo podría ser el impuesto llamado de "educación técnica".

De acuerdo a cual sea la política en este tipo de impuesto, podrá incidir finalmente sobre el total de la mano de obra ocupada o, eventualmente, sobre el nivel de salarios y/o de precios. Vuelve a mostrarse aquí la interrelación entre lo económico y lo social. Nos apresuramos a aclarar que, normalmente, la incidencia de este impuesto será pequeña; sin embargo, la señalamos, a los efectos de no descuidar aspecto alguno que pueda tener vinculación con el tema.

CONCLUSIONES

Hemos analizado, a lo largo de este trabajo, la incidencia que la remuneración tiene como factor de costo en el precio. Nos ha sido dado encarar el tema en su faz teórica, a la par que hemos expuesto, en algunos casos, las conclusiones prácticas a que arribábamos. A modo de corolario, y en apretada síntesis de lo que aquí se ha expuesto, digamos que:

a) si bien los procedimientos para la determinación de la incidencia del factor trabajo en una empresa determinada son varios, entendemos que, por su claridad conceptual y aplicabilidad más generalizada, puede ser útil emplear el sistema de determinación de costo discriminado entre "mano de obra directa" y "mano de obra indirecta";

b) a magnitudes macroeconómicas puede apreciarse que la incidencia del factor mencionado tuvo su máxima importancia en nuestro país entre los años 1950-1952, habiendo luego descendido y tendiendo a mantenerse, en la actualidad, entre el 42-44% del ingreso neto nacional;

c) desde la iniciación del proceso inflacionario que sufre el país desde hace veintitrés años, las aparentes mejoras salariales sólo han sido paliativos momentáneos que perdieron su eficacia ante el incesante aumento del costo de la vida;

d) la política fiscal es un factor que, en un análisis de esta naturaleza, debe necesariamente ser tenido en cuenta en forma muy especial.

Estas son, a nuestro criterio, las principales consecuencias que, a través del desarrollo del tema, han surgido.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Boletín Estadístico del Banco Central de la República Argentina, años 1953/54/55.
- Boletín de Estadística - Dirección Nacional de Estadística y Censos, enero/marzo 1957.
- Revista Internacional del Trabajo, Vol. LVI, núm. 3, dic. 57.
- Revista del Trabajo, octubre-noviembre de 1958.
- A. AMIGO y O. H. BORDARAMPE: Costos de Producción, Bs. As., 1959.
- MARCAL PASCUCHI: Política de Salarios. Buenos Aires, 1957.
- Técnica Económica - Año 11, núm. 1-2, Madrid, 1957.
- Boletín Mensual del First National City Bank of New York, Nueva York, abril de 1962.
- SAMUELSON, PAUL: Curso de Economía Moderna, Madrid, 1961.
- Revista Interamericana de Seguridad Social - N° 1, 1966.
- GIULIANI FONROUGE, CARLOS M.: Derecho Financiero, Bs. As., 1962.

PREDICTIBILIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

EDUARDO RAÚL CATTERBERG
y MARIO ERNESTO ABLIN

I. - INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se pretende esbozar la posible utilización de un modelo sociológico multivariable mediante el método de experimentación numérica o simulación a la problemática jurídica.¹

Esta primera aproximación trata de sugerir la factibilidad de la creación de un modelo de análisis de decisiones judiciales para lo cual se han utilizado determinadas variables e hipótesis aplicadas en trabajos sociológicos anteriores.

Investigaciones futuras exigirán una construcción más amplia y completa del modelo, con su correspondiente formulación acompañada de la adecuada corrección y refinamiento.

Este trabajo se basa fundamentalmente en los aportes científicos de los matemáticos Carlos Domingo y Oscar Varsofsky y de los sociólogos Torcuato S. Di Tella, Oscar Corbelli y Ezequiel Gallo.

II. - OBJETIVOS DEL TRABAJO

1) Esbozar la factibilidad de un modelo sociológico para el análisis y predicción de decisiones judiciales. 2) El modelo se circunscribirá en su aplicación a la República Argentina. 3) Tenderá a predecir decisiones judiciales a nivel de "cosa juzgada", es decir sentencias inamovibles que son las emanadas de las Cámaras Nacionales de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III. - METODOLOGÍA

a) Se analizan las actitudes que prevalecen en las distintas clases e instituciones sociales frente a posibles decisiones judiciales. Eso en el modelo es llamado "Actor Social". b) También se analiza el tipo de estructura social que resulta de su mutua

interacción (grupos e instituciones). c) Las características económicas, sociales y culturales de los actores y de la estructura social son tomadas como variables independientes. d) Son variables dependientes las distintas decisiones judiciales a analizar. e) El texto legal es considerado una variable exógena, es decir, representando una influencia externa independiente del sistema social.

IV. - ESTRUCTURA GENERAL DEL MODELO

A) VARIABLES DEL ACTOR

A-1, *Lista de Actores:*

Grandes Terratenientes (Sociedad Rural, Federaciones Agrarias);	Los Intelectuales (Profesores Universitarios, Escritores, Ensayistas);
Grandes comerciantes (Importadores y Exportadores);	Ciertas élites;
Grandes comerciantes (Importadores y Exportadores);	Burocracia Pública;
Grandes Industriales (Unión Industrial C.G.E.);	Clase media alta urbana;
Capital extranjero;	Clase media baja urbana;
La Iglesia;	Clase media rural (Cooperativas agrarias);
Las Fuerzas Armadas;	Clase proletaria urbana (C.G.T. Sindicatos);
	Clase proletaria rural,

Los jueces no son considerados como actores, por entender que su designación y su actuación posterior es producto de las diferentes coaliciones de poder político y social existentes entre los distintos actores sociales. Lo mismo respecto del Gobierno.

A-2, *Características Sociales de los Actores:*

Status Económico;	Información;
Prestigio Social;	Educación;
Movilidad Social;	Poder Político;
	Incongruencia de Status.

A-3, *Características referentes a los intereses económicos de los actores:*

Proteccionismo económico;	Predominio de la propiedad estatal;
Liberalismo económico;	Apoyo a actividades modernas;
Nivel de gastos públicos;	Apoyo a actividades tradicionales.
Predominio de la propiedad privada;	

A-4. Características referentes a mentalidades e ideologías de los actores:

Autoritarismo;	Conservatismo;
Religiosidad;	Liberalismo;
Nacionalismo;	Igualitarismo social;
Disposición a la violencia;	Populismo.

B) VARIABLES SOCIALES

La evaluación del sistema lo realizamos en base a ciertas variables sociales susceptibles de cambiar cualitativamente y cuantitativamente por el transcurso del tiempo.

Variables	Poseibilidades
Tipo de Estructura Económica	De planificada a libre
Forma de Gobierno	Democracia representativa, Democracia popular, Autoritarismo
Participación de las Fuerzas Armadas	Prescendencia - Control del Gobierno
Forma de Asignación de los roles	Adquisición - Adscripción
Organización familiar	Paternalista - Liberal
Nivel Tecnológico	Bajo nivel - Sociedad Industrial
Grado de conflicto social	Estabilidad - Revolución
Forma educacional	Enciclopedia - Técnica - Estatal Privada
Tamaño de la población	
Porcentaje de residencia urbana	
Producto bruto (Interno y Per cápita)	
Ubicación del sistema económico en la coyuntura económica internacional	Dependiente - no dependiente
	Exportación de productos primarios
	Exportación de productos manufacturados
Legitimidad social	Alta - Baja
Legitimidad política	Alta - Baja
Eficacia social	Alta - Baja
Anomía	Alta - Baja
Distribución de la propiedad y de los medios de producción	Privada - Estatal
Tamaño medio de las unidades de producción	Pequeñas empresas

V. - HIPÓTESIS JURÍDICAS

Siendo la intención del presente trabajo esbozar solo la factibilidad de un modelo de análisis multivariable, se han elegido a título de ejemplo sólo dos temas extraídos de distintas materias jurídicas y que podrían ser objeto de una decisión judicial. Desde luego destacamos que en el caso de construirse el modelo como un todo, sería preciso formular una cantidad muy superior de hipótesis jurídicas, único modo de someter la construcción a un adecuado proceso de verificabilidad, comprobando su validez como instrumento analítico.

A. - TASA DE INTERÉS

El crecimiento del valor de la tasa de interés admitida en las decisiones judiciales será función creciente: del apoyo a las actividades tradicionales por los terratenientes, del creciente poder político de los terratenientes, del aumento del poder económico del capital extranjero y de los grandes comerciantes de una estructura económica libre, de la democracia representativa, de un nivel tecnológico medio, de un alto porcentaje de residencia urbana, de una económica dependiente, del predominio de la propiedad privada de los medios de producción.

La disminución del valor de la tasa de interés admitida será función creciente: del aumento del poder político de los grandes industriales, del aumento de la incongruencia de "status" de la burocracia, del aumento del poder político y prestigio social de la iglesia, de una estructura económica planificada, de una democracia popular, del autoritarismo, de un muy bajo o muy alto nivel tecnológico, de un porcentaje de residencia urbana bajo y de la propiedad estatal de los medios de producción.

B. - LEGALIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

La consideración estricta de la legalidad de la huelga en las decisiones judiciales será función creciente: del aumento del "status" económico y del poder político de los grandes terratenientes y del de su apoyo al conservatismo social; del aumento de la información social de los grandes industriales, de su creciente autoritarismo y su apoyo a las actividades tradicionales; del nacionalismo y del autoritarismo de las fuerzas armadas; del aumento del "status" económico de la clase media urbana; del poder político, muy alto o muy bajo del proletariado urbano y de su apoyo al autoritarismo, de una muy baja disposición a la violencia en el proletariado; de la democracia popular, del autoritarismo, del control político por las fuerzas armadas, del bajo

nivel tecnológico, del alto grado de conflicto social, de un bajo porcentaje de residencia urbana, del aumento de legitimidad social y política, de una alta eficacia social, de la existencia de pequeñas unidades de producción, de una estructura económica planificada, de la democracia popular, y de la propiedad estatal de los medios de producción.

La consideración amplia de la legalidad de la huelga en las decisiones judiciales será función creciente; del aumento de "status" económico del proletariado urbano y de su movilidad social, de su información y educación, del aumento del control político, del apoyo al proteccionismo económico, al populismo y creciente disposición a la violencia; del apoyo de la burocracia pública al liberalismo y al populismo; del aumento de "status" económico de los grandes industriales, su movilidad social y poder político, de su apoyo al proteccionismo económico y a las actividades modernas, al nacionalismo y al populismo; del apoyo de las fuerzas armadas al proteccionismo económico, al populismo, a las actividades modernas y al igualitarismo social; a la democracia representativa, de la prescindencia política de las fuerzas armadas, del alto y mediano nivel tecnológico, del mediano grado de conflicto social, del alto porcentaje de residencia urbana y anomia, de la disminución de la eficacia social, de la distribución privada de los medios de producción.

VI - HIPÓTESIS FINALES

El esbozo desarrollado sugiere distintas hipótesis cuya comprobación podría lograrse con la construcción de un modelo multivariable adecuadamente verificado.

Las hipótesis a comprobar serían: a) Las decisiones judiciales inamovibles son una función de la estructura social global. b) Los jueces no son actores sociales, sino producto de coaliciones fluctuantes de poder entre las distintas clases y grupos sociales. c) La construcción de un modelo de análisis de decisiones judiciales cuya validez se comprobará en diversas aplicaciones a períodos históricos anteriores, abriría la posibilidad de su utilización en la predictibilidad jurisprudencial. d) El principio de la "independencia del poder judicial" queda reducido a una mera formulación ideológica valorativa. e) La construcción de un banco de datos de decisiones jurisprudenciales aparecería un complemento necesario para lograr la verificabilidad del modelo.

REFERENCIAS

- 1) DOMINGO CARLOS y VARSAVSKY Oscar: "Un modelo matemático de la Utopía de Moro". Desarrollo Económico, Vol. 7, n° 28.

Con el método de experimentación numérica se pretende utilizar de una manera intensiva computadoras electrónicas en el estudio de procesos sociales dinámicos. La finalidad es trabajar con un modelo complejo tanto por el número de variables y de hipótesis, como por la forma de sus relaciones. El modelo consiste en un conjunto de variables, a las que se le asignan ciertos valores iniciales, y en sus leyes de variación. Definida la duración de un período, la computadora calcula los valores que van tomando las variables en cada período a lo largo del tiempo. Las conclusiones a las que se puede llegar con la experimentación numérica son fundamentalmente de tipo cualitativo, aún cuando se estudien procesos cuantitativos.

BIBLIOGRAFIA

CORNBLIT, OSCAR; DI TELLA, TORCUATO; GALLO EZEQUIEL: "Politics in new nations". Documento de trabajo. Instituto Torcuato Di Tella, Centro de Investigaciones Sociales.

CORNBLIT, OSCAR: "Conflicto cooperación y cambio; Interpretación formal de un modelo de cambio social para América Latina". Documento de trabajo. Instituto Torcuato Di Tella, Centro de Investigaciones Sociales.

PARSONS, TALCOTT: "El Sistema Social". Biblioteca de Política y Sociología. Revista de Occidente. Madrid, 1966.

VARSAVSEY, OSCAR y DOMINGO, CARLOS: "Un modelo matemático de la Utopía de Moro". Desarrollo Económico, Vol. 7, N° 28, Julio-septiembre de 1967.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

LEANDRO O. DESPOUY

El homicidio preterintencional, es sin duda alguna, la figura penal en torno a la cual se han emitido las más diversas opiniones, y las pequeñas o casuales coincidencias entre los autores no son sino siempre, con alguna salvedad.

Este delito, presenta inconvenientes no sólo en cuanto a su calificación como doloso o culposo, sino también desde el ángulo de la causalidad.

El art. 82 actual, que no ha sufrido modificaciones sustanciales, dice:

"Se impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla".

Gran parte de los autores coinciden, en que el homicidio preterintencional es aquel, en que se imputa un resultado vinculado causalmente con la acción del sujeto, pero distinto de la intención del mismo.

Tampoco existe acuerdo en la doctrina, acerca del intrincado problema de la causalidad, lo cual nos lleva a la necesidad de analizar esta figura, a través de las diferentes teorías que intentan explicar este fenómeno.

Teorías

a) *Conditio sine qua non*:

Llamada también de la equivalencia de condiciones, ya que para esta teoría sería causa, cualquier condición sin la cual no se hubiese producido el resultado.

Tiene su fundamento en la filosofía de Stuart Mill, y en el derecho la sostuvieron Von Litz y Von Bari; este último utilizando el sistema de la supresión hipotética, ejemplificado con precisión por Thyren.

Desde esta posición, con respecto al delito preterintencional no habría inconveniente alguno en cuanto a la relación causal, ya que con la lesión el sujeto pone una condición sin la cual, el resultado muerte no se hubiese producido.

No obstante, esta teoría adolece de ciertos inconvenientes, tales como extender la relación causal al infinito, que la han hecho merecedora de las más severas críticas.

Con el objeto de limitar dicha extensión en la relación causal, es que esta teoría nos habla de autor y no de culpable, y da al dolo de un tercero la virtualidad de romper el nexo causal.

Otra, entre tantas críticas, finca en que esta teoría da el valor de causa a la concursa que altera el curso causal normal, pudiendo llegar a imputarle al sujeto resultados completamente ajenos a las posibilidades de previsión del mismo.

b) Teoría de la causa próxima:

Con el objeto de alejar el problema del plano puramente filosófico para entrar en el práctico, es que surge esta teoría con fervientes pretensiones de realismo, lo cual explica que sea dominante en los juristas anglosajones, agudizando su atención en la realidad de los hechos, y concluye que en la práctica es causa de un resultado la condición más próxima a él.

Debido al carácter eminentemente pragmático de esta teoría solo ha podido ser desvirtuada por medio de sus propias armas (apreciación de la realidad) a través de centenares de ejemplos. Tales como el ya clásico de Antolisei, de aquel que arma y dirige a un demente contra otra persona, causándole la muerte, no poniendo así la última condición.

Es también seguida por algunos autores franceses: Chauveau et Hélie, Garraud y Garçon.

c) Teoría de la causa eficiente:

“... esta teoría afirma, con intencionalidad expresa, que la causa es la más eficiente de las condiciones, es decir, la más importante, la más relevante de aquellas.

Su representante máximo es Birkmeyer y es dominante entre los juristas belgas; Birson, Villé, otro jurista contemporáneo, también belga, el padre Catherine que distingue entre causa, condición y ocasión, dando también un ejemplo muy claro para distinguirlas. Estoy en una habitación a oscuras; abro la ventana; se ilumina. La causa de que se ilumine es que haya sol. Abrir la ventana es la condición y de que esté a oscuras la ocasión.

Esta teoría funciona muy bien en el mundo de la naturaleza, no así en el social. Por otra parte, no nos dice, cuándo una

condición es eficiente, y aunque lo dijera, se presentaría aún el inconveniente de que muchas veces no es necesario ser causa eficiente de un resultado para responder de él. Tal el clásico ejemplo de Mayer, del que encierra otro en la jaula de un león.

d) Teoría de la causa adecuada:

Para esta teoría, dominante entre nosotros, la conducta de un sujeto es causa de un resultado, cuando la condición puesta por éste es idónea en la producción de ese resultado. Pero, ¿cuándo es idónea? Cuando normalmente conduce a él.

Es decir, que de esa normalidad, ordinariad, constancia de la relación en una pluralidad de ocasiones, se infiere la idoneidad de la condición, para darle o no el valor de causa.

Pero para determinar desde qué punto de vista, debe apreciarse la normalidad del resultado, no hay acuerdo entre los autores: si es desde el punto de vista del sujeto que lo produce, Von Kries; de un sujeto normal u hombre medio, Rumelin, Thon; o de un perito, Traeger.

En realidad, esta teoría no hace otra cosa que subsumir el problema de la causalidad en el de la culpabilidad, ya que desde cualquier punto de vista, lo que se aprecia es la previsibilidad. Previsibilidad de la cual se prescinde en el homicidio preterintencional.

e) Teoría de la acción humana:

Soler innova, aunque en cierto aspecto traduce lo que yace implícito en el pensamiento de Binding, pues agrega, a los efectos de la causalidad jurídica, un nuevo ingrediente a la acción, que estaría compuesto no sólo por aquello que materialmente ha puesto el sujeto, sino también aquello que el hombre (como ser racional y no como fuerza de la naturaleza que produce una mutación exterior en su ámbito) ha podido aprovechar en la producción de un resultado efectivamente querido por aquél.

De manera entonces que la causalidad jurídica escapa al ámbito de la causalidad física, es más amplia, pues comprende elementos subjetivos, supercausales, completamente ajenos a esta última. Pero como se advierte, estamos ya en el plano de lo calculado, de lo planificado, de lo aprovechado y por lo cierto previsto; previsibilidad que será exigida en mayor o menor medida e inclusive prescindida (art. 82) por cada una de las figuras que compongan un ordenamiento jurídico dado.

f) Teoría de la causa típica:

Binding detiene su atención en la figura, analizando el sentido de causación que exige la ley a través del verbo. Es en reali-

dad el único punto de partida que nos permite aproximarnos a la posibilidad de dar una solución a este problema.

Beitzing delimita, y en principio delimita bien, sólo que demasiado, pues se reduce al ámbito de la causalidad jurídica sólo a aquellos delitos que requieren un resultado material, cuando en realidad el derecho exige para la configuración de un delito un resultado jurídico, que podrá o no ser material, pero resultado jurídico al fin.

Es decir, el derecho conforme a las peculiaridades del bien jurídico protegido puede exigir diferentes grados de causación: resultado jurídico material (muerte). Resultado jurídico formal (injuria). Resultado jurídico en grado de tentativa, e inclusive podrá exigirse, si se puede hablar de resultado, por una exagerada protección de algún bien jurídico (la seguridad del Estado, por ejemplo) un resultado jurídico de mera potencialidad. Derecho penal ruso, con las pretendidas formas voluntaristas que auscultan por medios inquisitorios la presunta voluntad del sujeto.

Causalidad jurídica, es la relación primaria entre un hecho y el ordenamiento jurídico. La teoría de la "condictio sine qua non" mira el problema desde el ángulo del hecho, extendiendo la relación causal al infinito. Las demás teorías, excediendo el ámbito de la causalidad jurídica, miran el problema desde el otro extremo, es decir, desde el ángulo de la acción, debatiéndose en franca lucha para delimitar con diferentes matices, pero siempre en abstracto, las condiciones que debe reunir esa acción. Y es por eso que se habla y se ha hablado tanto; de proximidad, tan evidentemente equívoca; de eficiencia, tan abstracta como incierta; de normalidad; de idoneidad que no es otra cosa que previsibilidad; previsibilidad que, como hemos dicho, será requerida en mayor o menor medida conforme a las exigencias de cada figura, encontrándose éstas, a su vez, condicionadas por las peculiaridades del bien jurídico protegido, médula espinal de todo ordenamiento jurídico y cuya protección es, precisamente, la última ratio del derecho penal.

CALIFICACIÓN

Resta ahora abordar un segundo problema específico del homicidio preterintencional que ha dividido tanto la doctrina nacional como extranjera.

a) Doctrina alemana:

Conforme a estos autores, la figura preterintencional sería una reminiscencia de responsabilidad objetiva, ya que se imputa al sujeto circunstancias completamente ajenas a su previsión. Llamándola con propiedad, lesiones seguidas de muerte.

b) Delito doloso:

Así explicó Carrara la figura preterintencional y entre nosotros fue seguido por Gómez, quien sostuvo que si bien la muerte no es previsible, no deja por ello el homicidio de ser doloso, puesto que la acción respondió a la intención de causar un daño.

c) Mixto de dolo y culpa:

Es el criterio conforme al cual nuestra doctrina, casi uniforme, explica la figura preterintencional.

El dolo estaría dado en la figura, por la intención de causar el daño en el cuerpo o en la salud y la culpa con relación al resultado muerte.

De manera que, dado un hecho, el juez debe colocarse en la situación del sujeto para apreciar si el individuo previó o no el resultado, si lo aceptó o quiso.

Si el sujeto quiso el resultado (dolo directo): Delito doloso.

Si el sujeto se representó el resultado y asintió; es decir no, no lo quiso, le fue indiferente (dolo eventual): Delito doloso.

Si el sujeto se representó el resultado, pero no lo quiso, es decir, actuó con la esperanza de que el resultado no sucediera (culpa con representación) imprudencia: Homicidio culposo.

Si el sujeto quiso el daño en el cuerpo o en la salud, pero no se representó el resultado muerte (culpa sin representación) negligencia: Mixto de dolo y culpa.

Y hablamos de culpa en esta figura, ya que si bien la consecuencia agravante no debió ser prevista en el momento de la acción, ella debía consistir en algo que podía suceder y en consecuencia ser previsible (Soler).

Veamos qué es culpa; los autores reconocen la imposibilidad de dar una definición de culpa que comprenda conjuntamente a la negligencia e imprudencia, ya que esta última exige la no previsión del resultado.

Pero el campo se nos allana desde el momento que el propósito, asentimiento o representación del resultado excluyen toda posibilidad de preterintencionalidad, reduciéndose el ámbito de aquella a la culpa sin representación.

Y es aquí justamente donde encontramos una serie de definiciones, coincidentes la mayoría en que este tipo de culpa sería: la no previsión de los resultados previsibles en el momento del hecho. Afirmación que sirve para explicar la existencia del vínculo causal con relación a dicho resultado culposo, ya que la ausencia de culpa nos pondría en presencia de una aplicación objetiva de la ley. Y a la vez para explicar su naturaleza mixta de dolo y culpa.

Ahora bien: desde el punto de vista de las posibilidades lógicas, todo es lógicamente posible (salvo que se trate de una contradicción) y por lo tanto previsible. Ejemplo: es lógicamente posible (aunque no técnicamente y empíricamente hoy) que el hombre llegue a Marte y por lo tanto previsible.

Pero desde el punto de vista de las posibilidades prácticas, es previsible, aquello que es razonablemente posible. Es decir, aquello que razonablemente debe producir tal o cual resultado. Pero es justamente lo que la figura exige que no exista, para que se pueda hablar de homicidio preterintencional (cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla).

De tal manera que si el sujeto no prevé, porque es razonable que no prevea, pero se le imputa el resultado (caso del homicidio preterintencional), hay una aplicación objetiva de la ley penal de tipo medieval.

Si el sujeto no prevé porque no pudo prever, caso fortuito.

ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONOCIMIENTO MARITIMO

MARINO DOLCE

SUMARIO

- 1— Antecedentes antiguos.
- 2— Primeros recibos de las cargas en la Edad Media.
- 3— Conocimientos y cartas de acoso: su fusión en un único título.
- 4— Evolución paralela del conocimiento y de la letra de cambio: la *clausula a la orden*.
- 5— El carácter representativo.
- 6— Primeros conocimientos improrata.
- 7— Conocimiento y contrato de transporte. El conocimiento desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días.

1— Algunos autores sostienen, no sin fundamento, que ya en la antigüedad los capitanes entregaban a los cargadores ciertos comprobantes, en el momento de recibir las mercancías a bordo de sus buques. De ser así el conocimiento moderno, que aun conserva la función de recibo de la carga, tendría características comunes con aquellos lejanos documentos.

Dicha tesis parecería avalada por algunas menciones contenidas en el Código Teodosiano, acerca de las "securitates relocatoriae" que el transportador de cereales exigía del receptor y otorgaba al cargador.¹ Pero sobre todo parecería confirmarla una frase del Digesto (Lib. IV, Tit. IX "Nauticae, Cauiones, Stabularii, ut recepta restituant", Par. 3), que reproduce un responso de Ulpiano, donde se afirma que si el "exercitor" (armador) confía su buque a otras personas, haciéndose cargo estas últimas de las mercaderías embarcadas, la acción de restitución de los mercaderes puede dirigirse igualmente contra le "exerci-

¹ Ver LEVIN GOLDSCHMIDT: "Handbuch des Handelsrechts", Erlangen 1888. Par. 74, pág. 254, nota 3.

tor" "quamquam ipse navicularius vel magister id faciat quod *νεπηθελον* appellant".²

Así el *νεπηθελον* puede muy bien haber sido un documento probatorio de la entrega de las mercaderías a bordo, emitido por el armador o por el capitán, aunque las fuentes antiguas no dan otras noticias que permitan confirmar esta interpretación.³ El "Jus Navale Rhodiorum", recopilación privada del siglo VIII, no habla de ninguna clase de recibos de la carga y ello podría deberse a la aparente inutilidad de tales documentos en una época en que, contrariamente a lo que ocurría bajo el Imperio Romano, los mercaderes viajaban a bordo de sus buques;⁴ pero la explicación es discutible si pensamos que algunos siglos más tarde, cuando ya existía la firme costumbre de entregar recibos por las mercaderías, seguía siendo frecuente la presencia de mercaderes, o sobrecargos, a bordo de las naves.⁵

Por otra parte, en el derecho bizantino se menciona la conclusión de un pacto escrito, inherente a los "deposita" (Comptación Rhodia III-12) y a los fletamentos de buques enteros.⁶

2 — El origen del conocimiento, en su forma moderna, debe buscarse en la Edad Media. Algo así como el embrión de este complejo título, que hoy moviliza tantas riquezas, surgió en el Mediterráneo durante la primera revolución comercial.

Por entonces existían, en el ámbito de ese mar, varios derechos marítimos latinos, bien diferenciados entre sí: el bizantino o pseudorodio, aplicado también en la Italia del sur; el veneciano, el pisano, el ligur, el provenzal (muy influido por los dos anteriores), el catalán, el español del norte y el francés del oeste (al cual pertenecían las leyes de los estados cruzados de Antioquía y Jerusalén).

Esos derechos tenían importantes puntos de contacto, constituidos por sus innovaciones (con respecto a las antiguas nor-

² Ver PARDESSUS JEAN MARIE: "Collection des lois maritimes antérieures au XVIIIème siècle, Paris 1845, tomo I, pág. 86/87. Traducción: "Aunque dicho armador o capitán haga aquello que denominan *νεπηθελον*."

³ GOLDSCHMIDT LEVIN: "H. des Handelsrechte" cit. Par. 78, pág. 654.

⁴ SCORZA BERNARDINO: "La Polizza di Carico". Roma, 1835, tomo I, pág. 3, nota 1.

⁵ ARENA ANDREA: "La Polizza di Carico e gli altri titoli rappresentativi di trasporto. Milán, 1931, tomo I, pág. 10.

⁶ PAVONE LA ROSA, ANTONIO: "Studi sulla Polizza di Carico". Milán, 1928, cap. I, pág. 3.

⁷ Ver VIVANTE, CESARE: "La Polizza di Carico". Milán, 1881, pág. 5.

⁸ Ver SCORZA B.: Ob. cit., tomo I, pág. 12.

⁹ Ver GOLDSCHMIDT L.: "H. des Handelsrechte" cit., par. 78, pág. 654.

mas romanas), impuestas por el renaciente espíritu comercial.

Todos los derechos latinos obligaban, en efecto, a dar un nombre a las embarcaciones, sometiéndolas a un régimen casi igual al de los bienes inmuebles y ordenando su inspección periódica por las autoridades para garantizar el estado de navegabilidad; declaraban las naves inembargables cuando estuviesen listas para zarpar; responsabilizaban al armador por las culpas del capitán y de la tripulación durante el transporte; diferenciaban los bienes marítimos de los terrestres; consideraban a la empresa de armamento como una forma peculiar de sociedad, cuyos "carates" eran transmisibles a veces sólo a connacionales, por actos "inter vivos" o por herencia; y no aplicaban, por lo general, al contrato de transporte los rigurosos principios del "receptum" romano. Pero la innovación más interesante, a los fines de este estudio, consistió en la exigencia de que hubiese a bordo de cada buque superior a cierto porte un escribano, o notario, para que registrara las mercaderías cargadas y descargadas en un libro especial, el "cartularium navis", extendiendo a veces copia de sus anotaciones a los interesados.⁷

El cartulario ya es mencionado y reglamentado por todos los estatutos mediterráneos posteriores al siglo XI, que lo denominan también "quaternus", "quaterno", "catasto", "capibre-vium", etc., y le atribuyen el carácter de instrumento público. Allí el notario del buque debía anotar, en presencia de los interesados, todo lo referente al embarque y a la descarga de las mercancías, describiendo la naturaleza de las mismas, el número de bultos, la calidad, el peso y las operaciones realizadas. A los bienes no anotados se les aplicaba un flete mucho más elevado y no se los computaba para la contribución en caso de avería común.

En el cartulario debían por lo general inscribirse los acuerdos entre el patrón del navío y los cargadores con respecto al transporte, en modo especial el flete convenido; y dicho flete era debido aun si el cargador rescindía el contrato cuando no hubiera justa causa para la rescisión. Sin embargo, si el cargador ofrecía al capitán la posibilidad de transportar otra carga de la misma naturaleza, su responsabilidad quedaba limitada al reembolso de los gastos ocasionados.

Las echazones efectuadas en interés común del buque y de la carga se anotaban también en el cuaderno de a bordo, así como las declaraciones de los mercaderes con respecto a la conveniencia de entrar a puerto en caso de peligro; tales declaraciones a veces daban derecho a pedir el reembolso de los daños sa-

⁷ Ver L. GOLDSCHMIDT: "Storia Universale del Diritto Commerciale" (trad. ital.), Turin, 1913, par. 11, pág. 260 y sig.

fridos en un siniestro, cuando el capitán había obrado contra la voluntad de la mayoría de los mercaderes.

En base al cartulario se determinaban los derechos y los deberes de los herederos del patrón del buque frente a los socios de este último; y allí se anotaban asimismo las llamadas "convenciones de conserva", por las cuales varios armadores se comprometían a hacer navegar sus naves en convoy y a repartir los riesgos de una expedición.⁸

De acuerdo con las reglas estatutarias, el notario del buque podía ser nombrado por las autoridades públicas o por los armadores; debía ser humilde y fiel, tanto a los mercaderes como al armador y a los marineros y pasajeros que se encontraran a bordo. Como depositario de la fe pública, se hacía pasible de graves penalidades cuando no cumplía con sus deberes, como la mutilación de la mano derecha, la marcación de la frente con un hierro caliente y la pérdida de todos los bienes.⁹

Aun cuando el carácter de oficial público atribuido al escribano debía garantizar suficientemente la autenticidad de las anotaciones de cartulario, pronto se difundió entre los cargadores la costumbre de solicitar un extracto de dichas anotaciones, firmado por el notario, luego de terminado el embarque. Dicho extracto, denominado "apodisla", "apocha oneratoria", "pólixa", etc., quedaba en manos del cargador como comprobante de que las mercaderías habían sido efectivamente embarcadas y remitidas al destinatario. Se trataba tan sólo de un medio, no siempre utilizado, para facilitar la prueba, evitando contestaciones con el comprador o consignatario de las mercaderías, así como con otros eventuales interesados.

Reproduzco a continuación tres antiguos ejemplares de estos primitivos conocimientos, hallados después de años de búsquedas por Enrico Bensa.¹⁰

I

MCCCLXXX DIE XXV JUNII

Noverint universis et singuli quod Antonius Ghileta caregavit certas cera et certas corie nomine et vice Symonis Maraboti quas rauba consignare debet in Fissis domino Percivali de Guisuffis et de voluntate dicto domino Percivali consignavimus tota sua rauba a Marcelino de Negro procurari suo et me Bartolomeus

⁸ Ver A. PAVONE LA ROSA: *Op. cit.*, cap. I, pág. 6 y sig. tes. A. BRUNETTI: "Diritto Marittimo Privato Italiano", Turin, 1839, tomo I, pág. 166/167.

⁹ C. VIVANTE: *Op. cit.*, pág.

¹⁰ Así establece el Consulado del Mar, cap. 55.

¹¹ Ver ENRICO BENSA: "I più antichi esemplari di Polizze di Commercio". *Riv. Dir. Comm.*, 1923, I, pág. 325/327.

de Octono consignavimus tota sua raba in Portuveneri et ad
majorem cautelam pono signo meo tali: coplam.
Ego Bartolomeus de Octono scribe navis Andree Garoli (marca) ¹¹

II

IN XRI NOMINE AMEN. DIE PRIMA AUGUSTI MCCCCL-
KXXXVII IN BRUGIS. Noverint universis et singuli inesperturi
quod ego Manfredinus de Cherio confitior et confesso quod re-
cepi de vos Anthonius Chomello de Mayoricha petias DCCXXX
ferro in escaussa. Ditto ferro deblo consignare Petro de Villa-
longa in dicto loco Morolliche.
Ego Manfredinus de Cherio (marca).
Poliza di ferro per Maiolica. ¹²

II

DIE III SEPTEMBRIS IN NAVI

Recepimus hodie in presenti schuça pannorum de talli (marca)
ballas III sive pannorum ballas quatuor consignandas Janue
Francisco de Marco et Andrea de Bonanno. Aliud per San Ni-
colaus Curus scribe Julliani de mari.
Al dorso:
Domino Silvestri Mannini & Anth. So. Int.
Bruges ¹³

¹¹ Traducción libre, sin tomar en cuenta las numerosas faltas de gramática, sintaxis y ortografía:

"Sepan todos y cada uno que Antonio Ghileta cargó cierta cantidad de cera y cierta cantidad de cueros en nombre y por cuenta de Simón Marchote, debiendo entregar dichas mercaderías en Pisa al Señor Percival de Guisuffis y que por voluntad del mencionado Señor Percival de Guisuffis consignamos todas esas cosas a Marcelino de Negro, su apoderado, y a mí Bartolomé de Octono, consignamos todas esas cosas en Portuveneri y para mayor garantía pongo mi sello: copia.

"Yo, Bartolomé de Octono, escribano del buque Andrea Garoli (marca).

¹² Traducción libre, como en el caso anterior:

"En el nombre de Cristo, Amén. Día primero de Agosto de 1387 en Brujas. Sepan todos y cada uno de los no presentes que yo, Manfredino de Cherio reconosco haber recibido de Antonio Chomello de Mayoricha 330 piezas de hierro en lingotas (?). Dicho hierro debto entregarlo a Pedro de Villalonga en el lugar llamado Morolliche.

Yo Manfredino de Cherio.

Conocimiento de hierro para Maiolica .

Traducción libre, como en el caso anterior:

¹³ "Día 3 de Setiembre en la nave. Recibimos hoy en el presente buque 4 fardos de paños de tal (marca) o sea cuatro fardos de paños a ser entregados en Génova a Francisco de Marco y Andrés de Bonanno. Por San Nicolás Curio, escribano Julianno de mar.

Al dorso:

Al Sr Silvestro Mannini y A. — Brujas —

Como el lector habrá notado, los dos documentos citados en primer término llevan fecha respectivamente del 25 de Junio de 1390 y del 1 de Agosto de 1397; el tercero en cambio no tiene fecha, aunque es probable que pertenezca a la misma época que los otros dos. El carácter de conocimiento deriva, en el primer caso y en el tercero, del hecho de haber sido suscritos por el escribano del buque; y en el segundo caso de la aclaración puesta al dorso.

El segundo documento demuestra la exactitud de la teoría, enunciada por Levin Goldschmidt y aceptada por otros autores, según la cual contemporáneamente a los extractos del cartulario fueron apareciendo también conocimientos suscritos por los capitanes o armadores de los buques. Ello se justifica si pensamos que sólo las embarcaciones de un cierto porte estaban obligadas a tener a bordo un notario y que excepcionalmente también los buques mayores debieron encontrarse desprovistos de ese funcionario; en esos casos le capitán tomaba a su cargo la tarea de entregar a los cargadores los recibos que se habían acostumbrado a exigir.

3—Sin embargo los primeros conocimientos, extendidos por el notario o por el capitán, no circulaban; quedaban en poder de los cargadores, quienes se valían de "cartas de aviso" para informar a los consignatarios sobre la efectuación de los embarques y lo relativo al flete. A continuación reproduzco dos de dichas cartas:¹⁴

I

Al nome di Dio. Questo di 10 Ottobre 1392. Mandiamovi questo di per la nave di Guglielmo Rio, di Maiolica IV balle di grano segnate (marca). Quando salve l'avete, pagate di nolo F. III 1/4 la balla, cioè f. nove per tutto; che Dio vi guardi; e fate la volontà d'Antonio di Guccio; Goro di Stasio in Valencia.
(al dorso) Francesco di Marco e Comp. in Pisa: IV balle.¹⁵

¹⁴ Ver E. BEHNSA: "La evoluzione storica della polizza di carico ed il problema delle lettere di garanzia", Riv. Dir. Comm. 1926, I, pág. 106/110.

¹⁵ "En el nombre de Dios En este día 10 de Octubre de 1392. Enviómosles en este día por intermedio del buque de Guillermo Rio, de Maiolica IV fardos de trigo marcados (marca). Cuando los reciban salvos, paguen de flete f. (florines) 3 y 1/4 por fardo, o sea f. (florines) 9 en total; que Dios os guarde; y hagan la voluntad de Antonio di Guccio; Goro di Stasio en Valencia.

(al dorso) Francisco di Marco e Compañía en Pisa: IV fardos. La traducción que precede es libre y no toma en cuenta los múltiples errores de gramática, ortografía y sintaxis que pueden apreciarse en el documento.

Al nome di Dño. 1401 die 3 Martio in Venetia. Per la nave di patron ser Antonio Conzianave ho caricato balle II de panni segnate (marca) e caratelli do de malvasia de le quali cose debendo fare la volentade de ser Bindo Piaciti.

Non habiando altro da dire. Che Cristo ve guardi. Nicolò Bragadin salutem.

Delle II balle di panni fate la volentá di Tomaso Piaciti di Firenze, credo le vorrá a Valenza.

Delle II botti del vino fate la volentá di Luca del Sera; di tutto é pagato il molo.

Bindo Piaciti in Venetia. Guardivi Iddio.

(al dorso) Domíno Ziame de Zenais in Eviza.¹⁴

A menudo estas cartas pasaban por varias manos, de modo que las mercaderías no eran recibidas por el consignatario inicial, sino por otra persona a quien éste había transmitido el aviso del cargador; otras veces, como puede comprobarse por el texto de la segunda carta transcripta, hasta el puerto de descarga podía modificarse de acuerdo con los deseos del consignatario.

Muy pronto, sin embargo, la práctica demostró la conveniencia de que el receptor fuera informado a través de un único documento, suscripto también por un representante del buque, de las condiciones del transporte así como del embarque de las mercaderías. Ello porque se producían con cierta frecuencia inconvenientes motivados por retardos en la recepción de la carta de aviso por el consignatario, en modo especial cuando los capitanes se aprovechaban de tales retardos para exigirle nuevamente al consignatario el pago del flete, ya abonado por el cargador.

En consecuencia, se halló la solución de incluir en los conocimientos todos los datos que antes eran comunicados por intermedio de las "cartas de aviso", emitiendo tres originales de los mismos: uno para el cargador, uno para el capitán y uno para

¹⁴ Traducción libre: "En el nombre de Dios. 1401 día 3 de Marzo en Venecia.

En el buque del patrón don Antonio Conzianave he cargado dos fardos de paños marcados (marca) y dos barriles de malvasia (tipo de vino), debiendo para estas cosas hacer la voluntad del Sr. Bindo Piaciti.

No teniendo nada más que decir Que Cristo os proteja. Nicolás Bragadin os saluda.

Para los fardos de paños haced la voluntad de Tomaso Piaciti de Florencia, creo que los querrá en Valencia.

Para los barriles de vino haced la voluntad de Luca del Sera; de todo está pago el flete.

Bindo Piaciti en Venecia. Os proteja Dios.

(al dorso) Al Sr. Ziame de Zenais en Eviza.

el receptor. De este modo, si a la llegada del buque en destino el consignatario no había recibido aun su original del conocimiento podía tomar visión del ejemplar existente a bordo, firmado por el capitán y por el cargador.

Con la unificación del conocimiento y la "carta de aviso" se iniciaba una segunda etapa en la evolución del instituto que nos ocupa. Hasta entonces ese título era un recibo de embarque, meramente probatorio, que se volvió así necesario para legitimar al receptor. Casaregis¹⁷ lo confirma implícitamente, al decir que el capitán podía otorgar un segundo conocimiento, aun cuando no le hubiese sido devuelto el primero, obligándose a transportar las mercancías hasta un puerto diferente y a entregarlas a otro consignatario; quien tuviera derecho a la entrega en base al primer conocimiento no podía accionar contra el capitán, a menos que "magister navis non ignoraret praedictas merces spectare ad eum, ad quem in primis apochis oneratoris obtinuerat se consignare".¹⁸

En otras palabras, el conocimiento legitimaba a su tenedor, mientras la entrega de la mercancía en base al mismo era suficiente para extinguir las obligaciones derivadas del transporte.

4— El nuevo carácter de título de legitimación, atribuido al conocimiento, implicaba la incorporación al mismo de un derecho de crédito contra el capitán; por lo tanto era lógico que fuera cobrando importancia el régimen de circulación del documento, a través del cual se adquiría el derecho mencionado. Sin embargo, la búsqueda de un medio de transmisión más simple y más rápido que la cesión de créditos (y más completo que la transferencia por mandato) fue tan lenta y laboriosa que duró varios siglos. Ello porque, de acuerdo con las costumbres comerciales vigentes hasta mediados del siglo XIX, los cargadores viajaban con sus mercaderías, o bien las consignaban a un representante o a un socio residente en el puerto de descarga; mientras otras veces el representante, residente en una colonia, enviaba las mercaderías a su representado, en la madrepatría. En consecuencia, la necesidad de contar con un medio rápido y seguro de transferencia del conocimiento sólo pudo sentirse más tarde, cuando el ámbito normal de circulación del título envolvió a terceros de buena fe.

Como la adopción de la cláusula a la orden tuvo gran importancia para la caracterización del conocimiento como título de

¹⁷ CASAREGIS: "Discursus legales de commercio", t. N^o 116, 117 y 118, Venecia, 1740.

¹⁸ "A menos que el capitán no ignorara que dichas mercaderías correspondían a aquél al cual se había obligado a hacer la entrega, en los primeros conocimientos".

crédito, me parece útil esbozar aquí un paralelo con la evolución de la letra de cambio, que ha sido en muchos aspectos análoga.

En origen, tanto el conocimiento como la letra fueron documentos notariales de carácter confesorio: contenían una "confessio" del emitente, quien declaraba haber recibido mercaderías o dinero, y al mismo tiempo una "promissio" de entregar esos bienes en destino, a la persona indicada en el título. Como la doctrina medieval asimilaba el notario al juez, pudo aplicarse a dichos documentos la norma romana sobre confesiones "in iure", "confessas pro iudicato habetur", dándoles a las mismas un carácter ejecutivo.

Sucesivamente, el derecho estatutario reconoció a ciertos títulos un valor constitutivo y dispositivo, que se venía a agregar a la naturaleza probatoria común a todos ellos. Así, los documentos confesorios "de iure statutario", entre los cuales figuraban en primer término la letra de cambio y el conocimiento, se diferenciaban por esas características de las demás confesiones "de iure communi", meramente probatorias. Por otra parte, la doctrina llegó con Durante a asimilar la "confessio scripta" al contrato literal romano, haciendo de la misma un nuevo contrato escrito y causal; aunque no distinguió claramente entre confesiones probatorias y confesiones capaces de originar nuevas relaciones jurídicas.

Se separó, sin embargo, la "cautio discreta", en la cual la causa tenía valor substancial, de la "cautio indiscreta", cuya causa no era esencial para la validez de la relación jurídica.¹⁸ Los usos comerciales aceleraron la evolución de cada título, mientras la adopción generalizada de la cláusula a la orden garantizaba para todos ellos una circulación rápida y segura, gracias al paulatino reconocimiento del carácter originario, o "autónimo", de los derechos de los terceros poseedores de buena fe.

Esa evolución se percibe claramente tanto en la letra de cambio como en el conocimiento. Con respecto a la letra, ya en el siglo XIV Baldo diferenciaba la acción nacida de la "littera cambi" de la que nacía del negocio cambiario subyacente; mientras otros autores sostenían que la obligación cambiaria se basaba siempre en una "confessio", aun cuando hubiese sido expresada con "verba enunciativa".¹⁹

Las primeras letras habían sido emitidas al portador, abandonándose sin embargo esa costumbre aproximadamente después del primer siglo de vida de la institución. Tuvo entonces que buscarse un medio jurídico que permitiera la circulación del

¹⁸ Ver TULLIO ASCARELLI: "La lettera e nei titoli di credito". Riv. Dir. Comm., 1932, I, 233.

¹⁹ Ver TULLIO ASCARELLI: Ob. cit., nota 23).

título, con la rapidez requerida por los negocios; y, según Thôt, antes de la invención de la fórmula del endoso se había solucionado el problema de la transmisión de un crédito bancario de un beneficiario a otro a través de la emisión de letras sucesivas. De todos modos, es evidente que las fórmulas de transferencia basadas en los principios del mandato no satisfacían a los comerciantes, pues implicaban la cesión de un derecho imperfecto, cuya realización seguía dependiendo de la voluntad del mandante y de las excepciones personales que el deudor pudiera esgrimir en contra del mismo.

La primera fórmula del endoso fue la siguiente: "Mi obligo a pagaré a Tizio, ovvero a chi presenterá la presente polizza",²⁰ Las leyes, en un principio, permitían utilizar el endoso una sola vez, para evitar el enfrentamiento entre obligados cambiarios y terceros de buena fe, pues ello planteaba un problema jurídico nuevo: el de hallar un medio para impedir que un tercero de buena fe se viera perjudicado por las excepciones del deudor cambiario dirigidas contra el tomador inmediato. Así la Pragmática Napolitana n.º 3 de 1607 ("De Litteris Cambii") prohibía taxativamente el segundo endoso y los subsiguientes.²¹

Sin embargo los usos comerciales, que introdujeron la cláusula a la orden sin ninguna limitación, forzaron poco a poco la aceptación de la misma sin reservas por los legisladores y su estudio por los tratadistas. La doctrina, a través de las obras de Heinecio, Einert, Liebe, Mittelmeier y otras, elaboró el concepto que actualmente caracteriza la letra y los demás títulos circulatorios en materia de autonomía, completándolo con los de literalidad, necesidad y abstracción. A Cesare Vivante se debe la armonización de esos conceptos en una teoría unitaria, capaz de abarcar a todos los títulos de crédito, que representa una de las creaciones más brillantes del derecho comercial moderno.

En lo referente al conocimiento, después de su unificación con la primitiva "carta de aviso", debemos recordar que desde antiguo se reconoció que el destinatario, como dice Vivante,²² "no aparecía en él mismo con el único fin de retirar las mercancías o, para hablar clásicamente, como un simple "adfectus solutionis causae" del cargador, sino en virtud de un verdadero derecho de propiedad, adquirido con la compra de las mercaderías".

²⁰ "Me obligo a pagar a Fulano, o bien a quien presentará este documento".

²¹ Con respecto a la evolución de los medios de transmisión de la letra, ver mi art. "Aspectos de la Cambial en la Edad Media" en Rev. Jur. de Buenos Aires, 1947, 1/III, pág. 165, nota 11) y A. PERTILE: "Storia del diritto italiano", Milán, 1903, tomo IV, pág. 700 y nota 101.

²² C. VIVANTE: "La Polizza di Carico" cit., pág. 41.

Esta doctrina fue expuesta por Targa²¹, quien sostuvo que, habiendo sido embarcada la carga y entregados los conocimientos, de ningún modo el capitán podía substraerse a hacer entrega de las mercaderías, puesto que se trataba de un derecho adquirido de los terceros, tenedores de los conocimientos, a quienes iban dirigidas las mercancías embarcadas.

Esa teoría implicaba agregar al carácter de documento de legitimación, que ya revestía el conocimiento, la nueva noción, aun vagamente expresada, de autonomía de los derechos de los tenedores de buena fe. Sin embargo, como ya he mencionado, los usos de la época atentaban contra la difusión de las ideas expuestas por Targa, en vista de que muy raramente esos portadores de buena fe del conocimiento se presentaban al costado del buque, en el puerto de descarga, a reclamar la entrega de las mercaderías; en la casi totalidad de los casos se presentaban en cambio representantes del cargador, o los mismos propietarios de los bienes transportados, contra quienes le era posible al capitán hacer valer todas las excepciones personales que tuviera contra el cargador.

Dicha situación, por otra parte, permitía que se siguieran utilizando las viejas fórmulas de transmisión "ad exigendum" o "vice tua", que más que el concepto de cesión de derechos expresaban el concepto de representación: pues era necesario que el arcedor determinara qué tercero debía reemplazarlo, mediante la entrega del "scriptum". Dice al respecto Straccha XX: "Solent mercatores sub illa vulgari forma scribere et mandare: mando tibi ut merces quas apud te habes, tradas pro me Aloycio aut eius filio, seu illi vel illis quibus ordinatum fuerit ad eisdem et sequamini eorum ordinem".²² La ordenanza de Colbert guarda silencio con respecto a estos modos usuales de transmisión de los conocimientos, al igual que los demás textos legales del siglo XVIII, con excepción de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (Cap. XVIII, art. 34, 43 - Cap. XXIV, art. 56). Sucesivamente, la distinción entre conocimientos nominativos, a la orden y al portador, introducida por el Código de Comercio Francés y adoptada por las demás legislaciones, trajo confusión en la doctrina, pues algunos autores sostenían que solamente los conocimientos al

²¹ TARGA: "Fonderazioni sopra la contrattazione marittima", Génova, 1787, cap. 26, N° 8.

²² STRACCHA: "De mercatura", 1621, IV, N° 14. Cf., por L. GOLDSMIDT, "H. des Handlarrechts" cit., pág. 663, nota 30. Traducción: "Suelen los mercaderes escribir y mandar bajo aquella forma vulgar: te mando que entregues para mí las mercaderías que tienes en tu poder a Aloycio o a su hijo o bien a quien o a quienes ellos te indiquen para el mismo fin y que sigas las órdenes de ellos".

Ver también A. BRUNETTI, *ob. cit.*, págs. 170/172.

portador protegían al consignatario de las excepciones personales que el capitán tuviera contra el cargador.²⁶

Pero la definitiva adopción del endoso en materia cambiaria, a partir de la ley alemana de 1848, así como la modificación de los usos comerciales y el aumento de los tráficos marítimos desde mediados del siglo pasado, llevaron a aplicar el endoso también al conocimiento. El principio de autonomía en favor de terceros de buena fe, que el endoso implicaba, se reconoció asimismo cuando se trataba de un título al portador.

5— Como hemos dicho, por muchos siglos el conocimiento fue exclusivamente el instrumento probatorio de un derecho de crédito contra el transportador de las mercaderías.

A partir del siglo XVI empezó a elaborarse el concepto de representatividad, que hoy caracteriza los títulos de transporte y los títulos de depósito. Casaregis²⁷ afirmaba que la "época oneratoria" probaba la puesta a bordo de las mercaderías, así como la cantidad y calidad de las mismas, a los efectos de las indemnizaciones debidas por el asegurador; y que, al mismo tiempo, dicho documento constituía una presunción de propiedad de las mercancías en favor del receptor, la cual podía ser destruída demostrando un mejor derecho.

Vivante²⁸ sostuvo que ya en los célebres fallos del Tribunal genovés de la Rota, del siglo XVI, se encuentran antecedentes del principio: "la posesión del título equivale a la posesión de la mercadería". Sin embargo ello ha sido negado por otros autores,²⁹ con razones que parecen convincentes. En efecto, la decisión LVI del tribunal establecía que el derecho a la devolución de las mercaderías correspondía a la persona indicada en el conocimiento; y la decisión LIV que la transferencia del título implicaba la transmisión del derecho a la devolución de la mercadería, admitiéndose como válida toda vez que la entrega del documento hubiese sido acompañada por una causa que la justificara. Por otra parte, la decisión LXVII afirmaba que el capitán no podía negarse a entregar las mercaderías por el hecho de que el consignatario no fuese propietario de las mismas. Es decir que los fallos mencionados aceptaban el principio de la incorporación al título del derecho de crédito hacia el transportador pero no entraban a considerar el efecto de la posesión del título en determinadas situaciones, o sea cuando fuera importante determinar quién tenía la posesión de los bienes.

En el siglo XVII se difundió, con carácter de verdadera cos-

²⁶ Ver C. VIVANTE: "La polizza di carico" cit., págs. 41/42.

²⁷ CASAREGIS: ob. cit., l. p. 31, disc. X, Nº 18.

²⁸ Ver C. VIVANTE: "La polizza di Carico" cit., pág. 67, nota 1).

²⁹ A. PAVONE LA ROSA: Ob. cit., págs. 20/22.

tumbre marítima, el principio de que el poseedor del conocimiento debía considerarse poseedor de las mercaderías durante el transporte. Al respecto, Valin sostenía la necesidad "de admitir, por el bien del comercio y por la rapidéz de sus operaciones, que a falta de entrega efectiva, que no es practicable en la hipótesis, la remesa que se hará al cesionario de la pieza justificativa de la pertenencia al cedente de dichos efectos, equivale a la tradición sin otra formalidad".²⁰

Sin embargo, el valor representativo del conocimiento fue negado aun en 1783 por Emerigon,²¹ quien sostuvo que el tenedor del título, teniendo tan sólo la "ficta traditio" de las mercaderías, necesitaba demostrar la posesión efectiva de las mismas. Ese principio fue admitido, aunque en forma incompleta, por el Código de Comercio Francés de 1807 y por todos los cuerpos legales que se inspiraron en el mismo. Por otra parte, a mediados del siglo pasado fueron surgiendo en Europa los llamados "almacenes generales", correspondientes a las "barracas" argentinas de frutos del país, cuyos certificados de depósito tuvieron desde el principio un carácter representativo e impulsaron los estudios doctrinarios sobre el tema.

Actualmente los títulos representativos de mercaderías constituyen una categoría de títulos circulatorios; y los títulos representativos de transporte, entre los cuales sobresale el conocimiento, son una subcategoría de títulos representativos de mercaderías. Se sostiene que las características, por ej. de un certificado de depósito no coinciden totalmente con las de un conocimiento, puesto que este último documento está condicionado por la existencia de un contrato de transporte previo, mientras el primero surge como consecuencia de un contrato de depósito; y la diferencia esencial entre los dos contratos fundamentales se refleja en los títulos representativos.²²

Varias teorías tratan de explicar la naturaleza de la representatividad, como derecho a disponer de los bienes; a ellas nos referiremos en otra ocasión.

6 — Los conocimientos conservaron hasta mediados del siglo pasado, a diferencia de las letras de cambio, un contenido esencialmente descriptivo. Cada una de las partes podía exigir la mención de los datos que le interesaran, de acuerdo con las costumbres, entre los siguientes:

²⁰ VALIN *cit. per* C. VIVANTE: "La Polizza di Carico", pág. 67, nota 1.

²¹ EMERIGON: "Traité des Assurances et des Contrats à la grosse", Marsella, 1783, pág. 334.

²² Ver A. ARENA *Ob. cit.*, tomo I, pág. 7.

- Nombre del capitán (no era necesario anotar su domicilio, como resulta de los usos recogidos por el art. 281 del Código de Comercio Francés).
- Nombre del cargador.
- Nombre y dirección del recibidor.
- Puerto de carga.
- Puerto de descarga y/o puerto de escala intermedio donde el capitán recibiría instrucciones definitivas del cargador. (A este respecto, cabe recordar que todos los antiguos formularios holandeses y alemanes llevaban una cláusula otorgando al cargador la facultad de cambiar el destino de las mercaderías mediante instrucciones dadas en el curso del viaje).
- Descripción de las mercaderías enviadas en cuanto a su calidad, número de bultos y marcas. A veces se mencionaba también el peso.
- Flete debido e indicación de las modalidades de pago del mismo (en origen o en destino)²⁰.

Ansaldo, autor genovés del siglo XVIII, afirma que desde mediados del siglo anterior eran utilizados formularios impresos para la redacción de los conocimientos, agregando que los tribunales aceptaban toda clase de pruebas en contra de los mismos, cuando se tratara de demostrar que no reflejaban lo estipulado entre cargador y transportador²¹. Levin Goldschmidt²² reproduce algunos de esos modelos, en diferentes idiomas, que transcribo a continuación:

I

Ich — Schiffer von dem Schiffe — bei scheinige in Raum meines Schiffes empfangen zu haben. ... Ich verbinde mich Alles, wie ich's empfangen — abzuliefern — Um meine Pflichten genau zu erfüllen, verpände ich meine Person und mein Schiff. Zur Urkunde der Wahrheit habe ich (3) von diesen Konnossementen eines Inhalts eingehändig unterschrieben²³.

(Principios del siglo XVIII).

²⁰ Ver. L. GOLDSCHMIDT: "H. des Handelsrechts" cit., par. 71, págs. 669/671.

²¹ ANSALDO: "De Commercio et Mercatura", 1751, Génova, disc. VI, nº 18.

²² L. GOLDSCHMIDT: "H. des Handelsrechts" cit., par. 71, págs. 670/671, nota 17.

²³ Traducción: "Yo, capitán del buque, (declaro) haber recibido de día en la bodega de mi buque... Me comprometo a entregar todo como

II

Ha caricato — Patron F. di — le merci notate — per dovere detto patrone F. le medesime balle condurre a... lo patron F. sottoscrito affermo...²².

(Año 1784).

III

Shipped — by A. B. merchant in and upon the good ship called the... whereof C. D. is Master — and are to be delivered — at Barcelona... to E. F. — In witness thereof, the master or purser of the said ship hath affirmed to three bills of lading of this tenor and date²³.

(Siglo XVIII).

IV

Received, in good order on board the ship — from A. B. — to be delivered at — to the order of C. D., on payment of... freightage.

Date... Signature...²⁴

(Fines siglo XVIII).

En otras palabras, estos primeros formularios de conocimientos contenían una simple descripción de las mercaderías cargadas y una indicación de los elementos indispensables para individualizar el transporte. Se agregaba sin embargo, con mucha frecuencia, la expresión manuscrita "dice ser", en vista de la necesidad en que se encontraba el transportador de introducir ciertas reservas sobre el estado de las mercaderías en el momento del embarque, para salvar o atenuar su responsabilidad.

Desde antiguo, la doctrina atribuyó a la expresión mencionada el efecto de excluir, con respecto a las circunstancias a que se refería, el carácter probatorio del conocimiento; se obtenía así una inversión del "onus probandi" acerca de tales circunstancias, en favor del transportador. Pero siempre se negó validez

le he recibido. Para cumplir con mis deberes, comprometo mi persona y mi navío. Como prueba de la verdad (de lo dicho) he suscripto tres ejemplares de este conocimiento, de un mismo tenor.

²² Traducción: "Ha cargado — Patron F. de — las mercaderías anotadas porque dicho patrón F. debe conducir dichos fardos a... Yo patrón F. suscripto afirmo."

²³ Traducción: "Cargadas (las mercaderías indicadas arriba) por A. B. negociante en y bajo cubierta del buque llamado... del cual C. D. es capitán y deben ser entregadas en Barcelona a E. F. A tal efecto, el capitán o comisionado de dicho buque ha afirmado lo expuesto en tres conocimientos de este tenor y fecha"

²⁴ Recibidas (las mercaderías indicadas) en buen orden a bordo del buque... por A. B. para ser entregadas en... a la orden de C. D. después de pagarse... en concepto de flete".

a las expresiones de reserva genéricas, que excluyeran totalmente la responsabilidad del capitán, "puesto que si (dichas expresiones) comprendiesen todo lo descripto, cantidad, calidad, peso, medida y número, se considerarían no escritas, pues abarcando demasiado no tendrían ningún valor"⁴⁰. Por lo tanto, el capitán reconocía algunas de las indicaciones contenidas en el conocimiento, atribuyendo las demás al cargador, por intermedio de la frase "dice ser".

Hacia fines del siglo XVIII entró en los usos la declaración del capitán de que las mercaderías habían sido cargadas "en buen orden y condición". He aquí un ejemplo dado por Targa⁴¹, donde aparecen tanto dicha declaración como la expresión "dice ser":

A di... in Genova han caricato, col nome di Dio a buon salvamento una volta tanto, in questo porto di Genova li Signori Giovanni Rocca e cugini fu Pietro Antonio (per conto e rischio proprio).

Sotto coperta del (vapore)... nominato (Herault — Capitano Rougement Francese).

Per condurre o consegnare in questo suo presente viaggio in Marsiglia le appié nominate e numerate mercanzie asciutte, intiere o ben condizionate segnate come di contro, e così promette detto Capitano al suo salvo arrivo consegnarle (alli Sig. ri Gio. Rocca e C. fu P. A. e a chi per essi).

E di nolo gli sarà pagato (nulla perché pagato a questa Direzione).

E per fede del vero sarà questa con altre simili firmata da detto Capitano e non sapendo egli scrivere per lui da terza persona ed una congiunta le altre restino di nullo valore. Nostro Signore l'accompagna salvamento e voi felicità.

(diciamo una cassa contenente rubbi due o mezzo vermicelli e pasta fine con una scatola dolci in ottima condizione).

Que dit être pour être débarqué dès arrivée du navire.

(firmado) F. R. Rougement⁴².

⁴⁰ TARGA: Ob. cit., pág. 70.

⁴¹ TARGA: Ob. cit. reproducido por ENRICO BEMSA: "La evoluzione storica della Polizza di Carico", etc., cit.

⁴² Traducción libre: "El día... en Génova han cargado, en el nombre de Dios a salvo por una vez, en este puerto de Génova los Sres. Giovanni Rocca e cugini fu Pietro Antonio (por su cuenta y riesgo).

Bajo cubierta del (vapor... llamado (HERAULT - Capitán Rougement, francés). Para conducir y entregar en el presente viaje en Marsella las mercaderías nombradas y enumeradas más abajo, secas, enteras y bien acondicionadas, marcadas como figura más abajo y así promete dicho capitán entregarlas a su salvo llegada (a los Sres. Gio. Rocca e C. o a quien ellos indiquen).

Y de fide se le pagará (nada porque ha sido pagado en esta dirección). Y como prueba de la verdad este conocimiento ha sido firmado

Sin embargo, no obstante la generalización de los formularios impresos, no coincidían los procedimientos de emisión de los conocimientos en los diferentes países. Así, por ejemplo, en Francia los formularios eran completados por los cargadores, quienes los presentaban al capitán, o bien a otro representante del armador, para la firma. Al respecto, la Ordenanza de la Marina dispone que los conocimientos se presenten para la firma dentro de las 24 horas después del embarque (art. 2 y 4 - Tit. II, Libro III).

En Italia los usos eran bastante diferentes. He aquí la descripción que hace Targa²² de la emisión de los conocimientos: "mientras las mercancías se van cargando en el buque, el encargado de recibirlas a bordo, por lo general el ayudante del escribano, suele anotar en el "libro de escotilla" ("libro di boccaporto") entregando al cargador una cartilla de recibo la cual, si bien por sí misma puede obligar al capitán y al buque del mismo modo que el conocimiento, sin embargo no contiene todas las circunstancias y cosas que necesitan anotación específica sino que, siendo tan sólo una nota de lo que se embarca, sirve sólo "pro interim", sin que deba confundirse con el propio conocimiento. Concluido totalmente el embarque, se avisan todos los mercaderes que han cargado para que concurren a determinado lugar y allí, mano a mano que ellos entregan al escribano sus recibos y los cotejan con las anotaciones del "libro de escotilla", retiran en cambio de los mismos los conocimientos, donde se anotan efectivamente todas las circunstancias esenciales o sea a quién va dirigida la carga, para dónde, por cuenta y riesgo de quién, con qué flete y en qué consiste dicha carga; si se trata de mercaderías por pieza, número o medida, si es a granel o bien en bultos lacrados y marcados, reproduciendo en el conocimiento las marcas, y, si las cosas cargadas están gravadas con hipotecas, al final del conocimiento se hace una anotación especial, especificando por qué importe y bajo qué forma, de modo que todo resulte claro; y el escribano retira los recibos y, entregado el conocimiento, lo transcribe literalmente en el libro de manifiesto, el cual sirve como original de las actas notariales, mientras el libro de escotilla y los recibos tienen funciones de matrices y

junto con otros similares por dicho capitán, y, no sabiendo el mismo escribir, por tercera persona en su nombre, quedando entendido que, inutilizada una copia, las demás quedarán sin valor. Nuestro Señor lo escampe y los proteja a Uds.

(Decimos un cajón conteniendo dos paquetes y medio de vermicelli y masas finas y una caja con pastres en óptima condición).

Que Dios sea para ser descargado desde la llegada del buque.

(firmado F. B. Rougemont)

²² TARGA: Ob. cit., pág. 122 y siguientes.

dicho conocimiento de extracto auténtico, del cual se entregan tres copias del mismo tenor".

En Inglaterra y en otros países se difundió pronto la costumbre de entregar recibos a los cargadores, mano a mano que las mercaderías eran embarcadas; dichos recibos constaban de una sección, el "tally", donde se anotaba cada lingada puesta a bordo y de otra sección donde figuraban el total de bultos y el peso del lote. Tales recibos aún se utilizan y son canjeados por los conocimientos poco después de completado el embarque.

7 — Hacia mediados del siglo XIX, cuando la navegación a vapor no había logrado aún suplantar la navegación a vela, surgieron las primeras compañías armadoras regulares, las que poco a poco modificaron los formularios-tipo para los conocimientos. En las marinas italiana y francesa tales formularios resumían las obligaciones del cargador, incluyendo una serie de razonables cláusulas exonerativas en favor del transportado; por la rotura de objetos frágiles, por el derrame de líquidos, por los riesgos y averías de mar, etc., acontecimientos todos que en realidad no estaban a cargo del transportador, según las reglas del derecho común. Al mismo tiempo, se dejó de usar la antigua expresión "dice ser" y se excluyó expresamente la responsabilidad del buque por el peso, el contenido, las medidas y el valor de los bultos. He aquí un ejemplo de los formularios mencionados:

"È stato caricato dal Sig. ... sopra il bastimento a vapore nazionale... per essere trasportato a... e consegnato al felice arrivo del bastimento al Sig. ... un lotto di merci mercate e numerizzate come segue... non accettandosi in quanto al peso, misura, contenuto e valore del colli alcuna responsabilità derivante dalle dichiarazioni della polizza di carico".⁴⁴

Como se ve, habían desaparecido las menciones referentes al estado de las mercaderías, utilizadas en los formularios del siglo XVIII (y primeras décadas del XIX), que describían la mercadería como "seca, sana y bien acondicionada"⁴⁵.

⁴⁴ Ver H. BENSÀ: "La evolu. storica della Polizza di Carico, etc." cit. Traducción libre:

"Ha sido cargado por el Sr... en el buque a vapor nacional... para ser transportado a... y entregado a la feliz llegada del buque al Sr... un lote de mercaderías marcadas y numeradas del modo siguiente... no aceptándose en cuanto al peso, medida, contenido y valor de los bultos ninguna responsabilidad derivada de las declaraciones del conocimiento".

⁴⁵ Tales menciones figuraban en el formulario transcrito por TARGA, que he reproducido más arriba, y también en los dos formularios, uno francés y otro holandés, citados en 1783, que incluye SAVARY en su "Dictionnaire de Commerce" en la palabra "Connaissance".

En la marina inglesa la evolución de los usos en materia de conocimientos fue diferente, al surgir las primeras compañías regulares de navegación. Por el espíritu de conservación característico de los anglosajones, no se suprimió la cláusula, ya generalizada, referente al estado de las mercaderías embarcadas ("shipped in apparent good order and condition"), provocando con ello una serie de nuevos problemas prácticos y jurídicos. En efecto, el desarrollo de la navegación a vapor había producido una reducción de los tiempos de permanencia en puerto de los buques, así como una aceleración de las operaciones de embarque, realizadas a menudo en condiciones precarias y de noche, haciendo muy difícil, a veces imposible, el control de las mercaderías cargadas; y, por otra parte, la existencia de una cláusula explícita en los conocimientos, que afirmaba el aparente buen estado de las mercaderías, transformaba en declaración del capitán (y por lo tanto en presunción en su contra) lo que de otro modo hubiera sido materia de prueba para cargador y transportador, en igualdad de condiciones.

La situación expuesta indujo a los capitanes a exagerar y generalizar sus observaciones en los conocimientos, con respecto a la apariencia exterior de las mercancías embarcadas, para eximirse de las responsabilidades inherentes a la inversión de la prueba que, de hecho, existía en su contra. Esta tendencia provocó la reacción de los cargadores, directamente perjudicados por las dificultades que encontraban en negociar conocimientos observados y por la proliferación de los reclamos, originándose así las "cartas de garantía", otorgadas por los cargadores para eximir los buques de responsabilidades consiguientes a la no observación de los conocimientos.

El sistema inglés, con sus ventajas⁴⁸ y sus inconvenientes, se impuso en escala mundial como consecuencia del predominio

⁴⁸ Una ventaja importante consistiría en la mayor certeza que adquiere el contenido del título representativo, certeza que indudablemente facilita la circulación de dicho título. Sin embargo, debe tenerse presente que:

1) De todos modos dicha certeza no es absoluta, pues la presunción que las mercaderías han sido recibidas "in apparent good order and condition" no cubre el tercero de buena fe contra los vicios ocultos de las mercaderías embarcadas.

2) Es perfectamente imaginable un conocimiento que no presuma la recepción de las mercaderías en buen orden y condición, que tendría el mismo carácter de título representativo de transporte. El tercero de buena fe estaría amparado, en ese supuesto, como lo está hoy, con la diferencia que los reclamos por daños a las mercaderías deberían dirigirse contra el transportador y/o contra el cargador aun tratándose de conocimientos limpios, pues ambos estarían en igualdad de condiciones para demostrar su respectiva falta de responsabilidad.

marítimo de Gran Bretaña, y fue adoptado por la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos. El problema de las cartas de garantía sigue subsistiendo, sin que pueda vislumbrarse una solución de fondo para el mismo; pues la mejor salida sería dejar de presumir que las mercaderías han sido cargadas "in apparent good order and condition"⁴⁷.

Como hemos visto, la reglamentación del transporte se ha ido volcando, a partir de mediados del siglo XIX, en el conocimiento. Ello ha sido consecuencia directa del gran cambio producido en las costumbres marítimas por la aparición de los buques a propulsión mecánica y de las compañías regulares de navegación; que, según hemos dicho, se generalizó de este modo la intervención de terceros en la negociación del título, con respecto al cargador y al transportador. Mientras antes las mercaderías eran recibidas casi siempre en destino por representantes del cargador, contra quienes podían hacerse valer las cláusulas del contrato de transporte (estipulado entre cargador y transportador) sin que las mismas constaran en el título, al generalizarse la intervención de terceros, como recibidores desvinculados de los cargadores, endosatarios, Bancos, etc., se hizo necesario reproducir dichas cláusulas en los conocimientos, para que fueran oponibles al portador.

La evolución de las costumbres marítimas ha afianzado asimismo el carácter representativo y literal del conocimiento, aun con las variantes que ofrecen al respecto los diferentes ordenamientos jurídicos, y ha generalizado el endoso de dicho documento y el principio de la autonomía de los derechos de los terceros de buena fe.

La "Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos", ha impuesto con carácter internacional ciertas soluciones equitativas en materia de condiciones de transporte, estableciendo principios de orden público, no derogables por intermedio de cláusulas puestas por las partes en los conocimientos. Pero lo referente a la regulación del título, en cuanto a su emisión, sus características, su transmisibilidad, su representatividad, etc., se ha dejado librado a las legislaciones nacionales⁴⁸; y es evidente que esta regulación par-

⁴⁷ E. BÉNSA: "La evolución, etc.", *ibid.*

⁴⁸ Existen múltiples discordancias, en la doctrina y en la legislación comparada, acerca del carácter unitario o múltiple de la declaración contenida en el conocimiento de la naturaleza de dicha declaración (meramente probatoria o bien dispositiva y constitutiva) y de su origen (contractual o unilateral).

cial del instituto conspira contra la armonía de soluciones en el orden internacional, pues las características cartulares influyen sobre las cláusulas relativas al transporte y viceversa. Sería por lo tanto deseable que se llegara a darle al conocimiento características uniformes, a través de una convención internacional que contemplara, además de la regulación del transporte, sus propiedades como título negociable y representativo.

EL TRANSPORTE EN EL MERCADO COMÚN LATINOAMERICANO

ROCELIO N. MACIEL

I. INTRODUCCIÓN

1. — La integración económica que es el objetivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) sólo podrá ser posible a través de la supresión de trabas principalmente fiscales y administrativas, que se oponen o dificultan el intercambio comercial de sus estados miembros e impiden por tanto la formación de un mercado común que es el objetivo del Tratado de Montevideo.

2. — El resultado más importante de un proceso de ese tipo habrá de ser el aumento sustancial del intercambio intrazonal y es aquí donde aparece la importancia del transporte porque él es sinónimo de intercambio. El Consejo Interamericano Económico y Social así lo reconoció en la Carta de Punta del Este al afirmar que "el fomento y la coordinación de los sistemas de transportes y comunicaciones son formas efectivas de acelerar el proceso de integración".

3. — Así lo afirmó también al estudiar el tema la Comisión Económica para la América Latina¹ al decir que "parece lógico suponer que las bases y normas generales relativas al mercado común tengan igual validez tratándose de transportes. Aún teniendo en cuenta las características especiales de éstos... las actividades y transacciones del transporte internacional no difieren en esencia del intercambio relacionado con otras actividades económicas en el ámbito del mercado común. Es difícil concebir un mercado común cuyos servicios —entre ellos los transportes— y otros sectores económicos estuviesen regidos por principios básicos diferentes".

¹ Doc. E/CN-12/C-1/14. "Los problemas del transporte en América Latina. Posibles estudios en función del Mercado Común".

4. — No puede ser de otra forma. Si el intercambio es la esencia y la consecuencia del comercio, es indudable que el transporte con el cual ese intercambio se lleva a cabo viene a adquirir la categoría de acto fundamental, típico, de comercio que le ha sido reconocida por los economistas.

5. — ¿Qué conclusión puede extraerse de una revisión de las medidas adoptadas en materia de transportes en el seno de la ALALC? Una primera respuesta podría ser pesimista ya que fuera de estudios, declaraciones y algún Convenio no llevado aún a la práctica integralmente, no se advierte que se hayan concretado aún las dos fases fundamentales cuyo logro se ha señalado como indispensable para poder hablar de un transporte regional o zonal integrado; por una parte, la adopción de una política común en materia de transporte con los dos aspectos que la misma requiere: política común de transportes internacionales y política armónica de transportes internos, y por otra parte, la formación de un consorcio internacional de transportistas encargado de realizar los transportes dentro del área del mercado común y los que lleguen o salgan de él desde o hacia terceros países.

6. — Sin embargo, un análisis más panorámico del proceso del Mercado Común Latinoamericano aún en formación, disipa la impresión antes indicada porque no se advierte que la armonía en materia de transportes haya encontrado mayores dificultades que las existentes en otros aspectos de la integración. En otras palabras, la integración de los transportes de los países de la ALALC no ha tropezado con más inconvenientes que los que pueden naturalmente esperarse de un proceso tan complejo como es el de la integración.

7. — Examinaremos pues esta cuestión dividiéndola en cuatro capítulos, a saber: 1) Objetivos generales de una política común de transportes y líneas posibles de acción para concretarla, complementando esto con una somera referencia a los órganos ya existentes en este sentido en el seno de la ALALC; 2) Situación existente en el transporte por Agua; 3) Idem en Transporte Aéreo; 4) Idem en Transporte Terrestre; indicando también en los tres últimos casos cuáles serían a nuestro juicio, las medidas a adoptar para lograr la integración hasta donde la misma resulte posible.

II. POLÍTICA COMÚN DE TRANSPORTES. — LOS ÓRGANOS DE LA ALALC

8. — El importante estudio confeccionado por Chile sobre la materia de la primera parte del epígrafe² y presentado al Consejo de Transportes y Comunicaciones en mayo de 1966, comienza por sentar una premisa pesimista al afirmar que la unificación de los puntos de vista sobre los objetivos de una política común de transportes está más allá de lo posible en el presente momento por cuanto existen diferentes políticas gubernamentales al respecto en los países del área, porque los sistemas de transporte de cada uno de esos países tienen niveles de desarrollo muy distintos y porque existen diversas presiones provenientes de terceros países.

9. — No obstante ello, fija la meta a alcanzar y las medidas concretas a adoptar para obtener el resultado buscado.

10. — La meta no es otra, que una vez logrado el mercado común, se consideren los transportes internacionales del área como un simple mercado doméstico o interno.

11. — En lo que hace a las medidas a adoptar para lograr la meta buscada se señalan las siguientes, divididas en dos grupos o clases:

1) Medidas a corto o mediano plazo, respecto a cuya adopción más o menos inmediata no existirían mayores dificultades. Se cuentan entre ellas:

- a) Aceptación del transporte internacional por un mismo medio. Ello ya ha ocurrido en la práctica en el transporte aéreo y marítimo, pero no en el terrestre, en particular el automotor que todavía sufre restricciones, lo que origina trasbordos innecesarios en las fronteras. Argentina³, Brasil⁴ y Uruguay⁵ ya han adoptado medidas en este sentido y parecería que no existen mayores inconvenientes en que los otros países hagan lo propio.
- b) Uniformación y simplificación de los controles aduaneros para agilizar el cruce de fronteras, particularmente

² ALALC/CTC/IdB 3, "Lineamientos básicos para la coordinación de una Política General de Transportes", (12/4/66).

³ Resolución N° 10 de la Dirección General de Aduanas del 19/8/63, regulando el tráfico de cargas por vía terrestre.

⁴ Decreto N° 51.813-A del 8/3/63; V. Diario Oficial del 18/3/63.

⁵ Decreto del 28/4/62. Cfr. en el documento indicado en la nota 2 precedente.

de las terrestres. Argentina y Chile lo han hecho ya en el ferrocarril trasandino y también Argentina, Brasil y Uruguay efectúan actualmente negociaciones para simplificar el tráfico de camiones a través de sus fronteras.

- c) Admisión temporal de unidades de transporte⁶ y de embalajes ("containers")⁷ destinados a facilitar la circulación de mercaderías.
- d) Reglamentación unificada del contrato de transporte, especialmente en lo que hace a la responsabilidad del transportador respecto a la seguridad de las cargas fuera del país de origen. Como luego veremos, esta unificación ya ha sido lograda en el contrato de transporte aéreo a través de instrumentos internacionales; y esta situación se da también en el transporte marítimo.
- e) Coordinación de las medidas de orden técnico como las que conciernen a la circulación por carreteras (peso por eje y longitud máximos de los vehículos, señalización de carreteras, habilitación de motoristas, etc.); estos aspectos ya han sido estudiados por varios de los países del área, en su carácter de miembros del Congreso Panamericano de Carreteras. En materia ferroviaria habría también que eliminar el problema que representa la concurrencia de sistemas de distinta trocha en los puntos fronterizos.
- f) Publicidad de las tarifas cobradas por los distintos medios de transporte a fin de facilitar la elección por parte del usuario.
- g) Coordinación entre los países interesados en realizar inversiones para la ejecución de obras que inciden en el transporte intrazonal, coordinación que podría realizarse, por ejemplo, en el seno del Consejo de Transportes y Comunicaciones.
- h) Uniformación de las medidas laborales y de seguridad social respecto a las tripulaciones empleadas en el transporte internacional cuando se encuentren en países distintos de aquél en que realicen sus aportes o erogaciones sociales.

⁶ Tal como lo establece por ejemplo el art. 15 del Tratado del Mercado Común Centroamericano que permite plena libertad de tránsito a través del territorio de cada parte contratante para las mercaderías destinadas a otras partes contratantes y a los vehículos que las transportan.

⁷ Brasil (Decreto N° 4.907 del 17/12/65) fue el primero en conceder facilidades para el uso de "containers" o cajas de carga. También la Argentina lo hizo mediante la ley N° 17.347 del 18/7/67 (Bol. Ofic. 26/7 67) cuyo decreto reglamentario se encuentra actualmente en elaboración.

2) Medidas a largo plazo cuya adopción será retardada por las dificultades emergentes de la extremada diversidad actual de situaciones nacionales y que por su alcance afectarán posiciones ya fijadas desde tiempo atrás en los respectivos sectores nacionales. Ellas serían:

- a) Medidas necesarias para alcanzar la igualdad de tratamiento entre los distintos medios de transporte.
- b) Establecimiento de reglas comunes aplicables a los transportes internacionales.
- c) Control de los sistemas tarifarios dentro de una relativa libertad que permita la competencia. Ello se obtendría a través de la fijación de mínimos tarifarios que impidan la competencia ruinosa y su consecuencia principal: la decapitalización de las empresas; y también de máximos que eviten que algunas empresas abusen de su posición dominante en el sector o de períodos críticos de demanda. Ambos límites se basarían en los costos.
- d) Adopción de sistemas de organización y explotación que dejen a las empresas un margen de libertad en su gestión comercial.
- e) Institución de un mecanismo de control y arbitraje del transporte intrazonal.

12. — Todas estas medidas o cualesquiera otras que se adoptaran con el mismo fin, deberían basarse en el intercambio de datos estadísticos sobre los costos de explotación y tarifas de los distintos medios de transporte y de los flujos o corrientes del tráfico internacional y su evolución posible como consecuencia de la integración.

Los órganos de la ALALC.

13. — Veamos ahora qué pases se han dado en el seno de la ALALC en procura del logro de los objetivos que quedan reseñados. Pasando por alto los dos órganos principales que son la Conferencia de la ALALC y el Comité Ejecutivo Permanente, encargado de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, haremos referencia a los órganos competentes en materia de transporte: El Consejo de Transportes y Comunicaciones, y la Comisión Asesora de Transportes.

14. — La Comisión Asesora de Transportes tiene por objeto el estudio de problemas del transporte zonal con el fin de asesorar al Consejo de Transportes (art. 4º de la Resolución 76 del CEP) y de prestarle asistencia en los estudios técnicos que sean nec-

sarios elaborando también la documentación básica requerida para las reuniones de aquél. La Comisión es considerada un organismo autónomo a escala regional y aún cuando su propósito inicial fue el racionalizar el transporte marítimo y fluvial intrazonal se interpretó luego y así lo ha hecho efectivamente, que tiene competencia sobre todos los otros medios de transporte.

15.—La creación del Consejo de Transportes fue aconsejada por las Resoluciones 101 y 121 de la Conferencia de Partes Contratantes, por el Informe de la Reunión Gubernamental sobre Transporte Acuático y por la Resolución 6 de la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo. Fue creado por la Resolución 76 del Comité Ejecutivo Permanente, de fecha 30 de diciembre de 1963, en virtud de la facultad conferida al Consejo por la mencionada Resolución 101.

16.—Está integrado por los "responsables inmediatos de la elaboración y ejecución de la política nacional de las Partes Contratantes en el respectivo sector" (art. 1^o) y debe reunirse "por lo menos una vez al año por convocatoria del Comité Ejecutivo Permanente" (art. 2^o).

17.—La misión del Consejo resulta del art. 3^o de la Resolución que lo creó e incluye entre sus cometidos más importantes los de procurar la coordinación y armonización de las políticas de las Partes Contratantes en materia de Transportes y Comunicaciones, promoviendo la consulta y colaboración de aquéllas en estos campos con el fin de desarrollarlos y lograr su perfeccionamiento. Compete también al Consejo proponer a los órganos de la Asociación la adopción de las medidas que correspondan al ámbito de acción de las Partes Contratantes, acordar las decisiones operativas que puedan adoptarse dentro de su órbita y, finalmente, orientar los estudios y trabajos de la Comisión Asesora de Transportes.

III. SITUACIÓN EXISTENTE EN EL TRANSPORTE POR AGUA

18.—Comenzamos por referirnos a éste porque el 90 % del intercambio comercial entre los países del área y de ellos con el resto del mundo, se realiza por agua² y porque el Convenio de Transporte por Agua ha sido el primer logro concreto del Consejo de Transportes y Comunicaciones que ejecutó así la tarea encomendada en el artículo transitorio de la Resolución que lo creó.

² "Alamar": su gran flota ahorra fletes"; Revista "Visión" 8/12/66.

19. — Dos realizaciones han sido ya logradas en este campo: la declaración de una política común alcanzada mediante la Resolución 120 de la Conferencia de Partes Contratantes y la concreción de un Convenio de Transporte por Agua que quedó aprobado y abierto a la firma de los estados el 30 de setiembre de 1966.

20. — La Resolución 120, declaración de una política de transporte marítimo, fluvial y lacustre, no hizo sino institucionalizar la Resolución N° 5 de la Conferencia de Cancilleres de fecha 5 de noviembre de 1965. Los objetivos fijados para tal política pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

- a) Promover el desarrollo de las marinas mercantes de los países de la ALALC;
- b) Asegurar a los buques de los países miembros el transporte preferente, en igualdad de derechos de una cuota sustancial del intercambio intrazonal;
- c) Tratar que las marinas mercantes de los países de la zona adquieran la capacidad necesaria para transportar el intercambio zonal, apoyándose mutuamente para proteger su mutuo desarrollo;
- d) Uniformar y simplificar las leyes y reglamentos nacionales en materia de transporte marítimo, fluvial y lacustre;
- e) Mejorar las condiciones portuarias y la navegabilidad de ríos, canales y accesos a los puertos para aumentar su productividad y disminuir los costos del transporte;
- f) Promover la fijación de un sistema tarifario adecuado y razonable;
- g) Conceder temporalmente tratamiento de buques nacionales a los extranjeros fletados y operados por empresas navieras nacionales de un país de la zona como complemento de sus tonelajes mientras las marinas mercantes de la zona carezcan de la capacidad de transporte necesaria para atender su intercambio.

21. — La política enunciada, en la cual tal vez sea el contenido del inciso g) precedente su aspecto más concreto y remarkable, no encontró mayores obstáculos para su ratificación; ello ocurre siempre con toda enunciación de principios razonables y suficientemente genéricos como para no implicar la concreta adopción de compromisos.

22. — Más laboriosa fue en cambio, como luego veremos, la redacción del Convenio de Transporte por Agua en el que dichos compromisos debían necesariamente ser asumidos mediante el intercambio de derechos de cada uno de los países miembros.

23. — El aludido Convenio fue firmado por 9 países y ratificado hasta ahora sólo por Méjico y sus provisiones principales son las que se esquematizan seguidamente:

- a) Se aplica al transporte de cargas por vía marítima, fluvial y lacustre entre las Partes Contratantes que se realice por sus buques o naves sún cuando éstos prolonguen sus tráficos a países no contratantes.
- b) Reconoce a cada Parte Contratante el derecho irrestricto de regular su cabotaje nacional y los transportes destinados o procedentes a países no contratantes.
- c) Establece la reserva del transporte de carga entre las Partes Contratantes a los buques nacionales de todas ellas en igualdad de derechos.
- d) Promueve la constitución de conferencias de fletes u organismos similares entre los armadores que participen del tráfico intrazonal, con el fin de hacer efectivos a través de aquéllas el ordenamiento y la regularización del transporte.
- e) Compromete a las Partes Contratantes a crear condiciones adecuadas de explotación de sus marinas mercantes en competencia leal y equitativa.
- f) Define el concepto de buque o nave nacional reglamentando los distintos casos que pueden presentarse.
- g) Permite el arrendamiento de buques de terceros países por los armadores de naves nacionales en caso de insuficiencia de sus propias bodegas, estableciendo empero preferencia a favor de los buques pertenecientes a otras Partes Contratantes y plazos máximos para tales arrendamientos.
- h) Fija el principio de la igualdad de tratamiento entre los buques nacionales de las Partes Contratantes en materia de trámites portuarios, aduaneros y operacionales.
- i) Instituye una Comisión de carácter permanente, con sede en la ALALC, que tiene por misión velar por el cumplimiento del convenio.
- j) Compromete a las Partes Contratantes a actuar de consuno en defensa de la política común de transporte y por agua y las respectivas marinas mercantes a fin de ase-

gurar a cada una de ellas una participación adecuada en su intercambio con países no contratantes.

- k) Compromete los esfuerzos de las Partes Contratantes para conceder a los países mediterráneos las facilidades necesarias para facilitar su transporte marítimo, fluvial y lacustre.
- l) Fomenta las industrias navales de los países del área al establecer que las Partes Contratantes, al renovar o ampliar sus flotas, procurarán ordenar la construcción de sus buques en astilleros de otras Partes Contratantes.

24. — El Convenio, como se ve, ha llegado tan lejos como podía llegar. Es un documento importante que instrumenta en forma realista las situaciones imperantes en los países del área, tratando de armonizarlas entre sí.

25. — Merece destacarse entre sus cláusulas la del artículo 4° que establece el principio de reserva del transporte a favor de los buques nacionales de los países contratantes. Precisamente por ser el más importante, es la cláusula que mayores dificultades ha planteado, a un punto tal que parece apropiado atribuirle el carácter de principal obstáculo para la reglamentación del Convenio.

26. — En efecto, el artículo 4° establece el principio indicado y lo complementa luego indicando que la reserva de las cargas se hará efectiva en forma multilateral y su implantación será gradual tanto en el tiempo como en el volumen que represente y en la medida que lo permita la capacidad de transporte de las marinas mercantes de las Partes Contratantes que operan en la Zona.

27. — Fue al intentarse la reglamentación del Convenio cuando se pusieron de manifiesto las dos posiciones básicamente antagónicas en que se enrolaron los países del área: por un lado los del así denominado "grupo Pacífico" (Chile, Perú, Ecuador, Colombia y México) y por otra parte la Argentina, Brasil y Uruguay ("grupo Atlántico"). La posición del "grupo Pacífico", con gran influencia de la CEPAL es la de propugnar la integración inmediata como forma de lograr el desarrollo que se intenta conseguir; el "grupo Atlántico" se inclinó en cambio por la integración paulatina. Estas dos posiciones se reflejan, básicamente, en los proyectos de reglamentación del Convenio presentados por Chile⁸ y Argentina¹⁰ o sea dos países enrolados en cada una de ambas posiciones antagónicas.

⁸ Documento ALALC/CECTA/1/dt. 1.1. 29/5/67.

¹⁰ Documento ALALC/CECTA/1/ps. 1.3. 30/5/67.

28. — Existe una razón de hecho explicativa de esta discrepancia; Argentina y Brasil unidos, poseían a fines de 1965 un tonelaje de registro bruto de 2.110.000 que representa las dos terceras partes del tonelaje total de los países integrantes de ALALC¹¹.

29. — Aquí se presentó una vez la postura de siempre; quieren la integración, o sea el libre acceso a las cargas los que no la tienen o no la transportan actualmente. Habrá pues que negociar, pero ello no impide reconocer que la posición argentina es muy razonable porque significa realizar la integración en forma "gradual" y ajustándose estrictamente a la realidad del transporte, del comercio y de las marinas mercantes de cada país (art. 4º, párrafo 2º del Convenio). Por otra parte no es descabellado suponer que el libre acceso a las cargas por parte de todas las partes contratantes será un factor de perturbación que ocasionará la anarquía en el transporte marítimo.

30. — Dos palabras finalmente para las dos asociaciones surgidas del seno de ALALC por iniciativa empresarial: ALAMAR y la Línea de las Américas.

31. — La Asociación Latino Americana de Armadores (ALAMAR) de la que puede ser miembro todo armador nacional de cualquiera de los estados miembros de ALALC, surgida con motivo de las previsiones de la Resolución 45 del IIº Período de Sesiones de la ALALC, nació de la primera reunión de armadores realizada en Viña del Mar (Chile) el 13 de julio de 1963, por iniciativa de la Asociación Nacional de Armadores de Chile. En las reuniones celebradas en Punta del Este y Montevideo en enero y abril, respectivamente de 1964, se aprobó su declaración de Principios y en la reunión de Montevideo (abril de 1965) una declaración de Política Naviera y, finalmente, en la reunión de Asunción (septiembre de 1965) se aprobaron las últimas reformas a los Estatutos de la Asociación, en cuyo artículo 4º se fijan los fines de la misma, que pueden resumirse así:

- a) Promover una política tendiente al desarrollo y coordinación del transporte por agua de los países de la ALALC, procurando que sus marinas mercantes, tengan la capacidad necesaria para atender el transporte de su intercambio zonal.
- b) Estimular, proteger y representar los intereses generales

¹¹ Datos de "Visión" (art. cit. en nota 8 precedente) Argentina fue tradicionalmente la primera potencia de América Latina, siendo desplazada a fines de 1965 —con 1.041.000 TRB— al segundo puesto por el Brasil con 1.069.000 TRB.

de sus asociados especialmente ante medidas que pueden afectarlos.

- c) Auspiciar el régimen de conferencias de fletes, colaborando con la ALAC en el perfeccionamiento de las condiciones del transporte zonal y extrazonal.

32. — El propósito buscado desde el punto de vista comercial es el de aplicar el principio que todo país adopta en el sentido de reservar para los buques de su bandera el tráfico de cabotaje y, considerando a América Latina como un solo país, transportar en sus flotas todo su comercio zonal, con dos resultados evidentes: el ahorro de fletes marítimos y la expansión de la marina mercante regional.¹²

33. — La Línea de las Américas está formada por armadores de Brasil, Colombia, Chile, Méjico y Perú, y las naves con que cuenta tienen un recorrido que comienza en Vancouver (Canadá), recorre la costa del Pacífico hasta el estrecho de Magallanes, sigue por el Atlántico hasta el canal de Panamá y desde allí regresa por el Pacífico hasta el punto de partida. Se calcula el viaje redondo en un plazo de 130 días aproximadamente y se considera que la empresa será ríditiva sobre la base del tráfico tradicional de la zona (café, cacao, maderas, minerales, carnes y frutas) y por otra parte manufacturas norteamericanas y canadienses.

34. — La línea de las Américas, aparte de representar la primera concreción real de los propósitos consagrados por el Convenio de Transporte por Agua, es también el primer nexo de unión entre las dos experiencias comunitarias de América Latina: la ALALC y el Mercado Común Centroamericano.

35. — Ante el panorama que queda expuesto podrían enunciarse las siguientes recomendaciones en procura del objetivo que pretende obtenerse:

- a) Ratificación del Convenio de Transporte por Agua.
- b) Introducción en el Proyecto de Reglamentación del Convenio de Transporte por Agua de los ajustes necesarios para lograr la unificación de criterios hasta ahora antagónicos que han demorado su ratificación por todos los países de la zona.
- c) Aplicación estricta del principio de reserva de cargas entre los países de la zona modificando a ese fin en la medida necesaria los compromisos bilaterales que pueden tener aquéllos con terceros países.

¹² Se calcula que en América Latina gasta en fletes marítimos alrededor de US\$ 2.000 millones anuales. ("Visión", art. cit. en nota 8).

- d) Promoción de las conferencias de flotas y activa intervención en las mismas.
- e) Estímulo a las organizaciones empresariales privadas interesadas o participantes en actividades de transporte a escala regional, o, cuando menos, a la ingerencia empresarial en los órganos gubernamentales u oficiales dedicados a tales funciones. Esta es, en realidad, una premisa totalmente válida y por ello aconsejable para todos los otros medios de transporte.

IV. LA SITUACIÓN EN EL TRANSPORTE AÉREO

36. — Al examinar este tema debe tenerse en cuenta que la situación que aquí se presenta es bastante distinta de la existente en el transporte marítimo o por agua, mejor dicho. En efecto, el transporte aéreo tiene por objeto casi totalmente la traslación de pasajeros y sólo una parte muy pequeña se vuelca al transporte de carga, excepto por supuesto el transporte de equipajes.

37. — Grande es sin embargo la importancia del transporte aéreo en lo que hace al transporte de personas, a un punto tal que puede afirmarse que los porcentajes de viajeros que utilizan este medio representan cifras sensiblemente superiores con respecto a los otros medios de transporte y que las mismas van en constante aumento.¹⁴

38. — Dos serán los problemas principales que en materia de transporte aéreo deberá resolver la ALALC: en primer lugar deberá fijar una política aérea común o por lo menos homogénea entre los países del área, pues ello acercaría a los países signatarios dentro de un mismo propósito. En segundo lugar, como meta final, la formación de un Consorcio de transportistas zonales que ejerza los derechos de tráfico que correspondan a la zona.

39. — El logro de estos objetivos cuyo enunciado resulta tan fácil traería sin duda beneficios apreciables para la integración,

¹⁴ Poseemos sólo datos referentes a los pasajeros-entrados y salidos a Argentina, pero ellos son suficientemente reveladores. Tomando períodos anuales suficientemente espaciados, tenemos las siguientes cifras:

	Vía Terrestre	Vía Fluvial	Vía Ultramar	Vía Aérea
1938	13.921	325.543	60.323	8.861
1945	25.685	238.118	5.213	31.108
1952	38.183	126.673	112.535	127.691
1957	72.435	359.680	76.232	224.316
1965	129.219	275.614	95.706	552.517

amén de solucionar diversas dificultades por las que atraviesan varias empresas aéreas nacionales de la zona, sobre todo las de débil potencial económico, eliminando los excesos de capacidades que actualmente se ofrecen a lo largo de las rutas aéreas, la superposición de horarios y frecuencias y fortaleciendo así al transporte aéreo regional.

40. — No obstante el brillante panorama que se ofrece como premio a la integración del transporte aéreo zonal, un análisis realista de la situación actual y de su posible evolución no puede sino llevar a la conclusión de que la meta no podrá ser alcanzada en forma inmediata sino a través de una serie de etapas que deberán ser necesariamente cautelosas exploratorias y, sobre todo, graduales.¹⁴

41. — Examinemos primero la adopción de una política aérea común para los países del Área porque es el primer paso lógico a dar y también porque en esta materia está casi todo hecho. En efecto, dispone el transporte aéreo de un apreciable número de instrumentos legales internacionales que regulan prácticamente todos los aspectos públicos y privados de la aviación comercial.

42. — Desde el punto de vista del derecho público, el 2º Convenio de Chicago de 1944 reglamenta aspectos tan importantes como la soberanía del espacio aéreo nacional, las condiciones de su sobrevuelo por aeronaves extranjeras, etc. Este Convenio ha sido ratificado por todos los países integrantes de la ALALC.

43. — El 3er Convenio de Chicago, relativo al tránsito de los servicios internacionales, que establece las así llamadas dos libertades civiles de la aviación comercial pese a lo poco comprometedoras que son sus cláusulas, sólo ha conseguido hasta el presente la ratificación de la Argentina, México y Paraguay entre los países de la ALALC.

44. — El 4º Convenio de Chicago, relativo a las tres libertades comerciales, no ha sido ratificado por ninguno de los países de la zona (prácticamente por ninguno del mundo), lo que resulta lógico al apreciar la magnitud de los compromisos aerocomerciales cuya asunción traería aparejada su ratificación.

45. — Volviendo al derecho público, el Convenio de Tokio de 1963, relativo a delitos e infracciones cometidas a bordo de aeronaves, no ha sido tampoco ratificado por ninguno de los países de la ALALC.

¹⁴ Consideramos que esta conclusión bastante razonable cuando se tiene en cuenta las dificultades que deben allanarse previamente; ver párrafos 50 y siguientes.

46. — Entrando al campo del derecho privado se dispone de un importante conjunto de Convenios Internacionales que regulan prácticamente todos los aspectos más importantes de la aviación comercial. Se cuentan entre ellos la Convención de Varsovia de 1929 y las modificaciones que le introdujo el Protocolo de La Haya de 1955, relativos a la responsabilidad del transportador aéreo por daños a personas o cosas transportadas en forma internacional, convenios que solo han sido ratificados por Argentina, Brasil (solo el primero de ellos), México y Venezuela. Los Convenios de Roma de 1933 y 1952, sobre responsabilidad por daños causados a terceros en la superficie, han sido ratificados solo por Brasil, Ecuador y la Argentina, a mediados de 1967. El Convenio de Guadalajara de 1961 sobre responsabilidad del transportista no contractual sólo fue ratificado por México. Finalmente, el Convenio de Ginebra de 1948 sobre reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves —de tanta importancia para el equipamiento de las flotas aéreas— sólo ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y México.

47. — Es evidente que la ratificación de todos estos instrumentos citados, excepción hecha del 4º Tratado de Chicago, podría ser realizada sin mayores inconvenientes, excepto tal vez en lo que hace a los límites de responsabilidad por los países de la zona, por cuanto ello no les significaría cercenar ni comprometer su libertad de regular aspecto alguno de su aviación nacional. Tal afirmación puede hacerse válidamente cuando se revisan las leyes nacionales en la materia de todos los países de la ALALC y se advierte que los principios de las dos Convenciones más importantes —Varsovia y Roma— se hallan incorporados a las referidas legislaciones internas.

48. — Luego de este primer paso se ha indicado¹³ como una segunda etapa la uniformación de las legislaciones internas en aspectos legales como régimen de autorización de servicios aéreos internacionales, régimen de los servicios no regulares, estatutos de aeropuertos, cobro de tasas, franquicias y exenciones fiscales, régimen laboral y social del personal aeronavegante, etc.¹⁴

49. — Digamos finalmente que los países de la ALALC, estados miembros de la Organización de Aviación Civil Internacional, han alcanzado a través de la misma —como todos sus inte-

¹³ FERUCCHI, H. A.: "Política Aerocomercial Latinoamericana", pág. 11.

¹⁴ La comisión Asesora de Transportes, en base a consultas a distintos países, redactó el documento CAT-IV-di 8, julio 1966 en el que muestra el estado de la legislación interna de Argentina, Brasil, Chile, Perú, México y Uruguay. Existen diferencias pero ellas no excluyen la posibilidad de su armonización.

grantes— una apreciable uniformidad de procedimientos desde el punto de vista técnico. Así, todos los aspectos relacionados con condiciones de navegabilidad de aeronaves, licencias del personal aeronavegante, ayudas a la navegación aérea, léxico, etc., se hallan unificadas y constituyen un buen punto de partida para seguir avanzando en el mismo camino.

50. — Pero es menester también tener en cuenta la existencia de algunos factores que representan un dificultoso escollo que deberá ser indudablemente eliminado antes de poderse lograr una unificación en materia de política aérea. Se han citado entre ellos¹⁷ el distinto concepto que tienen los diferentes países sobre el poder aéreo, los compromisos contraídos bilateralmente por países de la ALALC con terceros países que muchas veces vulneran en vez de proteger el tráfico regional y el hecho de que los planes de rutas sobre los cuales operan actualmente los servicios aéreos —en razón de ser anexos a convenios bilaterales— responden a corrientes de tráfico que tienen en cuenta los intereses de ambas partes contratantes pero sin que se haya previsto en ellos la integración continental.

51. — Desarrollando sintéticamente los conceptos expresados en el párrafo anterior digamos, en lo que respecta al poder aéreo y atendiendo sólo al aspecto que de él resulta para la organización de las líneas aéreas nacionales, que este concepto no es similar en todos los países de la zona; así en países como Chile se da en la práctica un monopolio estatal en materia de explotación de servicios aerocomerciales regulares. Argentina los organiza admitiendo la concurrencia del capital privado aunque con claro predominio de la empresa estatal y, finalmente, en países como Perú y Colombia los servicios aéreos son directamente de propiedad privada.

52. — Por otra parte debe tenerse en cuenta que los países de la zona tienen firmados numerosos tratados bilaterales con países extrazonales, especialmente con E.E.U.U. y países europeos de gran potencial aeronáutico; este gran potencial, especialmente en el campo industrial, ha permitido a estos terceros países obtener bilateralmente derechos importantes en materia de tráfico de 5^o y 6^o libertad¹⁸ que afectan sin duda a esos mis-

¹⁷ PERUCCHI, op. cit. en nota 15 precedente.

¹⁸ La 5^o Libertad consiste en el derecho que posee la aeronave de un país determinado de embarcar en el territorio del Estado concedente, pasajeros y carga con destino a un tercer Estado, y también el derecho de desembarcar en el territorio del Estado concedente pasajeros y carga proveniente de un tercer Estado (art. 1^o del convenio de Transporte Aéreo Internacional (Chicago), 1944). Ejemplo: para una línea aérea francesa que tenga autorizada una ruta entre París y Buenos Aires, será

mos tráficos cuando ellos se consideran desde el punto de vista regional. En estos sentidos indicados es indudable que la adopción de una política aérea común por parte de los países de la zona deberá reflejarse en la uniformación, o por lo menos armonización de las cláusulas de los tratados que los mismos firmen con países extrazonales, con limitación de muchos derechos que éstos poseen actualmente y habrá que ver si los países latinoamericanos están dispuestos a cederlos —en beneficio de sus asociados en el mercado común— tales derechos ya concedidos a terceros países, sobre todo de aquéllos de los que dependen en cuestiones tan importantes como el equipamiento para sus flotas aéreas.

53. — Deberá también expandirse el concepto de tráfico regional²⁰ defendido sólo por algunos países como Argentina y Brasil, considerándose como países limítrofes a todos los de la zona, a fin de ampliar el criterio actual.

En materia de tráfico regional podrán sin duda aprovecharse los trabajos ya realizados en las tres Conferencias Regionales de Aviación Civil realizadas en Río de Janeiro (1959), Montevideo (1960) y Bogotá (1962) respecto a cuyas recomendaciones cabe sin embargo señalar que no fueron confirmadas sino por algunos países y en forma parcial.

54. — En lo que hace al consorcio común de transportistas zonales, cuya concreción parece por ahora sumamente improbable, examinaremos los antecedentes existentes y las dificultades que impiden que sea concretado por ahora.

55. — El proyecto de creación de la Flota Aérea Latino Americana (FALA) se concretó la reunión de Panamá en noviembre

tráfico de 5ª Libertad tomar un pasajero en Río de Janeiro y transportarlo a Buenos Aires.

La 6ª Libertad, no definida en los convenios de Chicago, es en realidad una especie dentro de la 5ª Libertad; denominada también "derecho al más allá" si consideramos el ejemplo anterior, la compañía aérea francesa, en la ruta indicada, haría tráfico de 6ª Libertad si tomara un pasajero en Buenos Aires y lo transportara a Santiago de Chile.

Ahora bien, si antes hablamos del tráfico regional definiéndolo como el que se realiza entre países limítrofes (ver nota 13) adviértase cómo los dos ejemplos se superponen respectivamente con los tráficos regionales que poseen Argentina y Brasil por una parte y Argentina y Chile por otra. De allí deriva la incidencia que pueden tener esos tráficos de 5ª y 6ª Libertad sobre el transporte regional ya que, para seguir el ejemplo, Argentina sólo podría proteger su tráfico regional con Brasil y Chile, mediante las restricciones que imponga a la línea aérea francesa con respecto a esos tráficos de 5ª y 6ª Libertad.

²⁰ Se entiende por tal, en materia aeronáutica sólo al que se realiza entre países limítrofes, reservándose tal tráfico en una parte sustancial a las empresas nacionales de ambos países.

de 1959 en cuya Acta Final se recomendó la formación de una empresa regional para la prestación de servicios aéreos internacionales integrada por Colombia, Chile, Ecuador, Panamá y Perú. La empresa tendría el carácter de sociedad privada, participando cada país a través de una unidad económica nacional representada por acciones nominativas, debiendo ser suscripto el capital de la empresa por las naciones que la formarían por partes iguales. La empresa, que sería considerada como nacional por cada uno de los países integrantes (se preveía la posibilidad de incorporación de otras naciones latinoamericanas) ejercería todos los derechos que en el orden internacional correspondieran a los países asociados en ella.

56. — La reunión de Panamá fue sucedida por las de Santiago de Chile y Lima, ambas en 1960, pero el proyecto no tuvo éxito. Señala Bauzá²⁰ que ello se debió a que algunos gobiernos lo estimaron poco conveniente para sus empresas, especialmente en los casos en que tenían un tráfico mayor, manifestándose también el deseo de mantener las empresas nacionales bajo el pabellón patrio por razones nacionalistas, entendiéndose que el ente a crearse tenía un carácter monopolista, etc. Entendemos que el principal obstáculo que encontró el proyecto fue el que señala Hamilton²¹ al expresar que la FALA fracasó por haber intentado crear un monopolio aéreo sin la participación de los principales países de América por los cuales pasaban las rutas aéreas de mayor volumen de tráfico.

57. — En una reunión celebrada en Lima en noviembre de 1966, de la que participaron Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, se analizó la posibilidad de constituir una empresa común de transporte de carga en el ámbito latinoamericano, en razón de que existe un tonelaje de carga aérea que justifica la formación de una línea aérea conjunta para que explote los servicios aéreos a EE.UU. y Europa. Las conversaciones prosiguen hasta el presente en procura de concretar el proyecto.

58. — La posición argentina en la materia²² es la de apoyo a un convenio multilateral de derechos aerocomerciales pero no de la internacionalización de líneas aéreas ni de organismos supranacionales que las gobiernen.

²⁰ V. BAUZA ARAUJO, A.: "La Flota Aérea Latino Americana". Montevideo, 1968.

²¹ HAMILTON, E.: "Ensayo de Flota Aérea Latino Americana. Aspectos Jurídicos y Económicos". II Período de Derecho Aeronáutico. Buenos Aires, octubre de 1964.

²² Artículo 5º del Decreto-Ley Nº 13.507, ratificado por ley 14.967.

59. — Es, evidentemente, una postura lógica. El caudal de tráfico representa —más allá de los resultados de la explotación de una línea aérea determinada— una fuente considerable de recursos para el país y no es sensato entregarlo sin más ni más a una explotación conjunta cuyos resultados son imprevisibles en las presentes circunstancias.

60. — Concedemos que una línea aérea común a varios países latinoamericanos representaría —en un terreno puramente especulativo— la única solución posible para afrontar los enormes gastos que el progreso técnico impondrá en materia de renovación de equipos, etc., y por ende para hacer frente, competitivamente, a las poderosas empresas extranjeras que realizan transportes en el área zonal. Pero creemos también que lanzarse a dicha solución sin más bagaje que conceptos teóricos y olvidando la realidad existente y los múltiples factores e intereses que ella afectaría, significaría marchar hacia un nuevo fracaso que causaría más inconvenientes que ventajas.

61. — Hay, evidentemente, formas menos pretenciosas de colaboración entre empresas, tales como el "pool" o el consorcio, en los que, entre otras características, no desaparece la identidad de sus participantes y conservan éstos sus facultades de decisión. De ellas habrá necesariamente que partir para, con la experiencia así adquirida, ir evolucionando luego hacia formas más complejas y más perfectas de colaboración aprovechando también los ejemplos de los países que han dado estos pasos con anterioridad. En esta forma el avance que se logre, aunque más lento, será más seguro y no tan expuesto a fracasos o retrocesos.

62. — Finalizamos el análisis de este aspecto citando las cuatro etapas por las que, según Peruchi,²⁸ deberá atravesar el programa aeronáutico latinoamericano en procura de una real integración:

- a) Ratificación de todos los tratados obtenidos dentro de la O.A.C.I. por parte de todos los países de la ALALC para uniformar la legislación y facilitar el desarrollo de un transporte común.
- b) Obtener una declaración de política aérea común a todos los Estados de la zona para facilitar el entendimiento mutuo entre ellos.
- c) Adecuar a los postulados de esa política común todos los tratados bilaterales suscritos por países de la ALALC con terceros países o entre sí, complementando esto con

²⁸ Op. cit. en nota 15 precedente.

el trazado de un plan de rutas intrazonales que responda a los intereses de la zona.

- d) Finalmente, instalación de un organismo asesor y coordinador de todas las líneas aéreas intrazonales, a nivel interlineal, no intergubernamental.

63. — En vista del estado actual de cosas no parece posible por ahora aconsejar un avance más profunda que el indicado en las cuatro etapas precedentemente mencionadas; las dos últimas de ellas se advierten ya erizadas de dificultades y habrá que pasar por ellas antes de comenzar a pensar seriamente en una Flota Aérea Latinoamericana integrada como única sociedad.

Por otra parte, cada una de estas etapas previas, aparte de facilitar el camino a la más avanzada que la sigue, representa una real coordinación de esfuerzos que disminuye los costos y fortalece el crecimiento económico de las empresas involucradas, preparándolas para afrontar como es debido la integración que se pretende conseguir.

V. EL TRANSPORTE TERRESTRE

64. — Todo lo dicho precedentemente acerca del volumen e importancia de los tráficos por agua y por aire, especialmente del primero de ellos, podría llevar a la idea que el transporte por vía terrestre —autotransporte y ferrocarriles— ocupará un lugar secundario detrás de aquellos. Teniendo en cuenta solamente la geografía de los países de la ALALC se afirma el concepto de que seguirán siendo, por lo menos por algún tiempo, los dos medios de transporte ya analizados los más aptos para un intercambio integral entre países de gran extensión y con accidentes geográficos que retardarán la realización de la infraestructura necesaria para un transporte por vía terrestre de gran magnitud.

65. — En efecto, un vistazo a los países de la zona, excepto por supuesto los mediterráneos, revela que sus áreas económicas más importantes desde el punto de vista del intercambio están radicadas en las zonas costeras y que convergen a esos centros todas las vías terrestres de comunicación a través de las cuales se realiza un tráfico de alimentación para la salida de los productos. Así las cosas, no existen prácticamente vías terrestres que comuniquen entre sí otros centros que no sean los que se encuentran en el camino hacia la costa o la periferia.

66. — Sin embargo, el transporte por vía terrestre tiene especial importancia desde el punto de vista de la integración cuando se piensa en el rol que puede jugar en estos dos casos:

el de los países o zonas mediterráneas sin costas marítimas y en el tráfico denominado "de frontera", o sea el que se realiza entre zonas o localidades de distintos países pero muy próximas entre sí, sin contar con que el desarrollo de un sistema troncal de carreteras o vías férreas a lo largo de la zona puede servir, a medida que se vaya ejecutando, de eficaz complemento a los tráficos que se realicen por vía marítima o aérea porque impulsará la creación o el desplazamiento de zonas económicas que hasta ahora se habían venido radicando en zonas costeras o periféricas del continente.

Transporte automotor

67. — Examinaremos en primer lugar el transporte por carreteras, ya que el mismo presenta un más alto dinamismo y tasa de crecimiento y una especial aptitud para transformar sus zonas de influencia desarrollándolas y nutriéndose del propio tráfico que el desarrollo genera.

68. — Los países latinoamericanos han comprendido la gran importancia que representa para su integración la construcción de una red de carreteras a escala continental y, como no es posible esperar por ahora una acción individual efectiva en razón de sus crónicas dificultades presupuestarias, se ha tratado de coordinar proyectos susceptibles de obtener la financiación de organismos internacionales de crédito. Así en la 3ª reunión de la C.A.T. realizada en Montevideo en agosto de 1965 se recomendó ya el estudio conjunto de proyectos de carreteras multinacionales para crear condiciones de infraestructura que faciliten la integración de la zona.

69. — También en este campo deberá tenerse en cuenta que el transporte por carreteras ha venido desarrollándose hasta el presente en los países latinoamericanos con un criterio estrictamente nacional, sometido a normas y reglamentaciones distintas entre sí y que aquí también será necesaria la uniformidad a la que habrá de llegarse.

70. — En octubre de 1966 Argentina, Brasil y Uruguay firmaron un convenio de Transporte Internacional Terrestre con el objeto de ampliar este medio de comunicación y posibilitar la expansión del intercambio comercial y el turismo. Fue ratificado por la Argentina en mayo de 1967 mediante la Ley N° 17.280 y ha quedado abierto a la adhesión de los demás países miembros de la ALALC; éste podrá ser el punto de partida para la concreción de un acuerdo multilateral.

71. — Existen actualmente vinculaciones por vía terrestre entre algunos países de la ALALC. Bolivia y Brasil tienen una

conexión entre Puerto Suárez y Corumbá, respectivamente, pero sin prolongación hacia el interior de Bolivia (existe sólo una especie de senda) y con 1.400 kms. de camino no totalmente pavimentado hasta San Pablo. El mejoramiento de esta ruta sería beneficioso para ambos países porque Bolivia podría recibir manufacturas de San Pablo y el complejo industrial de Corumbá y a su vez aumentar sus envíos ganaderos al Brasil.

72. — Brasil y Paraguay se hallan comunicados a la altura de las ciudades de Foz de Iguazú y Puerto Stroessner que se prolonga hasta el Estado de Paraná en el Brasil por una ruta de asfalto casi finalizada y hasta Asunción en el lado paraguayo con una carretera pavimentada de dos vías, recientemente finalizada. La construcción de esta carretera fomentó extraordinariamente la región, creándose colonias agrícolas y permitiendo el acceso a los mercados paraguayos y hasta argentinos (vía fluvial) de diversos productos de exportación brasileños, especialmente maderas. Aquí se han planteado sin embargo dificultades por la desigualdad de competencia entre los transportistas de ambos países y algunas medidas y recargos establecidos a nivel gubernamental. También ha aumentado apreciablemente el tráfico de pasajeros por esta vía hacia San Pablo y Curitiba y hacia las Cataratas del Iguazú.

73. — Brasil y Uruguay tienen cuatro conexiones terrestres fronterizas a través de las cuales se realiza un activo intercambio de mercaderías y personas; ellas se encuentran entre Santa Ana do Libramento y Rivera, entre Jaguarao y Río Branco, entre Victoria do Palmar y Chuy y entre las localidades homónimas de Aceguá; estos caminos de frontera se conectan con rutas en gran parte pavimentadas hacia el norte de Brasil y hacia las playas uruguayas y Montevideo. El transporte terrestre de algunas mercaderías como el banano ha venido incrementándose fuertemente en los últimos años, representando una real competencia para el de la vía marítima y operan asimismo líneas de ómnibus que realizan un activo intercambio de pasajeros.

74. — La comunicación entre Argentina y Brasil se establece a la altura de Paso de los Libres y Uruguayana donde existe un puente carretero y ferroviario de dos kms. a través del río Uruguay; la conexión se prolonga hasta San Pablo y Río de Janeiro con buenas carreteras pavimentadas y hasta Buenos Aires con caminos consolidados en su mayor parte hasta Santa Fe y pavimentado desde allí hacia el sur. El túnel subfluvial entre Santa Fe y Paraná y la pavimentación de los 500 kms. aproximadamente que separan esta ciudad de la de Paso de los Libres impulsará sin duda el intercambio que ya tiene volúmenes importantes.

75. — Existen actualmente dos empresas brasileñas que realizan transporte de carga y pasajeros respectivamente y una argentina ha iniciado los trámites de rigor para prestar estos últimos servicios.

76. — Para finalizar este tema haremos una sintética referencia al convenio antes mencionado, único instrumento con que se cuenta hasta ahora para encauzar el transporte interzonal de carreteras. El mismo prevé como primer paso un acuerdo entre dos países sobre la necesidad o conveniencia de transporte y el otorgamiento posterior de los permisos correspondientes dentro de los límites de los territorios respectivos y sujetos éstos a reciprocidad, haciéndose ésta efectiva mediante el compromiso que asume el país que haya otorgado un permiso a una de sus empresas de no conceder otros hasta que el otro país no haya autorizado a una empresa de su jurisdicción a realizar el mismo tráfico.

77. — Las empresas son autorizadas a realizar tres tipos de tráfico: bilateral entre dos países signatarios a través de la frontera común; bilateral entre dos países signatarios a través de un tercer país, en tránsito y tránsito hacia terceros países. Se establece una compensación para el país cuyo territorio es utilizado para el tránsito y, finalmente, se prevé el reparto del transporte entre los dos países que lo efectúan por partes iguales.

78. — El convenio, sin perjuicio de los ajustes y modificaciones que sea necesario introducirle, es un importante elemento para el incremento del intercambio zonal por esta vía y su ratificación por mayor número de países es fomentada por la Asociación Latino Americana del Transporte Automotor por Carreteras (ALATAC), órgano que nuclea a las instituciones representativas de este tipo de transporte.

Transporte Ferroviarios

79. — Diversos problemas aquejan a los ferrocarriles latino-americanos y algunos de ellos habrán de ser solucionados antes de que pueda encararse con éxito algún tipo de integración entre los mismos, mientras que se espera que otros sean recogidos precisamente como resultado de la integración. Cuéntase entre los primeros sobre todo los de tipo técnico y administrativo, tales como distintos sistemas de trocha, controles aduaneros, etc., y entre los segundos, los representados por la insuficiencia o mal estado de vías y ramales, la obsolescencia de material ferroviario y, en general, todos los factores que han tornado deficitario y hasta ineficiente al transporte ferroviario.

80. — Nos resulta imposible dar un panorama completo de las conexiones ferroviarias existentes entre los países de la zona; idéntica dificultad se presentó, por otra parte, a los miembros de la Reunión Constitutiva de la Asociación Latino Americana de Ferrocarriles (ALAF),²⁴ lo que motivó que la Resolución N° 9 de la misma recomendara —ante una ponencia del Brasil— que la ALAF confeccionara un mapa de las redes ferroviarias de Latino América con indicación de los accidentes geográficos relacionados con las mismas. No obstante lo expuesto, nos referimos a algunas conexiones existentes.

81. — La Argentina cuenta con una red ferroviaria de alrededor de 44.000 kms., mayor que el resto de los países sudamericanos y es también la más conectada por este medio con sus vecinos. Dos son las conexiones con Chile: la existente entre Las Cuevas (Mendoza) y Caracoles y la de Socompa (Salta) y Socompa (Antofagasta). Las conexiones con Bolivia se establecen entre La Quiaca (Jujuy) y Villazón y entre Pocitos (Salta) y Yacuiba, tramos de un intermedio activo. La conexión con el Paraguay existe entre Posadas (Misiones) y Pacú-cua y, finalmente, la conexión con Brasil se efectúa a través del puente ferro-camínero existente entre Paso de los Libres (Corrientes) y Uruguayana.

82. — La antes mencionada ALAF es el organismo que en la ALALC ha centralizado la cooperación y coordinación entre los sistemas ferroviarios zonales. Pueden asociarse a la misma todas las empresas ferroviarias latinoamericanas que presten un servicio público de transporte de pasajeros y carga y estén debidamente autorizadas por sus respectivos países y tiene por objeto, a más de lo ya expresado, el fomento del transporte ferroviario asegurando la normalización de sus materiales y equipos especialmente con vistas al tráfico internacional, creando medios de cooperación y coordinación entre los distintos ferrocarriles latinoamericanos.

83. — En cumplimiento de tales objetivos se han presentado ya iniciativas tendientes a concretar dicha cooperación, tales como intercambio de repuestos y materiales en préstamo, arriendo o venta; unificación de normas técnicas para la complementación y promoción de la industria ferroviaria zonal; construcción de ramales ferroviarios internacionales; transporte de camiones, automóviles y sus motoristas por ferrocarril (auto-tren); creación de centros de capacitación; intercambio de información; adopción de métodos unificados para el cálculo de los costos

²⁴ Iniciada en Chapasimalal (Bs. As.) el 25/3/64. Participaron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Uruguay.

ferroviarios; adopción de un título de transporte único; el *pass americano* o *amerallpass*,²⁵ por citar las más importantes.

84. — En base a lo expuesto y como recomendaciones comunes a todo el transporte por vía terrestre pueden enunciarse las siguientes:

- a) Proceder a la coordinación a escala regional de los proyectos de construcción de carreteras y líneas ferroviarias que deberán planificarse teniendo en cuenta los intereses de la zona, tanto en lo que hace a rutas o líneas troncales como secundarias o de alimentación.
- b) Como punto de partida deberá confeccionarse la documentación que demuestre, a manera de censo, cuáles son las obras de infraestructura básica con que cuentan los países de ALALC para el desarrollo de su transporte terrestre, ya sea por carretera, ferroviario, o combinando ambos medios de transporte.
- c) Ejecutar dichas obras en la misma escala regional tratando de obtener la financiación y asistencia internacional para tales proyectos multinacionales.²⁶
- d) Lograr la unificación de normas técnicas y reglamentarias especialmente en el campo tarifario y de imposición fiscal especialmente en materia aduanera.

VI. CONCLUSIONES

85. — El esquemático bosquejo que antecede trata de mostrar, a grandes rasgos, la situación actual del transporte latinoamericano y las posibilidades de su integración a nivel intrazonal. Creemos que puede repetirse aquí, a manera de conclusión final, una reflexión que ya deslizáramos repetidamente a lo largo de este trabajo: el carácter paulatino que deben tener las medidas que se vayan aplicando teniendo muy en cuenta que lo gradual no es necesariamente sinónimo de lo lento.

²⁵ Respectivamente, Resoluciones Nos. 3, 4, 5, 6, 8, 12, 14 y 15 y 21 de la citada reunión de la ALAF en Chapadmalal.

²⁶ Téngase en cuenta al respecto que los grandes monopolios financieros internacionales debaten ya la forma en que adaptarán sus inversiones y negocios en función de los mercados regionales unificados; numerosos planes de asistencia financiera de los E.E.UU. toman en cuenta el requerimiento integrado y el B.I.D. ha modificado en los hechos el objetivo para el cual fue creado y es así como ha pasado de la consideración de proyectos aislados al tratamiento de aquéllos que están enmarcados en planes nacionales orgánicos de desarrollo y se vuelven en la actualidad los proyectos multinacionales, especialmente los que signifiquen mejoramientos de la infraestructura, en particular de las comunicaciones ("Revista Panorama", marzo-abril 1968, "Latinoamérica, una gran Nación deshecha?").

86. — La posición de los países del Pacífico, con Chile a la cabeza, de sostener que la integración acelerada es el medio previo para intensificar el desarrollo económico es lógico porque es también coherente con sus propias necesidades nacionales. Pero no es menos coherente la posición de Argentina, Brasil y Méjico, que entienden que los desarrollos nacionales son previos a cualquier integración y no admiten por ahora la resignación de sus poderes en un órgano supranacional. Esto va enderezado directamente hacia los modos operativos de poner en vigencia los mecanismos de la integración y habría que ver cuál sería la reacción y el acatamiento que prestarían los países que defienden la integración acelerada ante medidas emanadas de órganos supranacionales que afectara en forma decisiva su actual política económica.

87. — No puede negarse que la posición argentina es cuanto menos lógica y prudente y que no asigna a la integración carácter de filosofía ni siquiera de política sino el que verdaderamente debe tener: instrumento para el desarrollo económico que, en cuanto tal, debe estar condicionado y subordinado a las realidades y necesidades de dicho desarrollo. Adoptar un procedimiento distinto significará, casi seguramente, avanzar, en el vacío exponiendo al fracaso los progresos aparentes que puedan lograrse.

88. — La alternativa, aunque hipotética, o sea el éxito de la integración en tales condiciones, es igualmente peligrosa, pues realizada a todo trance entre países de distinto grado de desarrollo, sin integración en muchos casos de sus propios territorios, y con estrecha dependencia con naciones que no pertenecen a la zona, no implicaría sino el fortalecimiento de este esquema condenado a los grandes países del área a una medianía internacional que, a plazo no muy largo, repercutiría también desfavorablemente sobre sus asociados menores.

89. — La posición argentina representa así una postura intermedia entre la integración "compulsiva" e inmediata y la no integración; a lo largo de la historia la verdad ha aparecido con demasiada frecuencia a mitad de camino entre dos posiciones antagónicas como para que ese fenómeno pueda ser ignorado.

90. — No escapa el transporte al rigor de estas postuladas y por ella la integración que en este campo se realice deberá necesariamente nutrirse de las dosis necesarias de prudencia y realismo. Solamente así podrá lugar el transporte el importante rol que le corresponde en esta tentativa de integración que se trata de lograr para Latinoamérica.

ASPECTOS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 17.711 Y EL BOLETO DE COMPRA-VENTA DE INMUEBLES EN LA QUIEBRA DEL VENDEDOR

ALEJANDRO SAJÓN

I

La reciente reforma introducida al Código Civil por la ley N° 17.711 y la redacción del anteproyecto de reformas a la ley 11.719, sometido actualmente a la consideración del Poder Ejecutivo, nos señala la necesidad de destacar determinados aspectos que deberán ser considerados por los estudiosos,¹ en punto a los aciertos o errores de la ley mencionada, en cuanto se refiere a los boletos de compra-venta inmobiliaria en la quiebra del vendedor.

Cuando la C. N. Com., en pleno, en noviembre 29-967,² en autos "Lozzi Eleodora I. C. c/ Socha S.A. s/ quiebra", dictó el plenario que motivó la redacción del art. 1185 bis del Cód. Civil: "No procede la demanda por escrituración de un inmueble, deducida por el titular del boleto de compra-venta, cuando el vendedor, con posterioridad a su otorgamiento ha caído en quiebra, aún habiendo meditado tradición y pago de precio", se cristalizó en dicho plenario una orientación jurisprudencial de larga data en la jurisdicción comercial,³ que provocó una creciente alarma doctrinaria, ante la incertidumbre e inseguridad de los derechos del comprador de buena fe de bienes inmuebles a plazos, con respecto a los vaivenes económicos del patrimonio del vendedor.

¹ GAMES LUIS MARIA: L. L., junio 27 de 1968; BUSTAMANTE ALSINA JORGE H.: L. L., 19 de julio de 1968; SAJÓN JAIME V.: "El Derecho", tomo 16 del 27/9/68; "El Derecho", tomo 24 del 22/10/68; BERGEL SALVADOR DARIO: "El Derecho", tomo 11-581; ORIONE F.: Rev. Col. de Abog., La Plata, tomo VI, N° 11, pág. 405; MARTINEZ RUIZ, ROBERTO: L. L., tomo 110, pág. 230.

² L. T., tomo 128-925.

³ "El Derecho", 4-848, Fallo 2.280; "El Derecho", 11-582, Fallo 6.110 y otros.

La Jurisprudencia Civil ya con anterioridad había sustentado el criterio contrario al plenario citado en el sentido de que el concurso posterior del vendedor mediando pago del precio y entrega de la posesión no es óbice para obtener la escritura traslativa del dominio.⁴

Fuera de los aciertos o desaciertos del referido plenario, cuya solución jurídica se comparte, el mismo creó un problema social al poner en estado de indefensión a los adquirentes de bienes inmuebles de buena fe, al dejar de contemplar los intereses y derechos comprometidos de los compradores y el problema del déficit habitacional.

Creemos y con ello se pretende ser objetivos en el razonamiento que el plenario fue jurídicamente correcto; en efecto, se expresa "que no procede la escrituración de un inmueble en la quiebra del vendedor ocurrida con posterioridad, aún cuando hubiere mediado tradición y pago del precio.

Debemos destacar que la tradición por sí sola no es suficiente, como acto jurídico, para transmitir el dominio de un bien inmueble; a ella deben agregarse la escritura traslativa del dominio e inscripción registral; mientras esos elementos no coexistan el vendedor continúa siendo el propietario. La mera tradición recibida o efectuada por boleto de compra-venta, antecrédito o precrédito no justifica la conservación del bien por el comprador en el caso de quiebra del vendedor.

Brindarle al comprador el derecho de demandar en la quiebra del vendedor la escrituración del bien sería asignarle un privilegio que, como sabemos, solo puede ser creado por ley. Por otra parte se destruiría el principio que informa al proceso de ejecución colectiva, cual es "La Par Conditio Creditorum", y, repetimos, se crearía un privilegio irritante y más fuerte que los mismos privilegios legales. La voluntad de los jueces no puede crear ese privilegio, no color de interpretar la ley, porque dicha facultad les está vedada.

Al margen de lo expresado subsiste el problema social apuntado precedentemente.

II

La reforma tiende, pues, a solucionar en parte la situación de inseguridad creada por el plenario aludido; nos adherimos desde ya al inspirador principio de justicia que la anima, pero debemos destacar que la misma, pese al propósito que la impul-

⁴ C. N. Civ., Sala D, in re: Marcides Juan T. c/ Barbeas de Marcides y otra en L. L. 123-117, Sala C in re: Carlos José F. c/ Mely Alberto C. en L. L. 65-78, L.L. t. 98-524 y otras.

za, provoca profundas implicancias jurídicas y una grave dificultad de tipo interpretativo para conciliarla, ora con los principios del derecho común, ora con las normas de la ley 11.719.

Las lagunas interpretativas a que aludimos se introducen por la ley 17.711, en especial por su art. 1185 bis y consiguientemente por el art. 2355.

Dice el primero que: "Los boletos de compra-venta de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe y a título oneroso serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el 25 % del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio". Expresa el segundo en su párrafo final: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediante boleto de compra-venta".

Según este último precepto, la posesión se considera legítima mediante las circunstancias enunciadas. Sabemos que la posesión se divide en legítima e ilegítima, según sea el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones de este Código, e ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

A su vez es sabido, según lo dispone el art. 2356 del Cód. Civil, que la posesión legítima puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe cuando el poseedor por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad.

Se nos plantea luego el interrogante de determinar a qué se refiere la "Buena Fe" del párrafo final del art. 2355, si a la adquisición o bien a la posesión.³ Consideramos que lo es respecto de la adquisición, pues la buena fe solo puede estar referida a la posesión ilegítima, en tanto que la posesión legítima ni admite gradaciones ni podrá ser jamás de mala fe; en consecuencia refiriéndose el artículo citado a la legitimidad de la posesión de inmuebles mediante boleto de compra-venta, entendamos que dicha buena fe debe estar referida al acto de su adquisición. Por ello hubiera sido más correcto que dicha modificación se hubiera redactado de la siguiente manera: "Se considera legítima la posesión de inmuebles, mediante boleto de compra-venta, siempre que la adquisición de la misma fuera de buena fe".

De lo expuesto y la relación entre los artículos citados, se intuye la creación de una figura híbrida, cual es que, con tradición y boleto de compraventa "se adquiere el dominio", pues la

³ JAMES LUIS MARIA: "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil, en L. L. 27/4/88 en el sentido que la buena fe se refiere a la posesión.

posesión así obtenida se considera legítima, y decimos híbrida pues sabemos, y aunque parezca redundante repetir, que el dominio solo se transmite o adquiere mediante tradición, escritura e inscripción registral (conf. art. 2505, Ley 17.711).

Ello con respecto a la quiebra del vendedor, nos lleva a efectuar la consideración de que el bien inmueble vendido ha salido del patrimonio del vendedor fallido o concursado⁶ y no le alcanzan en consecuencia los efectos de la falencia quedando pendiente una obligación de hacer.⁷

En su extremo opuesto se vislumbra la posibilidad de que el fallido, amparándose en disposiciones harto vagas, fragüe boletos de compra-venta en colusión con interpósitas personas y de esa manera ante el silencio del art. 1185 bis, en lo que a la fecha cierta se refiere defraude a los acreedores de la masa, haciendo de esa manera ilusorios los derechos de los mismos sobre los bienes del fallido.

Se argumentará en contrario la exigencia de la buena fe y su imposibilidad de oponer al concurso o quiebra una operación a la que le falte el susodicho requisito, pero consideramos que ese argumento no es valioso ante la no exigencia de la fecha cierta por el mencionado art. 1185 bis y la posibilidad de que el fallido o concursado realice incursiones falsas en sus libros de comercio⁸ para así darle viso de verosimilitud a dichas operaciones.

La reforma en su pretendido afán de justicia se ha ido al otro extremo y le ha brindado al fallido un arma poderosa para defraudar a sus acreedores y de esa forma sustraer a los efectos de la quiebra el grueso de su patrimonio.

III

Se cree que lo expuesto será una consecuencia ineluctable de las quiebras o concursos si no se subsana la omisión, ya legal o jurisprudencialmente, mediante la Publicidad Registral de los Boletos de Compra-venta.

Ello, por cuanto consideramos que el art. 1185 bis de la ley 17.711 ha derogado los principios rectores de los arts. 1034 y 1035 del Código Civil,⁹ ya de escasa aplicación en la materia

⁶ BUSTAMANTE ALSINA JORGE H., en L. L. 18/7/68, "Boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor".

⁷ PARRY ADOLFO E.: "Efectos de la quiebra en los contratos".

⁸ SAJON JAIME V.: "El boleto de compraventa de inmuebles, las reformas al Código Civil y la Quiebra del vendedor". El derecho 22/10/68, tomo 14.

⁹ C. N. Com. Sala A., abril 30/1965, Dishman Marcos s/ Quiebra en L. L., tomo 120-87.

mercantil, en cuanto expresa el primero: "que los instrumentos privados aún después de reconocidos no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de la fecha expresada en ellos"; ello por la redacción del referido artículo 1185 bis, por lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la ley de quiebras y porque la falta de fecha cierta del boleto pondrá siempre en tela de juicio la buena fe del adquirente, con lo que quedaría desvirtuado el objetivo de la reforma.

Por ello es que entendemos necesario no ya introducir o interpretar el art. 1185 bis²⁰ en el sentido de la exigencia de la fecha cierta que conspiraría contra la misma reforma, sino en la necesidad de un sistema registral de publicidad de los boletos,²¹ con lo que quedarían garantizados no solo los derechos de los adquirentes de buena fe sino también los de los acreedores del quebrado o concursado, en la medida que le cerraría las puertas a fallidos inescrupulosos de poder transferir dolosamente sus bienes a terceros en abierta colusión, no solo antes de la presentación en convocatoria o quiebra sino aún después de la misma.

Podría también pensarse que los derechos de los acreedores se encuentran suficientemente garantizados por las acciones que la ley 11.719 prevé consiguientes a la declaración de quiebra, como ser la acción revocatoria concursal de los arts. 109, 110 y 111 y la acción pauliana del art. 968 y conca. del Código Civil; no consideramos que sean suficientes para resguardar los derechos de la masa las acciones aludidas, dado que no debemos olvidar el pesado mecanismo que es necesario poner en movimiento para la procedencia de las mismas. (Dichas acciones tendrían que ser autorizadas, por lo menos la revocatoria concursal, por la mayoría de acreedores reunidos en asamblea, y deberían conferírseles facultades suficientes al liquidador conforme el art. 153 de la ley de quiebras, siempre que previamente nos pongamos de acuerdo respecto a qué mayoría se refiere el tan mentado art. 153), y aún así no siempre la procedencia de la misma sería verificable o posible.²²

Por ello es necesario instituir un sistema de publicidad registral adecuado, que será el que en definitiva subsane la omisión legal y aquellas situaciones que podrían aparecer como harfo jurídicas. (Ej.: del adquirente con boleto de compra-venta a quien se le hizo la tradición, entrega de la posesión, pago total de precio y apariencia de buena fe), cuando en el fondo del asunto subyace una colusión dolosa, respecto de la cual sería muy

²⁰ GAMES LUIS MARIA: Ob. cit.

²¹ SAJON JAIME V.: Ob. cit.

²² SAJON, ob. cit.

difícil probar la existencia de la simulación o el fraude, o lo que correspondería agregar la irresolubilidad prima facie de la venta mencionada como ejemplo, por haber ya salido el bien referido del patrimonio del fallido, pendiente solo una obligación de hacer (escrituración),²⁸ máximo si se tiene en cuenta que la declaración de quiebra no rescinde ipso jure los contratos bilaterales,²⁹ salvo la situación del art. 105 y dicha rescisión no es procedente en el caso mencionado, salvo la concurrencia de las circunstancias de los arts. 109/110, ley 11.719.

IV

Asimismo es necesario destacar la imposibilidad de conciliar los principios introducidos por el art. 1185 bis de la ley 17.711 con los privilegios de la ley de quiebras (arts. 125 a 132).

El art. 125 establece: "Que los acreedores se dividen en acreedores de la masa y acreedores del fallido son acreedores de la masa y serán pagados con preferencia a los del fallido los titulares de créditos que provengan de los gastos necesarios para la seguridad de los bienes del concurso, conservación y administración de los mismos, diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio común, siempre que hayan sido hechas con la debida autorización".

El art. 126 expresa: "Los acreedores del fallido serán clasificados en cinco estados diversos, según la naturaleza de sus títulos: a) Acreedores de dominio, b) acreedores con privilegio general, c) acreedores con privilegio especial, d) acreedores hipotecarios, e) acreedores simples.

Es evidente que tal régimen en rigor de verdad se refiere a los acreedores por "obligaciones de dar", sin excluir por ello a los acreedores por obligaciones de hacer, conf.: doctrina art. 132, ley 11.719.

Aparentemente y en principio, cuando hablamos de los privilegios, parecería no existir colisión entre los privilegios de la ley de quiebras, con el derecho del comprador de buena fe a la escrituración del bien, por cuanto los acreedores del fallido reclaman de éste en la mayoría de los casos una obligación de dar y el adquirente por el contrario el cumplimiento de una obligación de hacer, cual es escrituración).

No obstante no debe descartarse la posibilidad de colisión entre un privilegio legal especial y este superprivilegio sui ge-

²⁸ SAJON JAIME V.: "Efectos de la quiebra del vendedor sobre las obligaciones de ventas de inmuebles pendientes de escrituración". El Derecho, tomo 15/27/9/68.

²⁹ BERGELL SALVADOR DARIO: "El Derecho", tomo 11, pág. 561.

neris, introducido por la reforma, a lo cual cabría preguntarse ¿cuál debe primar, si se tiene en cuenta que la preferencia en la ley se gradúa por la diferente calidad de los privilegios sin consideración al tiempo (art. 123, ley de quiebras).

¿No se violentaría el principio de igualdad que debe primar en el proceso de ejecución colectiva, al dar al adquirente de bienes inmuebles de buena fe, un derecho de la fuerza como el que le confiere el del art. 1185 bis, ley 17.711? ¿No se quebraría la unidad que informa al juicio de quiebra?

En la hipótesis inversa no se contempla tampoco el presupuesto de hacerse imposible la escrituración del bien, ya por causas ajenas a la voluntad del fallido, o por ardid o dolo de éste, o por cualquier otra circunstancia, en cuyo caso y de acuerdo con los arts. 505, 629 y 630 del Cód. Civil, se resolvería la obligación en la indemnización de los daños y perjuicios (ejemplo de este planteo sería el de la venta de una unidad en propiedad horizontal existiendo sólo el foso o el esqueleto del edificio, oportunidad en que la empresa constructora es declarada en quiebra).

En su afán, la ley ha pretendido garantizar el derecho del adquirente concurriendo ciertas circunstancias, creándole, como hemos dicho, un superprivilegio aún oponible a los privilegios legales y en su otro extremo ha desguarnecido a tal punto al nombrado comprador, de considerarlo un simple acreedor quirografario (para aquellos que así lo consideran!),²⁶ quién para percibir su crédito tiene que concurrir a prorrata con el resto de los quirografarios.

Orione²⁷, en la hipótesis supuesta, afirma "que el comprador que ha invocado los derechos que nacen a su favor de un boleto de compra-venta no puede ser considerado legalmente acreedor en el concepto que inspira y fundamenta las disposiciones de la ley de quiebras mencionada, que atribuye esa calidad a determinadas personas que han celebrado negocios con el deudor".

Nos parece más razonable y acertada la posición de Bergel,²⁸ "en cuanto lo considera acreedor quirografario, por cuanto el boleto de compra-venta instrumenta un contrato, porque la quiebra no produce la nulidad ni la resolución de los contratos celebrados por el fallido, excepción de los casos que ella contempla. Que la declaración de quiebra no tiene efecto retroactivo sobre los actos celebrados por el fallido mientras conservaba la

²⁶ BERGEL SALVADOR DARIÓ, *ob. cit.*

²⁷ ORIGONE F.: "Demanda por cumplimiento de boleto de compra-venta contra el vendedor fallido", en *Rev. Col. Abog. La Plata*, tomo VI, N° 11, pág. 403.

²⁸ BERGEL SALVADOR DARIÓ, *ob. cit.*

administración de los bienes. Que el desapoderamiento no implica la imposibilidad jurídica del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fallido sin discriminación alguna" (conf. art. 132).¹⁸

Se ha visto pues, cómo pasando de uno a otro extremo de las hipótesis, las soluciones que nos brinda la reforma son harto elocuentes de su incapacidad para regular un problema social como lo es el de la situación de los compradores de buena fe de bienes inmuebles mediante boleto de compra-venta.

No reparando en medios jurídicos se ha creado esa suerte de privilegio a que nos hemos referido, en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 3876 del Cód. Civil y disposiciones relativas a la ley de quiebras.

Pensamos que la forma de armonizar el contexto del art. 1185 bis con las disposiciones de la ley 11.719 es reformando la segunda e introduciendo entre sus normas "un privilegio especial" en favor de los adquirentes de buena fe de bienes inmuebles, siempre que mediare boleto de compra-venta registrado en registro creado a tal efecto, o en los respectivos registros de la Propiedad Inmueble, cuando se tuviere la posesión del bien y se hubiere pagado más del 25 % del precio de compra.

Dicho privilegio deberá extenderse aún a los casos de resolverse la obligación de hacer, por imposibilidad de su cumplimiento, en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios emergentes del incumplimiento, siempre que mediaren los supuestos contemplados precedentemente.

De esa manera consideramos que no se vulnerarían los principios de igualdad y unidad que deben coexistir en el juicio de quiebra, y se garantizarían los derechos tanto de los acreedores (adquirentes de inmuebles), cuanto del resto de los acreedores del fallido, en razón de exigirse para la concurrencia del predicho privilegio de requisitos de verosimilitud en la operación y buena fe en la adquisición, cuales son: a) Boleto registrado (exigencia de la fecha cierta), b) Buena fe objetiva, c) Posesión de la cosa y d) Pago de más del 25 % del precio de compra.

V

Numerosos autores¹⁹ consideran que: La quiebra o concurso entre sus efectos no produce la resolución ipso jure de los contratos bilaterales celebrados con anterioridad, no dependien-

¹⁸ "El Derecho" 2-465, fallo 733.

¹⁹ ORLIONE Arg. F.: "En exposición y crítica de la ley de quiebras", tomo 1, 1923, con cit. de OMBASSIO, DASSEN Y LAQUIS en su estudio "La quiebra y la compraventa de inmueble", en Rev. Jur. de Bs. As., publicación de la Facultad de Derecho de Bs. As. 1964, I/IV, pág. 35.

do su cumplimiento de que se haya transferido o no el dominio de acuerdo con las reglas del Código Civil sino de que haya existido o no entrega de la "Posesión" efectiva de la cosa, con los efectos deducidos de la ley de quiebras y el Código Civil; asimismo que no habría obstáculos para el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, porque en cuanto es una obligación de hacer carece de valor patrimonial, por cuyo motivo no entra en la masa de bienes del fallido.

Las segundas jornadas de Derecho Civil de Corrientes finalizaban en la tradición posesoria el derecho de obtener la escrituración pendiente frente al concurso o quiebra del tradente, en tanto que de no mediar dicha tradición posesoria el comprador sería acreedor común sujeto a la ley concursal.

Busso (Cód. Civ. Anotado), p. 40, núm. 157, dice: "Que la tradición que hace perder y adquirir la propiedad tiene gran importancia en caso de quiebra, pues si habría sido hecha, el bien queda sustraído de la masa y pertenece al que recibió la posesión.

Por ello es que creemos indispensable la inclusión en el articulado legal del requisito de la posesión,²² ello porque al posibilitar al adquirente poseedor el señorío sobre la cosa más próximo al que otorga la condición de dueño de ella y permitir así su inmediata utilización, conforma y concilia un legítimo interés individual con el comunitario que no es indiferente al más racional aprovechamiento de los bienes disponibles."²³

CONCLUSIONES

Es necesario pues, a fin de correlacionar y conciliar la reforma de la ley 17.711 con la ley 11.719, introducir ya en la primera como en la última de las mencionadas, puntos de contacto y coincidencia destinados a la coherencia armónica de los principios particulares de la ley de quiebras con los del derecho común.

Se cree que ello puede lograrse adecuando la redacción del art. 2355 en el sentido de que la buena fe se refiere al acto de la adquisición.

Instituyendo un sistema de Publicidad Registral en los boletos de compra-venta a fin de cumplir adecuadamente con la exigencia de la fecha cierta.

²² GARRIDO ROQUE y ANDORNO LUIS: Reformas al Código Civil, Ley 17.711. Comentada. Tomo II-1969. Ed. Ezevía.

²³ BENDERSKY MARIO J. en L. L., tomo I-2007.

Modificando el pesado engranaje de la acción revocatoria concursal, convirtiéndolo en un ágil mecanismo de protección de los intereses comprometidos de los acreedores, ya estableciendo la potestad a los acreedores individualmente, considerados de poder ejercer la mencionada acción, ya facultando al juez del proceso para que a su vez autorice al síndico o liquidador en su caso, sin el lento requisito de la conformidad de mayoría de acreedores para la procedencia de la acción, conf.: el régimen actual (art. 153, ley 11.719).

Estableciendo en la ley de quiebras el privilegio especial del comprador de bienes inmuebles de buena fe, con posesión, boleto registrado y pago de más del 25 % del precio de compra, extendiéndolo a los casos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación de hacer y su ulterior resolución en el pago de los daños y perjuicios, pago que gozará del privilegio mencionado.

Introduciendo en la ley Civil el requisito de la posesión efectiva del bien para el ejercicio del derecho.

Con ello pretendemos reabrir el debate y obtener la tan anhelada seguridad jurídica, no solo para los adquirentes de bienes inmuebles de buena fe, sino y también para los acreedores del fallido o concursado.

B I B L I O G R A F I A

1. BENDERSKY MARIO: "Efectos de la quiebra sobre la compraventa inmobiliaria celebrada en instrumento privado", en L. L., tomo 120-87.
2. BERGEL SALVADOR DARIO: "Efectos de la quiebra del vendedor sobre el contrato de compraventa inmobiliaria no reducido a escritura pública en el Derecho, tomo 11, 1981.
3. BUSTAMANTE ALSINA JORGE H.: "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", en L. L., 18 de julio de 1968.
4. BORDA GUILLERMO: "Contratos". Tomo I.
5. BUSSO EDUARDO: "Cód. Civil Anotado", tomo I, pág. 49, N° 147.
6. CASTILLO RAMÓN: "La quiebra en el Derecho Argentino", tomo I.
7. DASSEN Y LAQUIS: "La quiebra y la compraventa de inmuebles", en Rev. Jurídica de Buenos Aires, publicación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1964-L/IV.
8. GAMES LUIS MARIA: "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil", en L. L. del 27 de junio de 1968.
9. GARRIDO ROQUE y ANDORNO LUIS: "Reformas al Código Civil", ley 17.711, Comentada, tomo II, Ed. Zavalla, Bs. As., 1969.
10. ORIGONE F.: "Exposición y críticas de la ley de quiebras". Tomo I, pág. 1936, con cit. de OBARRIO.

11. ORIONE F.: "Demanda por cumplimiento de boleto de compraventa, contra el vendedor fallido", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, tomo VI, N° 11, pág. 403.
12. PARRY ADOLFO E.: "Efectos de la quiebra en los contratos".
13. MARTINEZ RUIZ ROBERTO: "Efectos de la falencia del deudor sobre la obligación pendiente de escriturar", en *L. L.*, tomo 110, pág. 330.
14. SAJON JAIME V.: "El boleto de compraventa de inmuebles", las reformas al Código Civil y la quiebra del vendedor", *El Derecho*, tomo 24 del 22 de octubre de 1938.
15. SAJON JAIME V.: "Efectos de la quiebra del vendedor sobre las obligaciones de ventas de inmuebles pendientes de escrituración", *El Derecho*, tomo 15 del 27 de setiembre de 1933.
16. MORELLO AUGUSTO M.: "El boleto de compraventa inmobiliaria", p. 48.

EL ABORDAJE AEREO EN EL NUEVO CODIGO AERONAUTICO

ALEJANDRO JUAN USLENGHI

INTRODUCCIÓN

El problema que nos preocupa es el abordaje aéreo, tal como está legislado en el nuevo Código Aeronáutico.

El hecho aeronáutico marca una etapa en la historia de la civilización y provoca un desarrollo inusitado de la ciencia, la técnica y la disciplina jurídica que se relacionan con este hecho.

A pesar de que parezca difícil o imposible la colisión de dos aeronaves en vuelo, dado el inmenso ámbito en que desarrollan su acción, la posibilidad existe.

Los riesgos derivados de la actividad aeronáutica se ven aumentados por la intensidad del tráfico aéreo, el volumen creciente de las aeronaves y el aumento extraordinario de su velocidad. Esto ocasiona ingentes esfuerzos de las autoridades encargadas de dirigir el desplazamiento de éstas, sobre todo en las cercanías de los aeródromos de tipo internacional. Aquí, la congestión del tráfico que ocasiona el despegue y aterrizaje interrumpido de tantas aeronaves hace probable lo que nuestros ojos profanos creen remoto.

Es por eso que este riesgo "está caracterizado por su diversidad, la rapidez de su producción y por el cúmulo de indemnizaciones en caso de accidentes. Un abordaje aéreo es el crisol donde se fusionan todos los problemas de la responsabilidad aérea. En efecto el abordaje aéreo da nacimiento a una serie de obligaciones del explotador, pasajero, expedidor, terceros en la superficie y a este conjunto de obligaciones, que no está aún reglamentado desde el punto de vista internacional" (Ustarroz, *Abordajes aéreos*, Su tesis).

El nuevo ordenamiento jurídico que rige la actividad aeronáutica desarrolla el problema del abordaje, en su Título VII. En él se trata la Responsabilidad, problema arduo y típico del Derecho Aeronáutico; ocupando, como es de suponer, un lugar destacado la problemática del abordaje aéreo.

ANTECEDENTES

El problema del abordaje aéreo se planteó a poco de empezar a desarrollarse esta rama autónoma del derecho, sobre todo cuando se trató de reglamentar internacionalmente la responsabilidad del transportador aéreo.

Este tema ocupó la atención en primer término del C.I.T.E.J.A. (Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos), quien designó al profesor Ambrosini como redactor de diversos proyectos que fueron presentados en Estocolmo (1932), Londres (1933), París (1934), Berlín (1934), La Haya (1935) y Berna (1936).

Todos estos trabajos desembocaron en un proyecto de Convenio para la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Abordaje Aéreo, que fue presentado ante la Cuarta Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo.

En esa Conferencia se propuso aplazar la consideración del texto del Convenio hasta la siguiente reunión, que no se pudo realizar debido a la segunda guerra mundial. De ahí en más, sucesivos aplazamientos hicieron que el tema no fuera estudiado seriamente hasta casi treinta años después.

Cumplido este período, la cuestión fue retomada por el Comité Jurídico y la Secretaría de la O.A.C.I. (Organización de Aviación Civil Internacional), que no realizó un análisis, sino un estudio relacionando dicho proyecto con las propuestas que se habían formulado en el Convenio de Roma, ahora en revisión.

La O.A.C.I. designó posteriormente al profesor Inuit para proseguir el estudio de este asunto. El prestigioso perito dinamarqués recopiló antecedentes y elaboró un anteproyecto que un Subcomité especial, en 1954, toma como base para el proyecto definitivo a presentar en el X Período de Sesiones realizado en Montreal (setiembre de 1954). En Canadá se estudió y se proyectaron las modificaciones necesarias, pero no se arribó a la meta esperada, ya que fue imposible remitir algo concreto a los Estados representados en las sesiones.

La Asamblea General de la O.A.C.I., de 1959, especifica: "desde que se redactó el proyecto en 1954 se han presentado en la aviación nuevos problemas que afectan a esta materia. El Convenio debía ser estudiado de nuevo para determinar si la solución posible a los problemas planteados con aquel proyecto lo hacen aceptable para el mayor número de Estados".

El Comité Jurídico en su XII Período de Sesiones, realizado en París —abril de 1960— establece un Subcomité que concreta un proyecto que se revé en el siguiente Período de Sesiones realizado esta vez en Montreal, en setiembre de ese mismo año.

Al desarrollarse la XV Asamblea General de la Aviación Civil Internacional (Montreal, 1985), la Comisión Jurídica decidió que un grupo de Estado tratara el proyecto del Subcomité de París, 1961, para que el Comité Jurídico lo volviera a considerar. Ese Grupo o Subcomité no ha sido constituido aún, así que pasarán varios años antes que veamos resultados positivos, en cuanto a la regulación internacional de este candente problema.

MÉTODO LEGISLATIVO

El nuevo Código Aeronáutico, Ley 17.285, legisla el problema fundamental de la Responsabilidad en su Título VII, como ya dijéramos. El título consta de cuatro capítulos, reservando el Cuarto para el Abordaje Aéreo. El Capítulo I, por su parte, trata sobre los "Daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas"; el Capítulo II impone las normas relativas a los "Daños causados a terceros en la superficie"; y el Capítulo III corresponde a los "Daños causados en transporte gratuito".

Si observamos cuál era el tratamiento del problema de la Responsabilidad en el antiguo Código, Ley 14.307, veremos que con la reforma no se ha modificado mayormente el sistema. El código derogado trataba la Responsabilidad en su Título X, que constaba de cinco capítulos. Los tres primeros seguían el mismo orden que los del nuevo código; en cambio la diferencia se presenta en el capítulo IV, que trata de los "Daños a personas y bienes embarcados en caso de abordaje", y el capítulo V que se ocupa "De los daños causados a terceros en la superficie en caso de abordaje".

Como se puede ver, la diferencia se plantea en el tratamiento del tema: Abordaje Aéreo. El nuevo código adopta un sistema, a nuestro juicio, más coherente. Divide el capítulo IV en tres secciones; en la Sección "A", que consta de un solo artículo, da el concepto de abordaje aéreo, mientras que las Secciones "B" y "C" corresponden a los capítulos IV y V del antiguo código. Se logra así un ordenamiento más completo y una distribución más clara del tema.

CONCEPTO DE ABORDAJE

La definición de abordaje aéreo está dada por el art. 165. Tipifica la figura en forma amplia, más correctamente que el art. 159 del viejo código aeronáutico. El art. 159 decía: "Se entiende por abordaje aéreo toda colisión entre dos o más aeronaves en vuelo..."; mientras que el nuevo art. 165 sostiene que "Abordaje aéreo es toda colisión entre dos o más aeronaves en movimiento...". Ya aquí vemos una primera diferencia que ha-

bila bien en pro de la reforma. La nueva definición es más completa, y mejora sin duda a la vieja. A renglón seguido se especifica lo que se entiende por movimiento: "la aeronave está en movimiento: 1º Cuando se encuentren en funcionamiento cualquiera de sus servicios o equipos con la tripulación, pasaje o carga a bordo. 2º Cuando se desplace en la superficie por su propia fuerza motriz. 3º Cuando se halla en vuelo...".

Recordemos que el anterior código expresaba solamente "en vuelo".

Como se ve la nueva definición es mucho más amplia y omnicomprensiva. La distinción que aporta el inciso primero tiene por finalidad "incluir en el concepto de «movimiento» los daños producidos por abordaje con relación a las personas o cosas transportadas, quedando limitados a los abordajes «en vuelo» los daños sufridos por los terceros en la superficie". (Basualdo Moine, "El nuevo código aeronáutico", en L.L. 27/7/67).

El inciso segundo está dedicado a contemplar otro momento del desplazamiento de la aeronave en el cual también puede haber colisión, y que no consideraba el anterior código. Sin embargo la doctrina entendía que esta amplitud del concepto "en vuelo" estaba contemplada en el artículo 159 del viejo código. Aunque lo hicieran entrar un poco forzosamente se decía que "el precepto abarca el período comprendido entre el momento en que la aeronave comienza a moverse por sus propios medios para emprender el vuelo hasta aquel en que, finalizado éste, deja de moverse por sus propios medios, por cuyo motivo habría abordaje en el supuesto de que una aeronave, durante la corrida previa al despegue, embistiera a otra aeronave que acaba de aterrizar y que aún no ha finalizado la carrera en la pista". (Léns Paz, "Exposición y comentario del nuevo código argentino de aeronáutica", en Revista de la Facultad de Derecho, Año X, n° 44). Por su parte Rodríguez Jurado nos dice que "la doctrina y también la jurisprudencia extranjera, sobre todo la francesa, han tratado de precisar el significado de la expresión 'en vuelo', así como del término 'en movimiento', que utilizan otras leyes. Luego de interesantes polémicas se ha llegado a concretar su significado en la fórmula incorporada por el Comité Jurídico de la O.A.C.I. al proyecto de convención sobre abordaje aéreo, en el que se establece que "una aeronave es considerada en vuelo desde el momento en que es empleada la fuerza motriz para decolar, hasta el momento en que el aterrizaje ha llegado a su fin". No obstante, aún esta fórmula admite los mismos interrogantes que se han planteado al analizar los momentos de aplicación que corresponden a los daños producidos a terceros en la superficie" (R. Jurado, Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico, 1963, Buenos Aires, pág. 289).

Estas dudas parecen obviadas por el agregado que hace al concepto el mismo art. 165: "La aeronave se halla en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje. . .".

En la nota que ponen los autores de la reforma a este artículo leemos: "Se ha adoptado el criterio seguido en el proyecto sobre abordaje aéreo, preparado por el Comité Jurídico de la O.A.C.I., en Montreal, en setiembre de 1954, por considerarlo técnicamente más perfecto que el nuevo proyecto del mismo Comité, preparado durante su XV período de sesiones en Montreal en 1955. Asimismo, se estima que aquel criterio es el que mejor se ajusta a nuestro país. Las modificaciones del texto, especialmente las relativas a la determinación de "aeronaves" en movimiento, contemplan casos presentados en la práctica y que constituyen, sin duda, abordajes aéreos".

Concretando, vemos que el campo de aplicación de este concepto requiere que: haya colisión; que la colisión se produzca entre dos o más aeronaves, y que éstas estén en movimiento. Vimos ya el concepto de "movimiento", recordemos ahora que la parte final del art. 165 aumenta el campo de aplicación, pues sostiene que aunque no haya verdadera colisión se considera también abordaje el caso de que se produzca un daño a aeronave en movimiento o a personas o bienes que lleve a bordo, siempre que se lo cause otra aeronave en movimiento.

Como vimos por la transcripción de la nota al art. 165, el concepto contenido en el nuevo código ha seguido al proyecto que encerrara la reunión del Comité Jurídico de la O.A.C.I., Montreal, 1954. No fue esa la posición que asumiera el Subcomité del Comité Jurídico, en París, en 1961, ni en las reuniones de Montreal de 1964. El concepto de movimiento hace a la filosofía de la legislación argentina, la que nuestro país sostuvo en la primera reunión del Comité Jurídico de las Conferencias Regionales de Aviación Civil (C.R.A.C.). Aunque también tendía a esa postura la redacción dada al artículo correspondiente del proyecto de Código Latinoamericano que preparara el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, para ALADA. La definición del nuevo Código es más amplia e incluso apunta en su parte correspondiente al concepto que del vuelo da el anexo 6 del Convenio de Chicago, cuando define el tiempo de vuelo como "el tiempo total transcurrido desde que la aeronave comienza a moverse por su propia fuerza para despegar, hasta que se detiene al finalizar el vuelo". Lo que se conoce como de *casus a casibus*.

En cuanto al concepto de aeronave en vuelo, inciso 3º, sigue los lineamientos de la Convención de Roma. Y como citáramos, el último párrafo da la amplitud con que se toma el concepto

de abordaje, al ampliarlo al caso de que se produzcan daños sin que haya contacto físico entre dos o más aeronaves. De tal manera pueden considerarse como daños producidos por una aeronave a otra, en caso de abordaje, los causados sin necesidad de que exista entre ellas el más leve contacto directo, como por ejemplo: si la reacción del aire desplazado por el paso de una aeronave provoca la caída de otra aeronave o le causa daños de cualquier índole; el hecho puede encuadrarse en las disposiciones sobre abordaje a los efectos de regir las relaciones entre los explotadores, y de éstos con los pasajeros o cosas transportadas. Son los casos de daños producidos por la turbulencia de otra aeronave, por maniobras repentinas, por acción de las plantas propulsoras, y hasta por la interferencia en el radio causada a cualquier aeronave por otra similar. Considerando que la acción no es necesario que sea mutua, por supuesto.

El Proyecto de Convenios sobre Abordajes Aéreos de Montreal, de 1964, tiene por objeto establecer reglas internacionales sobre responsabilidad de los explotadores de aeronaves implicadas en un abordaje o "interferencia". Pero ninguna de las dos expresiones aparece definida en ese cuerpo. Al respecto, el Convenio sigue el ejemplo del de Roma que, sin definir estas dos expresiones, se refiere sin embargo a las mismas, al prever que "si dos o más aeronaves en vuelo entran en colisión o se perturban entre sí, y resultan daños..." (art. 7). Tal como aparece redactado el proyecto, parece aplicarse al contacto físico de dos o más aeronaves (eso sería abordaje), así como a los casos en que, sin que exista tal contacto, las maniobras de una aeronave causen daños a otra aeronave (ello constituiría "interferencia"). La interferencia no necesita ser mutua, como podría pensarse al leer la frase "interferencia" entre dos o más aeronaves..." (art. 1^o). Creemos que no es necesario que cada una de las aeronaves haya actuado en forma que cause interferencia a las otras, por lo tanto, el Convenio se aplicará en los casos en que la turbulencia provocada por una aeronave cause daños a la otra, sin que la primera sufra daño. (Ustarroz, *ob. cit.*).

Un último aspecto que podemos tratar, que no por curioso, es imposible, lo constituye la factibilidad de un choque entre aeronave y cohete, dado que éstos comienzan su carrera en la superficie. Este caso no ha sido tratado ni en nuestros códigos, ni en los proyectos internacionales.

DAÑOS A AERONAVES, PERSONAS Y BIENES EMBARCADOS

Esta sección del capítulo Cuarto consta de cuatro artículos, 166-169. El artículo 166 se ocupa de la responsabilidad por los daños causados por culpa de una de las aeronaves. Según la

nota este primer párrafo se halla más desarrollado que el antiguo artículo 160, del viejo código, con el que se corresponde, pues precisa más ampliamente el ámbito de su aplicación. En efecto establece que el abordaje culposo será responsabilidad del explotador de la aeronave "en caso de daños causados a aeronaves o a personas y bienes a bordo de las mismas por abordaje de dos o más aeronaves en movimiento".

Vemos que se adopta el principio de la responsabilidad basada en la culpa probada, que encuentra su antecedente en el artículo 1109 del Código Civil y sigue la doctrina y la legislación universal. Según exponen los redactores en la Exposición de motivos con que acompañaron el proyecto "el código no introduce innovaciones en esta materia en lo referente a los principios generales que regulan la responsabilidad del explotador, según se irroguen los daños a pasajeros o cosas transportadas o a terceros en la superficie".

En consecuencia, para responsabilizar al explotador por los daños originados en un abordaje será menester probar su culpa o, en su caso, la de sus dependientes (art. 1113, Cód. Civil). Ya que "las aeronaves en vuelo no se hallan en la situación pasiva que caracteriza a los terceros en la superficie en cuanto a los riesgos provenientes de la aeronavegación, cada aeronave es, con relación a las demás, creadora parcial de un riesgo específico de la navegación aérea (el abordaje) y esta circunstancia de la navegación impide fijar un criterio para establecer a priori cuál aeronave es la causante probable del daño. Por ello es que tampoco cabría aplicar el principio de responsabilidad presunta del art. 1133 del Código Civil" (Lena Paz, ob. cit., pág. 716).

Otra mejora que introduce el art. 160 es de orden terminológico, pues impone la responsabilidad por los daños en el abordaje al explotador de la aeronave, como era lo lógico, y no a la aeronave a secas, como establecía el anterior código. El resto del artículo reproduce dos principios ya sentados anteriormente en el mismo código. El segundo párrafo admite la exención de responsabilidad por parte del explotador, si prueba que él o sus dependientes han aportado la diligencia necesaria para evitar el daño, reproduciendo el criterio del artículo 142. El tercer párrafo niega el derecho del explotador a ampararse en los principios que limiten su responsabilidad (manifestados en el mismo Título VII), para el caso de que el daño provenga de su dolo, o del de sus dependientes. Es el principio del artículo 147, del mismo código.

El art. 167 del nuevo código repite el 161 del anterior, siempre con el mejor léxico, al hablar de la responsabilidad de los explotadores, en vez de las aeronaves. O sea que para el caso de abordaje por culpa concurrente, la responsabilidad de cada ex-

plata por los daños a las aeronaves es proporcional a la gravedad de la falta. En caso de no poder determinarse, se responde por partes iguales.

El art. 168 repite textualmente al 162 del viejo ordenamiento. Establece que la responsabilidad mencionada precedentemente es solidaria, lo que "posibilita a los pasajeros o sus causahabientes o a los cargadores o quienes ocupen su lugar, dirigir su acción de resarcimiento contra cualquiera de los explotadores de las aeronaves abordadas". (Rodríguez Jurado, *ob. cit.* pág. 290). La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de repetir el que ha abonado una suma mayor, contra el coautor del daño.

Finalmente, para terminar la Sección "B", el art. 169 establece que la responsabilidad del explotador alcanza a los límites citados por artículos anteriores. Es en ellos donde se ha hecho la reforma más notable de todo el título. La misma consiste en adoptar "una moneda estable para la fijación de las indemnizaciones —según manifiesta uno de sus redactores—. A tal efecto, se ha recurrido al argentino-oro, moneda regulada por la ley 1330, que tiene la virtud de ser un signo monetario nacional y asegurar la estabilidad con la mayor dosis de seguridad" (Videla Escalada, *Síntesis del nuevo código aeronáutico*, J.A., n° 2854, 19/7/67). Estas ampliaciones hechas a los topes anaerónicos del viejo código "resultan fundamentales, pues tutelán con equidad los intereses de quienes utilizan los servicios aéreos o están expuestos a sufrir daños de origen extracontractual" (Basualdo Moine, *ob. cit.*). Con los nuevos índices establecidos "se pretende lograr un concepto fluctuante que absorba toda desvalorización que pueda sufrir el signo monetario argentino de curso legal y evite la desactualización de los montos indemnizatorios y las diferencias injustificadas entre las indemnizaciones a abonar según se produzcan los daños en el transporte interno o en el internacional" (De la Exposición de Motivos, Título VII, Responsabilidad).

DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN LA SUPERFICIE

La Sección "C" del capítulo IV, que estamos desarrollando, se ocupa de los daños causados a terceros en la superficie. Corresponde en líneas generales al antiguo capítulo V, del Título X, del viejo código, que llevaba el mismo enunciado.

Los principios generales que informan la responsabilidad emergente de los daños causados a terceros en la superficie en caso de abordaje son los de la responsabilidad objetiva y limitada que el Código legisla en el capítulo II de este mismo Título.

Comienza la Sección "C" con el artículo 170, que establece la solidaridad de los responsables de daños a terceros en la su-

perjuicio. En lo básico repite la idea mantenida por el viejo código, artículo 164. Solamente precisa el concepto de aeronave "en vuelo", tendiente a determinar que los daños indemnizables son únicamente los causados por las aeronaves que se encuentran en ese estado.

La ratio legis del artículo está dada por la frecuencia de los casos en que el abordaje produce la caída de las aeronaves, con los consiguientes perjuicios a terceros en la superficie. Es previniendo esta consecuencia que el Código establece la solidaridad en la responsabilidad de los explotadores.

El art. 171, el art. 172 y el art. 173 siguen en líneas generales, salvo modificaciones de detalle, las ideas sentadas por los artículos 165, 167 y 166 del antiguo código aeronáutico.

El art. 171 se ocupa del caso de abordaje por culpa, en el que establece que "el explotador de la aeronave inocente" (vamos nuevamente precisado el concepto de explotador, y no aeronave, como decía antes) tiene derecho a repetir contra el culpable del abordaje las indemnizaciones que se hubiere visto obligado a pagar a causa de la solidaridad, así como en el caso de concurrencia de culpas, el que hubiere pagado mayor suma que la debida puede repetir contra el otro por el excedente. Este excedente estará representado por el importe superior a la suma que debe soportar la aeronave como consecuencia de la división de las culpas, de acuerdo al art. 67, que ya viéramos.

El art. 172 tampoco trae variaciones de mucha entidad, y se limita a reproducir lo que preceptuaba el anterior art. 167, con modificaciones de forma, para el abordaje por caso fortuito o fuerza mayor. Sostiene que el explotador soportará la responsabilidad, de acuerdo a los principios desarrollados en esa sección, dejando el derecho de repetir el excedente a quien haya abonado una suma mayor de la que le correspondía.

Por su parte, el art. 173 se ocupa del mismo tema que el art. 166 en el código derogado. Impone al explotador demandado por reparación del daño causado por el abordaje la obligación de hacerlo saber al explotador contra el cual pretende repetir el pago, dentro del término de seis meses contados desde la fecha de la notificación de la demanda; caso contrario, no podrá ejercitar esta acción.

Ya para el anterior código, Rodríguez Jurado decía: "El término de seis meses debería reducirse a la mínima expresión compatible con las normas procesales aplicables, con el objeto de posibilitar al explotador no demandado por el tercero damnificado el rápido ejercicio de sus acciones contra el explotador demandado, o bien, si reconoce su culpa, allanarse a la demanda del tercero pagando lo reclamado y evitando costas, que de otra manera pueden acrecentarse" (ob. cit., pág. 292).

Finalmente, el art. 174 cierra el capítulo de abordaje, y por ende el Título de la responsabilidad. Es un artículo totalmente nuevo, ya que la ley 14.307 carecía de referencia expresa a limitación de los montes por responsabilidad en los casos legislados en esta sección; y estimaron entonces sus redactores que era necesario llenar esta laguna.

Lo que hace es remitir al art. 160, al sostener que la responsabilidad del explotador alcanza a los límites allí consignados.

El art. 160, también novedoso por la cotización y límites de las sumas enunciadas —como ya viéramos—, significa un cambio primordial en cuanto al sistema que adoptaba el antiguo código. Como sostienen los redactores del nuevo: "La falta de actualidad de las cifras consignadas constituye una de las razones fundamentales que justifican su modificación". (Ver nota al art. 144).

"Las mismas (se refiere a las cifras) ni guardan relación con el valor adquisitivo de nuestro signo monetario de curso legal ni tampoco con la Convención de Varsovia de 1929, ratificada por ley 14.111. La suma de argentinos oro incluida en este artículo corresponde aproximadamente a poco menos de tres millones de pesos moneda nacional, que resulta un término medio de la valoración de la vida humana en nuestro país fijada por la jurisprudencia de los tribunales de los últimos tiempos. Asimismo, la suma fijada se acerca mucho más a los límites establecidos en la Convención de Varsovia de 1929".

Para concluir acotemos que la acción por estas demandas mencionadas prescribe al año conforme lo establece el art. 228, inc. 3°, contándose a partir del día en que se produjo el abordaje.

TEXTOS

CODIGO DE LIPIT-ISTAR

HORACIO N. CASTRO DASSEN
CARLOS A. GONZÁLEZ SÁNCHEZ

Con este trabajo continuamos con nuestro propósito de llevar al conocimiento de los lectores de habla hispana los textos en castellano de los códigos de la llamada con propiedad por André Parrot civilización mesopotámica¹.

Creímos conveniente en esta ocasión realizar una pequeña síntesis histórica para ubicar los cuatro códigos de los que nos ocupamos en sucesivos trabajos².

Recordemos que podemos establecer una distinción natural entre las regiones que se extienden al norte y al sur de Babilonia; la parte superior o septentrional es Asiria, la parte inferior o meridional se llamó primero Sines y luego Caldea.

Esta región meridional estuvo poblada desde tiempos remotos. Sus habitantes, posiblemente provenientes de las montañas de elam, se afincaron en ese lugar atraídos por las ventajas que para la vida ofrecía esa tierra fértil y con agua en abundancia.

Alrededor del año 3.000 A. J. C. los habitantes de esa región presentaban los caracteres físicos uniformes de una sola raza, a la que se llamó "Sumeria".

En esa época se ubican las dinastías más antiguas, pero no constituyeron un solo Estado, sino que estaban separados en pe-

¹ "de ahí que para eludir estas dificultades nos hallamos propuestos definir la civilización del país de los dos ríos, no ya con calificativos étnicos, sino aplicando un término geográfico, civilización Mesopotámica. Esa denominación abarca a la vez el tiempo —desde los orígenes hasta el helenismo— y el espacio — desde los requeñales asirios, o desde la llanura de gabur hasta los marismos próximos al golfo pérsico". André Parrot, SUMER, edit. Aguilar 1961, pág. 304.

² "CODIGO DE HAMURABI". Edit. Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales.

"EL CODIGO DE ESNUNA (Dos mil años antes de Jesucristo)". Revista "Lecciones y Ensayos" de la Facultad de Derecho. Nº 37, pág. 113.

queñas ciudades-estados, independientes, que estuvieron en permanente beligerancia con sus vecinos. Las principales ciudades fueron: Ur³, Ourouk, Lagash, Nippur, Eridu, Larsa, Nisín.

Es la época del Rey-sacerdote, el templo es el núcleo de la ciudad, florece el comercio con las zonas vecinas sobre todo Egipto y se comienza a escribir sobre barro.

Las tablillas de esa época, sólo registran anotaciones comerciales, y de ella solamente tenemos referencia a través de los edificios, las esculturas, los objetos de uso común y esas tablillas referentes a la vida comercial e industrial.

Comienzan también a instalarse en la mesopotamia otros pueblos, semitas del desierto. Una de esas tribus, los acadios, se establece al norte de la región de Caldea y esa zona toma entonces el nombre de país de akkad. Fundan, a ejemplo de los sumeros, varias ciudades que fueron independientes entre sí (Agadé, Sipar, Babilonia).

Se inicia entonces un período de lucha para lograr la concentración del poder en toda esa zona de la baja mesopotamia o Caldea.

Volvamos a los sumeros; alrededor de los años 2800 a 2600 A. J. C. (de acuerdo a la cronología más moderna) en momentos en que se inicia la protohistoria, ubicamos la época de Djemdet-Nasr: es ésta una época de esplendor en el arte y el comercio y un gran adelanto en las construcciones. Le sigue la llamada época de Mesilim "por la primera figura históricamente comprobada de un rey de Kish y que abarca años que giran en torno al año 2600"⁴. En materia de arte hay un retroceso y la figura del rey-dios omnipotente en cada ciudad estado comienza a desvanecerse con la presencia de ciudades principales con su rey-dios y ciudades subordinadas gobernadas por un príncipe; la ciudad de Nippur alcanza el primer plano político.

Nos dice también Schmökel con referencia a este período "Con los documentos de la época de Mesilim termina la protohistoria. En el período que sigue asistimos a la anexión a la época histórica, sobre la cual inscripciones sumerias bien legibles nos suministran información suficiente aunque localmente restringida".

Alrededor de los años 2500 a 2350 se puede ubicar la época de Urí, con anterioridad existe un efímero predominio de Lagash (en la actualidad Tello) cuyas victorias se comentan en la famosa "Estela de los buitres"⁵.

³ La tercer dinastía de Ur, se extiende desde el año 2083 al 1965 A.J.C. siendo sus reyes, Urnams, Shulgi, Bursin, Susini e Ishbain.

⁴ HARMUT SCHMÖKEL, ob. cit., pág. 76.

⁵ Estela de los buitres escribe que es copia pág. 85 del país de los sumeros, lo rayado.

Florece nuevamente en esta época el arte y el poder de los sacerdotes, se intensifica el culto, Lagash vuelve a ser una ciudad con cierta dependencia del rey de Kish y también aquí florecen las artes y se intensifica el gobierno religioso, los sacerdotes se apoderan de las riquezas y el mando. Merece citarse aquí a Jruka-guina, quizá el primer reformador de la historia, quien llega al gobierno, posiblemente apoyado en un sector anticlerical, realiza varias obras materiales de importancia (construye un canal, depósitos de agua, etc.) pero además redacta leyes de protección al débil.

En el año 2350 a 2360 (2897 a. J. C. en la antigua cronología) aparece en escena Lugalzagesi, ensi de Umma, que se levanta en armas, invade Lagash, destruye y quema la ciudad y por ende vence a Urukaguina, de allí se dirige a Inanna (antigua capital de Uruk) a quien toma instalándose dentro de sus murallas; caen luego bajo su poder Uruk, Larsa y posteriormente Mippur. Así somete a todo súmer a algunas zonas vecinas que quedaron bajo su férrea mano durante veinticinco años.

Asistimos al ocaso de Sumeria; otro pueblo (de raza semita) al que ya hemos visto instalarse lentamente en la parte superior de la baja mesopotamia, está ahora bajo las órdenes de un ambicioso rey Sharruken a quien se conoce por Saigon de Akkad; organiza un ejército superior técnicamente al de los súmeros, por ser más livianos sus soldados y usar flechas en lugar de las pesadas lanzas de sus enemigos, y consigue derrotarlos, tomando prisionero a Lugalzagesi a "quien encerró —dice Schmökel— en una jaula que hizo colocar a la entrada del templo de entil en Nippur, convirtiéndolo en objeto de burla para sus enemigos de otrora y de ignominia para todo ser".

Saigon y sus descendientes se identifican con los dioses y se hacen venerar como tales. Esta dominación semita, que abarca además del país de súmer, los pueblos montañosos del norte y todas las tierras hasta el mediterráneo y el Líbano, constituyen el primer gran imperio de la historia y dura alrededor de doscientos años.

A Saigon le suceden sus hijos Rimush y Manishtusa y su nieto Naramsin; le suceden luego otros soberanos pero el imperio se resquebraja, algunas antiguas ciudades reconquistan su independencia, y sólo que de todo ello una gran herencia cultural y artística.

Alrededor de los años 2150 a 2070 toda esta zona es dominada por un pueblo que desciende de los montes Lago, ávidos de

* Este Código es en orden cronológico el segundo de las leyes sumerias. Se calcula en más o menos 180 años anterior al de Hammurabi, al que siempre tomamos como referencia.

riquezas, y caen como una avalancha sobre las indefensas ciudades sumeras, arrasando todo a su paso, pero la cultura vence finalmente a la barbarie (siempre así) y los invasores asimilan las costumbres de los pueblos que arrasan.

Entre el año 2.050 a 2.000 a. J. C. asistimos a la resurrección de la ciudad de Lagash, ahora bajo el poder de un rey ilustrado, Gudea, a quien protegió Ur Namar un poderoso y contemporáneo rey, de la dinastía de Ur, la III.

Gudea fue quizá la figura más popular de sumeria, pero no por su prestigio guerrero, que no lo tuvo, sino por sus beneficios a la religión, la literatura y las buenas obras.

Contemporáneamente con estos hechos, el príncipe Utin-khengal de Uruk, derrota a los invasores guteos y le cabe la gloria de ser quien los expulse definitivamente (alrededor del año 206). En tanto Ur, de los caldeos, comienza un período de esplendor. Ya vimos que Gudea (y también sus descendientes) le reconocían como su superior y pagábanle tributo, y a él se somete también el vencedor Utin-khengal. El primer rey de esta III dinastía de Ur inaugura un nuevo período de paz y esplendor y a él se debe la existencia de uno de los códigos a que nos referimos en esta obra.

Los reyes de Ur son considerados también como dioses. Las ciudades adquieren en esta época (y sobre todo los templos) un esplendor inigualado.

El último rey de esta III dinastía de Ur fue Ibbisín. Los elamitas, provenientes del este, ocupan Sumeria poco a poco y terminan por ocupar y destruir la ciudad de Ur y se forman así dos dinastías semíticas en el territorio sumero, una en Isin (1770-1735) y otra en Larsa (1680-1638).

Luego llega del norte, de la cada día más importante Babilonia, el poderoso rey Hamurabi; derrota a los elamitas, conquistando Uruk e Isin; invade luego Elam, capturando a su rey; domina Asiria y logra establecer un imperio sin precedentes, cultural, geográfica y comercialmente, al que ordena y unifica mediante la promulgación de un gran código de eficacia y validez para todo el imperio.

CÓDIGO DE LIPIT-ISTAR (8)

PREAMBULO

I.—Cuando el gran Anu, padre de los dioses, y Enlil, que fija el destino, dieron a Nin-insina el reino de Sumer y Accad, diosa de cuyo reinado surge la satisfacción, cuya frente luce brillante, y que delimitó Isin instalando al dios Anu.

II.—Cuando Lipit-istar, el pastor obediente, fué convocado por el Ninsinnir, para establecer en el país la equidad (el Derecho), para destruir con la fuerza de su palabra la corrupción, para quebrar por la fuerza la maldad y la malevolencia, para el bienestar de Sumer y Accad (entonces), Anu y Enlil, convocaron a Lipit-istar al poder real sobre el país, y ese día yo, Lipit-istar, el pastor piadoso de Nippur, el cultivador fiel de Ur, el vigía perpetuo de Eridu, el pontífice En, glorioso de Uruk, el rey de Isin, el rey de Sumer y Accad, el devoto sincero de Inanna, por orden de Enlil establecí la equidad (el Derecho) en Sumer y Accad.

III.—Ese día, a los hijos y a las hijas de Nippur, a los hijos y a las hijas de Ur, a los hijos y a las hijas de Isin, a los hijos y a las hijas de Sumer y Accad, que habían sido sirvos, les di la libertad de mi propia voluntad, conforme a la alta tradición de que el padre sostiene a sus hijos, que los hijos sostengan a su padre; que el padre sea garante de sus hijos, que los hijos sean garantes de su padre; que la casa paterna y la casa de los hermanos pueda ser construída por los unos para los otros.

Yo, Lipit-istar, hijo de Enlil he... la casa paterna y la casa de los hermanos.

LEYES

I.—(Indecifrado)

1

...los bienes que han sido constituidos...

2

...los bienes de la casa paterna...

3

...al hijo de un gobernador, hijo de un funcionario de Palacio, hijo de un intendente...

II.—Locación, Precio

4

LE 3, 10
CH 242, 243, 268,
271, 272, 273

Si uno tomó en locación un hombre, un buey o un vehículo, que dé 100 qa de cereal.

5

Si uno da la ración de cereal y de vituallas...

III.—Violación de domicilio

6

Si uno ha violado la puerta de la casa, al que ha violado la puerta de la casa, se le matará.

7

CH 21

Si uno abrió una brecha en la pared de la casa, al que abrió una brecha en la pared de la casa, será enterrado delante de esa brecha.

IV.—Locación, Responsabilidad

8

...y ha hecho hundir el barco, se le indemnizará por ese barco.

9

LE 5
CH 236

Si uno tomó en locación un barco y si se convino con el dueño la ruta a seguir, y el locatario (lit. el barquero) cambió la ruta y causó la destrucción del timón, el que tomó en locación el barco indemnizará al propietario por dicho barco.

V.—Código agrario

- 11.
- CH 50 Si uno dió su huerto a un hortelano para hacer multiplicar las palmeras, el hortelano trasplantará los brotes de estas palmeras datileras y percibirá un décimo de los dátiles (1).
- Si uno...
- 12.
- 13.
- CH 61 Si uno dió una tierra en barbecho a otro, para plantar un huerto, pero el que la recibió la deja baldía porque no la termina de cultivar, entonces se descontará al que debía plantar el huerto, de la parte que le correspondía, la tierra que dejó de trabajar.
- 14.
- Si uno se introdujo en el huerto de otro y es sorprendido en el momento en que roba, debe pagar 10 siclos de plata.
- 15.
- CH 59 Si uno taló un árbol en el huerto de otro, debe pagar 1/2 mina de plata. (2)

VI.—Casa ruinoso

- 16.
- LE 58 Si uno ha descuidado su casa, dejándola ruinar y su vecino de otra, si el propietario de la casa vecina a la ruinoso dice al propietario de la vetusta "tu casa está mal cuidada, la has abandonado, alguno puede hacer una perforación en la mía, arregla tu casa", si esta intimación se prueba, el dueño de la casa vetusta debe indemnizar al propietario de todo lo que ha perdido.

VII.—Esclavos

- 17.
- CIE 48
CH 17 Si un esclavo o esclava de un ciudadano huyó sin salir de la ciudad y permaneció en la casa de otro ciudadano, éste dará un esclavo por este esclavo; una esclava por esta esclava.

(1) Trátase de palmeras que tienen diferenciado el sexo de árbol a árbol. El hortelano debe ocuparse de las tareas de fecundación acercando el polen de los pistilos que deberá cortar. Ese trabajo quehacer, tiene por tanto una legislación distinta de las de la horticultura habitual.

(2) Taló, pero no robó, se limitó a cortar el árbol, es un delito de daño, no de apoderamiento.

18.

CH 19 Si no tiene esclavos, pagará 25 siclos de plata.

19.

CH 202 Si el esclavo de uno ha contestado a su amo no reconociéndole su estado de esclavitud, si se prueba su condición de esclavo, se le marcará la frente. "

20.

Si la caducidad del derecho del amo se produce en virtud de una gracia del rey, nada se le hará.

21.

Si la caducidad del derecho del amo se produce en virtud de una gracia del rey, y el beneficiario es llevado contra su voluntad, entonces ocurre que un ciudadano está forzando a otro ciudadano. Este puede ir adonde quiere (3).

VIII.—Calumnia

22.

CH 1, 2 Si uno acusa a otro ciudadano sin sorprenderlo "en flagrante delito" ("con las manos puestas") y sin probar su acusación, éste que no pueda apartar las pruebas de su acusación, soportará la sanción de todo aquello de que había acusado falsamente.

IX.—Usucapión

23.

CH 31 Si el dueño, o la dueña, de un inmueble, no han pagado el canon real de su bien y otro lo pagó durante tres años y estuvo en el bien sin abandonarlo, él guardará ese bien inmueble; el dueño no podrá accionar contra él.

24.

Si el dueño de un inmueble...

X.—(Indescrito)

25.

Si uno desea retirar a su heredero (el don) del gobernador...

(3) El esclavo. Warda, al ser liberado se convierte en awilum, ciudadano; punto muy importante para tener en cuenta al estudiar las clases sociales.

XI.—Derecho de familia

26.

LES 37, 38
CH 162, 168

...y la casa paterna... su heredero llevará de la casa paterna el derecho que le ha sido hecho.

27.

Si el padre, mientras vivía, dijo a su hija, sea esta Entum, Neditum o Qeditum, que ella es como su heredera, entonces ella habitará su casa (4).

28.

Si la hija, viviendo en casa de su padre...

29.

CH 162

Si la segunda esposa que ha tomado le ha dado un hijo, la dote que aportó de la casa paterna pertenece a su hijo. El hijo de la segunda esposa y el hijo de la primera esposa, repartirán por partes iguales los bienes de su padre.

30.

CH 170, 171

Si uno tomó una esposa y ella le dió un hijo, y si éste vive; y si una esclava le ha dado un hijo al amo, el padre manumitirá a la esclava y sus hijos; el hijo de la esclava no compartirá la casa con el hijo del amo.

NOTA 4:

31.

CH 172 e/174

Si su primer esposa falleció y si después de su esposa, él toma su esclava por esposa, el hijo de la primer esposa, si vive, y los hijos de la esclava (como hijos legítimos) aumentarán la casa (el número de herederos de su patrimonio).

32.

CH 179

Si uno no tuvo hijos con su esposa, y si una cortesana que vive fuera de la casa, le dió un hijo; el ciudadano dará a esa cortesana la ración de cereal, la ración de aceite y la ración de lana; el hijo que le dió la cortesana será su heredero, pero mientras viva la esposa, la cortesana no compartirá la casa con ella; no habitará la casa.

33.

Si uno se separa de su primer esposa, pero no intenta contra ella la acción de repudio, y no la expulsa de la casa, y si él se casa con otra mujer que le guste más, ésta es la segunda esposa; el marido debe mantener a la primer esposa.

34.

CE 17
CH 242

Si el futuro yerno entró en casa de su futuro suegro y constituyó la "dos ex marito", y si luego se des-

embarazada de él y se proponen dar la esposa a otro, se debe devolverle la "dos ex marito" que aportó y la futura esposa no debe desposar a otro si amigo (compañero) del primero.

35.

Si un joven casado mantiene relaciones con una cortesana que habita fuera de la casa, y si los jueces han decidido que no debe volver a lo de la cortesana, y si por ello él se propone repudiar su primera esposa, le debe dar el precio de repudiación.

36.

CH 168 Si el padre, en vida, dió a su primogénito, como parte preferencial el campo, el huerto, y la casa, y si luego del deceso los herederos reparten entre sí los bienes del padre, no dividirán entre sí esa parte de los bienes, no se alzarán contra la palabra de su padre.

37.

CH 171 b Si el padre en vida dió la "dos ex marito" a su primogénito y si en vida del padre, él tomó esposa y si luego del deceso los del padre, los herederos reparten los bienes de la casa paterna...

38.

Si probó que la casa no fué dividida... pagará 10 siclos de plata.

XII.—Legislación sobre los bueyes

39.

CH 248 Si uno tomó en locación un buey y le lastimó la cerviz (con el yugo) debe pagar el tercio de su valor.

40.

CH 248 Si uno tomó en locación un buey y le vació un ojo, debe pagar la mitad de su valor.

41.

CH 248 Si uno tomó en locación un buey y le quebró un cuerno, debe pagar un cuarto de su valor.

42.

CH 248 Si uno tomó en locación un buey y le cortó la cola, debe pagar el cuarto de su valor.

43.

...pagará...

EPILOGO

- CU Pr. I.—Según la palabra justa de Uta, establecí el justo Derecho en Sumer y Accad. Según la proclama de Enlil, yo, Lipit-istar hijo de Enlil, eché con la palabra la maldad, y la maldad; terminé con las lágrimas, los lamentos, la corrupción y el pecado; hice hacer la verdad y la justicia, y aseguré el bienestar en Sumer y Accad.
- CH Ep. II.—Cuando establecí el Derecho en Sumer y Accad, erigi esta estela. El que no cometa ningún perjuicio contra ella, el que no destruya mi obra, el que no borre mi inscripción y el que no escriba su nombre al pie, ése que reciba una larga vida. Que se eieve muy alto en Ekur y que desde el cielo lo ilumine la frente brillante de Enlil.
- CH Ep. III.—El que cometa algún perjuicio contra ella, el que destruya mi obra, el que entre en el santuario y cambie el pedestal de la estela, el que borre mi nombre e inscriba el suyo encima, el que haga penetrar un mal a otro con sus maldiciones; ya sea un rey, ya sea un pontífice EN... que pierda sus hijos, que no tenga heredero. Que el dios Assan y el dios Sumagan, señores de la abundancia, le quiten... que le quite lo que recibí como donativo. Que el dios Uta, juez del cielo y de la tierra... le arranque... su fundación... haga que sus ciudades caigan en ruinas; que los ciempies de su pala sean inescapables; que no sea rey, que Nin-Uta, hijo de Enlil...

COMENTARIO SOBRE EL PREAMBULO

Del Prámbulo se conserva la primera parte, en la que el rey legislador relata los fundamentos legítimos de su poder y resume brevemente su obra que luego volverá a mencionar, ya en tiempo pasado, como hecho realizado, en el Epílogo.

Si hemos de guiarnos por el de Hamurabi, en este Prámbulo la parte faltante es el acto de voluntad, la declaración de que sus dichos serán leyes. Hamurabi, elegantemente, luego de enumerar los antecedentes de su poder, y sus buenas intenciones, ó sea, los dos elementos que justifican el poder legítimo, simplemente enuncia: "...y por tanto:..." para comenzar inmediatamente sus normas.

El lector advertirá que se repite el criterio real, de que sus leyes son para vencer el mal; parecería que todavía subsiste la creencia de que el mundo es continua lucha entre el bien y el mal. Este aspecto también es interesante, porque Lipit-istar se ubica sólo en ese terreno; a diferencia de Ur-Namu y luego de Hamurabi, no detalla su labor en pro del bienestar sino que simplemente indica: "...fui convocado... para el bienestar de Sumer y Accad...", pero no da detalles.

Literariamente, encontramos este preámbulo más elegante que los restantes dentro de esta cultura: y debemos señalar que en el párrafo III introduce el concepto de "libertad" que no aparece en las restantes codificaciones de la época; también que menciona obras piadosas típicas de estos pueblos como la unión y asistencia familiares.

COMENTARIO SOBRE LAS LEYES

Se conservan palabras que los arqueólogos refieren a 43 leyes, pero como en el número 43, sólo figura una palabra.

El texto completo de que se dispone, son los artículos 4, 6, 7, 9, 13 a 23, 27, 29 a 36, 37 a 42, ó sea, 27 leyes; resultan totalmente carentes de sentido jurídico las palabras descifradas de los artículos 1, 2, 3, 5, 12, 24, 25, 28, 38 y 43. Por el método analógico se puede estimar aproximadamente el contenido de las restantes seis leyes.

En general, excepto en la legislación sobre familia y sucesiones en que luego se observarán progresos, las disposiciones coinciden con las soluciones de Balamá, rey de Eanuna, y Hamurabi.

Las leyes son leyes "perfectae" en el sentido de que todas ellas contienen la sanción correspondiente, revelándose así una acabada técnica legislativa y la existencia paralela de buenos sistemas jurisdiccionales.

Aparece en el art. 22 una solución similar al talión, una sanción ejemplar en caso de calumnia: el mentiroso sufrirá la sanción que pretendió imponer al inocente engañando a los jueces. Más acentuada la tendencia hacia el "tallo esto", pero en materia civil, es el art. 17, que condena, al que ayude la fuga de un esclavo, a indemnizar con otro esclavo, además del prófugo.

No disponiéndose de los textos de legislación penal, ignoramos si Lipit-istar adoptó o no el talión en su forma bíblica, como lo hará luego Hamurabi. Finalmente, señalaremos que el elemento piadoso aparece no sólo en la prohibición de que un hermano sea esclavo de otro hermano y en la liberación de la esclava que tuvo un hijo con el amo (art. 30) sino que aparece una institución singular: el esclavo puede ser libertado por decreto del rey, y pasa a ser ciudadano (art. 20). Obsérvese bien: no pasa a ser muskenun, sino ciudadano (categoría awlum").

COMENTARIO SOBRE EL EPILOGO

Se limita a informar que ha cumplido los propósitos según la inspiración recibida de los dioses. Una vez más, queda demostrado que la ley no la daban los dioses, sino el rey "per se", aunque por ser el rey un dios, sus decretos tienen la fuerza del "destino" (y así se llamó primitivamente a la ley sumera).

Nada hace presumir que el epílogo, también más elegante que el de Hamurabi, sea mucho más extenso.

Interesa señalar que las maldiciones contenidas en los párrafos II y III a quienes se atrevan a tocar, incluso materialmente, la estela de las leyes o las leyes mismas, son las habituales en la antigüedad, la que nos han hecho sostener que estamos frente a legislaciones "pétreas", en su sentido material (grabadas en piedra) y en su sentido legislativo actual: que no pueden ser cambiadas legalmente. Ningún otro rey, aun con todo el poder, podría, según Lipit-Ishtar y según Hamurabi, cambiar legalmente sus leyes.

CONFERENCIA EUROPEA SOBRE EL INDIVIDUO Y EL ESTADO

"Elementos Jurídicos esenciales para garantizar
la Protección Individual"

Estrasburgo, 26-27 de octubre, 1958

CONCLUSIONES

Prólogo

CONSIDERANDO que la Declaración Universal de Derechos Humanos estima esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión, y que enumera los derechos y libertades fundamentales del hombre que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar;

CONSIDERANDO que mediante la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), los Estados Miembros se manifiestan resueltos a dar los primeros pasos para poner en práctica colectivamente algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal y a garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades establecidos por dicha Convención Europea;

CONSIDERANDO que conforme al párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cada uno de los Estados Partes del Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;

CONSIDERANDO que conforme al párrafo 2 del artículo 2 cada Estado Parte del Pacto se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legis-

lativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicho Pacto;

RECORDANDO que, en su Congreso de Nueva Delhi en 1959, la Comisión Internacional de Juristas puso de relieve que en una sociedad libre regida por el imperio del derecho, incumbe al poder legislativo esforzarse por que los principios proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hagan plenamente efectivos, así como crear y mantener condiciones bajo las cuales el hombre vea reconocida su dignidad personal, la cual exige el reconocimiento pleno de sus derechos y libertades fundamentales;

RECORDANDO que en su Congreso de Río de Janeiro en 1962, sobre "La Acción del Poder Ejecutivo y el Imperio de la Ley", la Comisión Internacional de Juristas llegó a la conclusión que, para mantener el imperio del derecho, es indispensable que existan, por un lado, un gobierno eficaz capaz de preservar el orden y de propulsar el desarrollo social y económico y, por otro, garantías adecuadas contra el abuso de poder por el Estado;

Y RECORDANDO que tanto la Asamblea de Derechos Humanos celebrada en Montreal en marzo de 1968 como la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reunida en Teherán en abril y mayo de 1968, reconocieron que muchos aspectos de la evolución tecnológica moderna presentaban nuevas amenazas para los derechos y la dignidad humanos, y recomendaron por consiguiente se emprendieran estudios profundizados en este campo;

CONSCIENTE que la incesante expansión de la esfera de control estatal, derivada del incremento de su actividad económica, social y científica, exige el establecimiento de un sistema más completo y eficiente de protección del individuo;

Y CONSCIENTE que una de las responsabilidades primordiales del Estado frente al individuo es poner a su alcance sistemas adecuados y eficaces para la protección y cumplimiento de sus derechos y libertades fundamentales,

ESTA CONFERENCIA EUROPEA DE JURISTAS adopta las Conclusiones siguientes:

Primera Parte:

Garantías Esenciales

1. Garantía de Derechos

Los derechos y libertades fundamentales del hombre deben

estar garantizados por ley, de preferencia mediante una constitución escrita.

2. Separación de poderes

Se debe conceder pleno respeto al principio de separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado.

3. Independencia del Poder Judicial

La independencia del poder judicial debe estar garantizada. Ella no sólo implica protección contra las ingerencias de los poderes ejecutivo y legislativo, sino también la libertad de interpretar y aplicar las leyes del país de conformidad con los principios del imperio del derecho y las normas fundamentales de justicia. Con vistas a asegurar efectivamente la independencia de los jueces, es indispensable que su nombramiento se vea libre de toda ingerencia o protección de carácter político. Los magistrados deben disfrutar de plena seguridad en el cargo y deben recibir una remuneración adecuada, que no podrá ser modificada en su perjuicio durante el período de permanencia en el cargo.

4. Derecho a recurso

La ley debe prever la existencia de recurso eficaz contra las violaciones de los derechos individuales cometidas por organismos estatales, autoridades públicas o personas individuales.

5. Recurso rápido

El procedimiento judicial debería garantizar la decisión de los juicios sin demora indebida.

Los procedimientos civiles y penales deberían verse libres de las complicaciones procesales y de orden técnico que motivan costas o demoras indebidas y obstaculizan la restauración rápida de los derechos. Para evitar la morosidad judicial, es indispensable que existe un número adecuado de jueces y de personal judicial.

6. Juicio imparcial

En los procedimientos judiciales y casi-judiciales deben imperar la imparcialidad y la objetividad. Ello implica no sólo la existencia de un tribunal objetivo, que conceda a cada parte oportunidad justa e igual de exponer su caso, sino igualmente la existencia de un sistema conveniente de asistencia jurídica.

7. La apelación y la revisión judicial

Se debe garantizar el derecho efectivo de apelación de las

decisiones de un tribunal inferior ante por lo menos una jurisdicción superior. Los actos administrativos que puedan ir en detrimento de los derechos individuales deben estar sujetos a revisión judicial.

8. Acceso a la prueba

La defensa en un asunto criminal, las partes de un proceso civil y las partes ante un tribunal administrativo deben tener acceso a toda prueba oral o escrita relacionada con la causa o con el asunto que se investiga. Es de importancia esencial la existencia de un sistema eficaz que asegure la comparecencia de los testigos y la presentación de documentos. En todo juicio en que esté implicado el Estado o una autoridad pública, se debe velar por que el Estado no obstaculice o impida la presentación de los documentos u otras pruebas relevantes, a menos que el tribunal llegue a la conclusión que ello sería causa de grave perjuicio para la seguridad del Estado o la administración imparcial de justicia.

9. Garantías contra la legislación retroactiva

Se debería asegurar, por medio de garantías constitucionales o legales, que los derechos del individuo no puedan verse nunca perjudicados por la aplicación de legislación o normas con carácter retroactivo.

10. Cosa Juzgada

Es importante asegurar en toda circunstancia la norma contenida en el principio *non bis in idem*.

Segunda Parte:

Decisiones Administrativas

11. Legalidad de los Actos Administrativos

Las autoridades públicas sólo pueden tomar decisiones en base a la legislación existente, respetando siempre los fines perseguidos por las disposiciones jurídicas concretas que toman por base.

12. Consulta previa

En el caso de que una orden administrativa afecte en último término los derechos o intereses de individuos, la autoridad pública en cuestión debe consultar con las organizaciones o grupos interesados en la medida contemplada, y dar a los individuos afectados oportunidad razonable para exponer sus argumentos.

13. *Motivación de las órdenes*

Al expedir una orden administrativa que afecte o pueda afectar los derechos individuales, se deben exponer íntegramente las razones que la motivan.

14. *El concepto de responsabilidad del Estado*

El Estado debe ser responsable de todo daño derivado de la negligencia o de los errores cometidos por sus órganos. Conforme al concepto de responsabilidad del Estado, éste debe también responder, en principio, de los daños que resulten de su acción, cuando ella impone a un individuo una carga desmesurada en comparación con el resto de la sociedad, en especial en caso de que su capacidad para ganarse la vida, sus derechos familiares o su derecho a la propiedad resultaren perjudicados.

15. *Requisitos mínimos a observar en los actos casi-judiciales*

Exceptuando los períodos de verdadera urgencia pública, en que un organismo ejecutivo o administrativo tiene poder discrecional para expedir órdenes que equivalen a un mandato judicial con relación a los derechos o intereses de los individuos, se deben observar los siguientes requisitos:

- (a) Las partes interesadas deben ser adecuadamente notificadas sobre las medidas que se contemplan y las razones en que ellas se basan.
- (b) Las partes interesadas deben tener oportunidad apropiada para preparar su caso, incluso el derecho de acceso a toda documentación relevante.
- (c) Se concederá a las partes interesadas el derecho a ser oídas, a presentar pruebas y a rebatir los argumentos y la prueba de la parte opuesta.
- (d) Las partes interesadas deben tener derecho a ser representadas por abogado o por cualquier otra persona capacitada para hacerlo.
- (e) Se procederá a notificar a las partes interesadas sin demora indebida las decisiones adoptadas y las razones en que ellas se fundamentan.

Tercera Parte:

La Protección Extrajudicial

16. *Protección administrativa*

Se deberá propiciar el establecimiento de recursos extrajudiciales sencillos y poco costosos, dentro de la propia admi-

nistración, para corregir los errores o abusos administrativos. Todo recurso extrajudicial de este tipo deberá poder ser insertado en los sistemas jurídico y político en vigor.

17. *El Ombudsman*

La institución del Ombudsman, que hoy funciona en Dinamarca, Finlandia, Guayana, Inglaterra, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia y Tanzania, ha demostrado tener considerable valor tanto como tutela de los derechos del individuo como para el logro de una administración más eficaz. La creación de una institución de este tipo o de naturaleza similar podría ser un complemento de positiva importancia para el sistema de garantía judicial existente en toda jurisdicción, y en particular en los países donde no rige un sistema establecido de tribunales administrativos.

Cuarta Parte:

Periodos de Excepción

18. *Restricciones a la implantación de poderes especiales en periodos de emergencia*

Las restricciones que se apliquen a la toma y ejercicio de poderes de emergencia en cada Estado deben ser las mínimas establecidas por la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Cada Estado debería tomar las medidas necesarias para que al menos estas restricciones mínimas estuvieran incorporadas al texto de su ley fundamental.

19. *El Control Judicial*

Debería establecerse un sistema de control judicial sobre la toma y ejercicio de poderes de emergencia por parte del Ejecutivo, con vistas a

- (a) determinar si efectivamente se han dado las circunstancias y cumplido las condiciones bajo las cuales se pueden ejercer los poderes extraordinarios;
- (b) poner un límite a la medida en que dichas facultades pueden ser ejercidas en detrimento de los derechos fundamentales de los individuos; y
- (c) otorgar a los tribunales jurisdicción supervisora para garantizar que los poderes de emergencia sólo sean utilizados para los fines específicos con miras a los cuales fueran otorgados, y que no se excedan sus límites. Los tribunales deberían tener potestad de otorgar repara-

ción efectiva en los casos en que se haya incurrido en mal uso o abuso de los poderes extraordinarios.

20. *Confirmación por el Poder Legislativo*

Toda vez que se autorice al Poder Ejecutivo a declarar el estado de emergencia, dicha declaración debe ser obligatoriamente trasladada al Poder Legislativo, para que éste la confirme en el más breve plazo. El Poder Legislativo debe conservar su control en cuanto a la duración de los períodos de emergencia, que sólo se deben ampliar por plazos limitados y a condición que la misma Legislatura estime que la extensión es efectivamente necesaria.

21. *Fiscalización Periódica por el Poder Legislativo*

Se debe imponer al Ejecutivo la obligación de someter periódicamente su programa y procedimientos a fiscalización legislativa mientras dure el período de emergencia.

22. *Garantías contra el mantenimiento de confinamientos arbitrarios*

En los períodos de emergencia pública, la legislación que autoriza la detención preventiva debe acordar al individuo garantías contra el mantenimiento de detenciones arbitrarias, exigiendo en cada caso un examen y decisión rápidos sobre la necesidad y justificación de la detención. Tal decisión debería estar siempre sujeta a revisión judicial.

RECOMENDACIONES GENERALES

La labor principal de la Conferencia fue la determinación de los elementos jurídicos específicos necesarios para garantizar la protección del individuo, elementos que se encuentran enunciados en las Conclusiones de la Conferencia. Consciente sin embargo de la dificultad de garantizar la protección adecuada de los derechos humanos exclusivamente mediante recursos jurídicos internos, y convencida de que es requisito previo esencial para la protección efectiva de los derechos humanos que exista una estructura política, social y económica adecuada, la Conferencia hace las Recomendaciones Generales siguientes:

1. *Derechos Económicos y Sociales*

Un requisito esencial es el establecimiento y la observancia de normas que reconozcan y promuevan no sólo los derechos políticos del individuo, sino también sus derechos económicos, sociales y culturales y su seguridad, de conformidad con la Carta Social Europea de 1961 y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

2. *La opinión pública*

Otra condición esencial es la existencia de una sociedad compuesta de ciudadanos conscientes de sus derechos, resueltos en el apoyo de las instituciones que tienen por fin salvaguardar los mismos y que estén vigilantes ante la erosión del derecho de recibir y difundir información, la libertad de expresión, de reunión y petición y todos los demás derechos civiles y políticos en general.

3. *Educación*

De lo anterior se deduce que debe haber un programa adecuado de formación sobre derechos humanos, que haga pleno uso de todos los recursos modernos de comunicación, tales como la radio, la televisión, el cine, los periódicos y publicaciones. Además, los derechos humanos deben ocupar un lugar de importancia en los programas escolares y en la formación de funcionarios públicos.

4. *Una prensa libre*

Es requisito esencial para asegurar que el público adquiera plena conciencia de sus derechos y mantenga vivo su interés por los problemas de derechos humanos la existencia de una prensa libre, que no sólo sea verdaderamente representativa de las diferentes tendencias de la opinión pública, sino que igualmente proporcione un medio para la expresión de puntos de vista diferentes y de reclamaciones individuales o generales.

5. *Elecciones*

La base de la autoridad del gobierno debe fundarse sobre un sistema de elecciones genuinas y periódicas, por sufragio universal e igual y voto secreto.

6. *Revisión periódica*

Para garantizar que las leyes se conformen a lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, debería existir un sistema de revisión periódica de la legislación. El Poder Legislativo debería facultar a un organismo competente para examinar la legislación vigente y formular las recomendaciones del caso destinadas a asegurar en forma más eficaz los derechos del individuo y su protección.

7. *Instituciones asesoras*

Los organismos tutelares del Estado se verían complementados por la anexión de una o varias instituciones encargadas de examinar las causas de las violaciones de los dife-

rentes derechos individuales y emitir recomendaciones sobre las medidas de carácter legislativo o administrativo adecuadas para impedir la comisión de estas infracciones por parte de los funcionarios del Estado o de otras personas.

8. Conclusiones anteriores

Los derechos individuales que deben ser protegidos se encuentran enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Convenciones internacionales relevantes; han sido definidos en diversas ocasiones anteriormente por los Congresos y Conferencias de la Comisión Internacional de Juristas, en particular por el Congreso de Nueva Delhi (1959), la Conferencia de Lagos (1961), el Congreso de Río de Janeiro (1962), la Conferencia de Bangkok (1965) y el Coloquio de Ceilán sobre el Imperio del Derecho (1966). Por consiguiente, la presente Conferencia no ha considerado necesario definirlos una vez más.

A la luz de la evolución presente, la Conferencia considera que es conveniente poner de relieve la importancia de otras dos Conferencias celebradas por la Comisión Internacional de Juristas, dedicadas cada una al análisis en profundidad de un derecho específico. Fueron éstas la Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad (1967) y la Conferencia de Bangalore sobre Libertad de Circulación (1968). La Conferencia desea igualmente hacer resaltar las Conclusiones del Seminario de las Naciones Unidas que tuvo lugar en Kingston, Jamaica, en 1966, sobre "Aplicación efectiva de los derechos civiles y políticos a nivel nacional", y otros seminarios recientes convocados por las Naciones Unidas para debatir problemas de derechos humanos.

9. Jurisdicción Internacional

Si bien la protección máxima del individuo se garantiza a nivel nacional, es evidente que debe existir también una supervisión judicial y de otra naturaleza, a nivel internacional. Con vistas al pleno cumplimiento de las disposiciones de la Declaración Universal, se debe fomentar la conclusión de convenios y acuerdos regionales. Dichos instrumentos podrían prever un sistema de aplicación efectiva similar al que establece la Convención Europea de Derechos Humanos. Se debe igualmente considerar el establecimiento en el marco mismo de las Naciones Unidas de una Corte Universal de Derechos Humanos, que podría actual como suprema instancia de apelación en cuestiones relativas a derechos humanos. En todo caso, se considera fundamental en cual-

quier tipo de sistema internacional el derecho de petición individual. Se concederá igualmente debida consideración al establecimiento de una jurisdicción internacional con competencia para conocer los delitos de lesa humanidad.

El Comisionado para Derechos Humanos de las Naciones Unidas

La adopción final de la propuesta que se encuentra hoy ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre establecimiento del cargo de Alto Comisionado de las N. U. para Derechos Humanos, dotado de un estatuto independiente, merece ser plenamente respaldada.

Ratificación

Por último, la Conferencia se dirige a todos los países y los insta a

- (a) adherir a los principios contenidos en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (inclusive el Artículo 25 y los que se refieren a la competencia de la Corte), y a los principios contenidos en la Carta Social Europea;
- (b) firmar y ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (comprendiendo el Protocolo Facultativo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial;
- (c) adoptar con carácter de urgencia las medidas necesarias, legislativas o de otro tipo, para garantizar la existencia efectiva dentro de sus estructuras jurídicas y administrativas de los elementos básicos necesarios para la protección del individuo.

LIBROS Y REVISTAS

"La pena de muerte". JACQUES CHARPENTIER y ALBERT NAUD. Editorial Pomaire, Barcelona, edición 1967, 160 páginas.

La Editorial Pomaire, de Barcelona, publicó en 1967 un pequeño volumen doblemente titulado: "A favor de la Pena de Muerte" en la tapa y "en contra de la Pena de Muerte" en la contratapa, en el cual se condensan las opiniones de dos juristas franceses sobre este debatido y nunca acabado tema.

El Decano Jacques Charpentier tiene a su cargo la defensa de la mencionada sanción y nos da una visión inmejorable del contenido de su pensamiento a través de su escrito. Por su parte el abogado Albert Naud es quien rechaza la necesidad de esta medida extrema con considerandos de notable valla.

Sin embargo y a pesar de las opiniones disidentes encontramos en cada una de ellas una razón o un motivo ya sea en pro o en contra y ahí radica el acierto de esta obra. Chocan los conceptos tradicionales en materia penal sin que surja una definición plena y absoluta al respecto.

A favor de la Pena de Muerte:

Los conceptos radicales de J. Charpentier pueden ser rebatidos en algunos de sus considerandos por la debilidad que conllevan en

su desarrollo, no menos cabe pensar cuando nos dice:

"El argumento que se desprende del carácter irreversible de la pena de muerte, no tiene hoy por hoy aplicación práctica. Pero ha sido siempre, incluso cuando podía hacer ilusión, un falso argumento, una apariencia engañosa. ¿Por qué? Porque no se debe juzgar una institución por los accidentes o fallos que de vez en cuando impiden su buen funcionamiento. Porque a veces se pierdan cartas, no hay que suprimir el correo. Para apreciar equitativamente un servicio o una disposición legislativa hay que considerarlos en su ejercicio normal".

No obstante argumentos de esta naturaleza existe un verdadero análisis lógico jurídico por parte de Charpentier, no solo de la pena de muerte, sino que abarca todo el derecho positivo repressivo:

"Cualquier contacto con la justicia repressiva tiende a causar un daño irreparable. Desde este punto de vista la pena de muerte no se distingue de las demás. Si se tuviera que suprimir la pena cada vez que hay un posible error, no tendríamos más que enviar a pique al Código Penal".

El desarrollo del tema se ve acompañado de un inmejorable estilo donde alternan juristas y filósofos, las opiniones cubren una

gama muy amplia de posiciones adoptadas y responsables.

Bajo el subtítulo: "¿Todos los criminales pueden ser reeducados?" se evidencia lo que dijimos al mencionarse el criterio sustentado por Camus:

"Sabemos bastante para decir que tal criminal merece trabajos forzados a perpetuidad. Pero no sabemos bastante para decretar que se le prive de su propio porvenir, es decir, a nuestra común oportunidad de reparación." (Camus).

Charpentier agrega a continuación:

"Sin embargo la medicina admite que hay enfermos incurables. Y también la justicia cuando condena al criminal a trabajos forzados a perpetuidad. Esta condena significa que hasta el fin de sus días constituirá un peligro social y conviene ponerlo definitivamente aparte para que no dañe a nadie.

Esto lo admiten sin dificultad los partidarios de la abolición, pero creen en la posibilidad de un milagro que transforme al miserable en santo".

Sin duda es esta una célica crítica destinada a la hipocresía social que admite ciertos tópicos degradados para así cubrir con un falso manto de piedad con sus conciencias vacilantes.

Recordemos que Rafael Gerónimo suministró conceptos a favor de la pena de muerte alejándolo de la supuesta benevolencia que pareciera caracterizar a las doctrinas positivistas.

Existe un dejo de amargura cínica en muchos párrafos lo cual no disminuye el interés sobre este

alegato a favor de la aplicación de la pena de muerte:

"Hay que elegir entre dos riesgos: el que falle un milagro o el de dar vía libre a nuevas fechorías..."

"Algunos de ellos han fundado una ciencia, la victimología, cuyo objeto es demostrar que el autor responsable del crimen es la víctima. Esperemos que se le condene cuando haya conseguido escapar del asesino."

Charpentier es, sin lugar a dudas, un irreconciliable defensor de la justicia retributiva. Su filosofía no excede el marco de lo común, de lo normal, en última instancia, de lo humano:

"El el Dr. Petiot, que atraía a los israelitas bajo pretexto de hacerles pasar la frontera y los sumergía en ácido sulfúrico después de delastrarles de su dinero, ha pasado malas noches, las tuvo bien ganadas. Se me acusará de tener el corazón de piedra. No puedo remediarlo. Soy incapaz de derramar lágrimas sobre las pesadillas de M. Landré".

En contra de la pena de muerte:

El abogado Albert Naud nos sorprende un tanto al iniciar la réplica formal contra los no-abolicionistas con un cuento de corte romántico exento del análisis jurídico esperado.

Sin embargo "Febes" —es el nombre del cuento— constituye la esencia de dicha réplica. "Febes" es un perro condenado a muerte por matar otros animales y, a raíz de esa muerte, nos dice el autor:

"Así es como en 1916 murió Febes por haber matado patos y pollos, y

si he contado su historia es para subrayar que en la actualidad ningún pueblo de Francia se atrevería, sin que se elevara una voz de protesta, sin que incluso la prensa, la radio o la televisión se hicieran eco de este hecho, a condenar a muerte a un perro y a ordenar su ejecución.

Así es como se colgaba o se quemaba vivos a los animales en la edad media.

La ley de Moisés fue, en efecto, la de Francia medieval que hacía comparecer ante los tribunales de derecho común a los animales acusados de homicidio. La horca, para un cuadrúpedo, era un suplicio más espantoso, si cabe, que el del hombre, en razón de la distinta morfología y de la resistencia relativamente mayor del animal.

Hitler, que sabía muy bien de estas cosas, decidió que los generales conspiradores del 20 de Julio de 1944 fueran colgados no con una cuerda, sino con un hilo de hierro, cuyo nudo corredizo resbalaba mal, para que las rupturas de las vértebras cervicales se produjeran lentamente y los condenados conocieran mil muertes antes que la verdadera. Un cerdo colgado lucha contra la muerte más de una hora.

¿Por qué se ha renunciado a condenar a muerte y a ejecutar a los animales? Porque una nación moral ha transformado la ley penal. La ley del Talión, la ley feroz de la automática reciprocidad, ha sido barrida de la ley de los hombres civilizados. La culpabilidad ha dejado de ser un estado de hecho, un estado flagrante, para convertirse en el resultado de una liberación interior, en resumen:

un estado de conciencia. Sólo es culpable aquel cuya voluntad fuera libre y su razón intacta. Evidentemente no es cuestión de retener a un animal en los lazos de una culpabilidad cualquiera, desde el momento en que el hombre se proclama único ser pensante y racenable...

La regla "Ojo por ojo, diente por diente" no tiene más defensores que algunos imbéciles que se empeñan, sin crear demasiado en ello, en una concepción de la represión tan inusitada como bárbara".

Pero el principal argumento contra el mantenimiento de una sanción tan grave radica en que es inmoral, tan inmoral como el crimen que la origina. Naud nos señala que el crimen debe ser el condenado a la pena de muerte pero no el criminal. Su crítica va no sólo contra el proceso judicial sino que ausculta un elemento que raya en el campo de la inmoralidad absoluta cuando nos habla de la sucesión de uno de los verdugos de Francia:

"El 19 de Octubre de 1951, Desfourneaux, el penúltimo verdugo, dejó plantado, a su muerte, el problema de su sucesión. No faltaron los candidatos. Se presentaron ciento cincuenta. Es cierto que para el que no teme realizar, bastante raramente además, esta espantosa carnicería, "La plaza" no es mala, un bonito nombre que no se atreve a catarar públicamente pero que suena bien en la intimidad: "Monsieur de Paris", un trato conveniente y gastos reembolsables, muy tediosos, que sobrepasan los salarios mil francos, exen-

dón de impuestos, tiempo libre hasta no saber en que emplearlo como no sea ocuparlo en sus intereses privados, emociones fuertes si se es aficionado a ellas, he aquí con que tentan a ciento cincuenta individuos a los que no gustaría ver expuestos en la feria del breno para saber que cara pondría la gente, en presencia de las suyas."

La pena de muerte es inhumana, injusta e inútil. Naud invoca el razonamiento de Guizot respecto a las penas y dice que lo que no es útil no es necesario. Para probar la inutilidad compara las estadísticas llevadas a cabo por Thorsen Sellin, eminente criminólogo norteamericano, quien realizó un estudio en dos estados de la Unión y obtuvo la siguiente conclusión:

"Las curvas de criminalidad, escritas (T. S.), son muy parecidas en los estados que han abolido la pena de muerte y en los que la han mantenido. La comparación es tanto más interesante en cuanto todos tienen el mismo clima, las mismas ocupaciones e idéntico número de población".

Los argumentos brindados no son más que una síntesis de los muchos expuestos por los Dcos. Naud y Charpentier. Su lectura es recomendable porque crea una valiosa duda en nuestras mentes que nos permite analizar una vez más nuestros conceptos y posiciones adoptadas en favor o en contra de la pena capital.

ROSAURO CARLOS FRANCOS

"El Proceso Constitucional de 1815 a 1818" por Ricardo Zorraquín Becú (publicado en el N° 17 de la Revista del Instituto de

Historia del Derecho "Ricardo Levene").

En seis partes divide el autor este trabajo destinado al análisis del proceso que —iniciado con el Estatuto de 1815— culmina con la Constitución de 1818. Pasará a referirse a cada una de ellas:

1. El Estatuto Provisional de 1815

Comienza con una referencia al grupo político responsable de la disolución de la Asamblea y del Directorio presidida por Alvear. Nucleado en torno al Cabildo de Buenos Aires, a punto que era dirigido por el alcalde de primer voto Francisco Antonio de Escalada, congregaba a la mayoría de los vecinos caracterizados de la ciudad. De origen político diverso (antiguos saavedristas, partidarios de la fracción sanmartiniana de la Logia Lautaro e incluso algunos carentes de actuación política notoria) eran más moderados que "los Ilustrados" a quienes desplazaron, aunque coincidían con ellos en su acentuado portefolismo.

La preocupación fundamental del grupo era limitar el poder del Ejecutivo, y a tal idea responde la creación de la Junta de Observación encargada de la redacción de un Estatuto Provisional. Como dice Zorraquín Becú "no le bastaba (al grupo) haber elegido al Director y en cierto modo dirigir su acción: era necesario además sancionar las normas legales que le sujetaran a una fiscalización que daría el poder electivo al órgano de control".

Luego de una somera enunciación de las diferentes partes del

Estatuto de mayo de 1815 el autor concluye señalando su ineficacia, consecuencia directa del rígido sistema que imponía y de la excesiva limitación del Ejecutivo.

II. Las reformas proyectadas en 1816

Aquí se refiere a las diversas alternativas políticas que tienen lugar hasta la reunión del Congreso de 1816, caracterizadas por el reemplazo de Alvarez Thomas por González Balcarce y la posterior caída de éste. En el fondo, como ya se ha señalado, el problema era el conflicto de poder entre el Director y la Junta de Observación, a raíz de las desmedidas facultades de control político de que esta estaba investida. El Congreso de Tucumán zanja uno de los motivos de disidencia al facultar al director supremo "para que, libre de las trabas a que lo sujeta el Estatuto provisorio, pueda por sí mismo deliberar y expedirse con la rapidez que demanda la inminencia del peligro". Sin perjuicio de esto, el Congreso se ocupa también de la reforma del Estatuto, que queda definitivamente sancionada el 22 de noviembre de 1816. La misma reproducía muchas de las disposiciones del Estatuto de 1815 y si bien otorgaba facultades más amplias al Ejecutivo, las subordinaba a requisitos y consultas. Esto determinó su fracaso, y si en los hechos los conflictos se superaron fue debido a que la autoridad del nuevo Director Pueyrredón se impuso a los demás organismos. De todo el proceso, afirma Zorraquín Becó, debería haber surgido una enseñanza: las normas constitu-

cionales tenían que adaptarse a la realidad y necesidades nacionales y no ser meramente obras teóricas inspiradas en ensayos foráneos. Pero, faltaba mucho para la época del realismo.

III. Las proyectos monárquicos

Todas esas reformas no eran sino un anticipo de la constitución que el Congreso reunido en Tucumán debía sancionar. Lógicamente dictar un código político de ese tipo supuso como paso previo la necesaria opción entre monarquía y república, por un lado, y entre centralismo y federación por el otro. El debate acerca de la forma de gobierno fue el más importante de 1816; la forma del Estado nunca —a pesar de la realidad del país— fue abiertamente considerada. A continuación, el autor en la parte —a mi juicio— más lograda del trabajo reseña las diversas posiciones partiendo de la única base lógica para comprenderlas y valorarlas: la situación política en Europa y su reflejo en el Río de la Plata. Ahora bien, el problema de la forma de gobierno no era simplemente una discusión académica. Sin embargo, dice Zorraquín Becó, "los miembros del Congreso, aunque conocían perfectamente el estado de la opinión pública y la fuerza física y moral que las impulsaba hacia la república y la federación, no se dejaron guiar por esas manifestaciones auténticas de voluntad nacional. Creyeron que podían imponer soluciones que surgieran únicamente de las leyes. Creyeron también que el problema debía resolverse contemplando con preferencia la situación exterior y

no las corrientes teóricas del país. Y creyeron, por último, que esa sujeción a los criterios europeos podía significar el apoyo necesario para lograr el triunfo de la revolución". Esto parece ser una constante en la vida política del país.

IV. El Reglamento de 1817.

Trasladado el Congreso a Buenos Aires el problema constitucional no recibió un tratamiento inmediato; más aún, quien lo propuso —Antonio Sáenz— lo hizo para evitar la sanción de una constitución definitiva, vista la situación del país y la relativa representatividad del cuerpo.

Sin embargo, tras largo debate, el 11 de agosto de 1817 se decidió que debía proyectarse una constitución, nombrándose una comisión para prepararla. Simultáneamente Pueyrredón hizo llegar sus objeciones al Estatuto provisorio, que fueron sucesivamente consideradas. Para coordinar las resoluciones se nombra a Rosdo y, a su vez, para revisar la obra de éste a una comisión formada por Zavaleta, Zuidiñez y Gallo. Finalmente el 3 de diciembre queda sancionado el Reglamento Provisorio.

En líneas generales no difería mayormente de los anteriores, salvo cierto acrecentamiento en las atribuciones del Ejecutivo y de organizar mejor lo referente a las fuerzas armadas. Al igual que aquellos era excesivamente reglamentarista, llegando en algunos casos —dice Zorraquín Becú— a incluir disposiciones que ni siquiera merecían formar parte de una ley ordinaria. Subsistía también el deseo de trazar las facultades del Direc-

tor Supremo al imponerle el acuerdo de otros organismos, lo cual es objeto de crítica por parte del autor de este estudio al sostener acertadamente que vistos los tiempos de lucha, una mayor discrecionalidad en la acción ejecutiva no hubiera conducido a la dictadura sino al adelgazamiento de la autoridad.

Esta parte finaliza con la comparación que se hace de los 4 textos: el de 1815, las dos reformas de 1816 y el reglamento de 1817.

La conclusión que surge de todo este proceso la señala al pasar el mismo Zorraquín: "una constitución no es un conjunto de reglas puramente teóricas que basta sancionar, para que el mecanismo político funcione con absoluta precisión. Bien lo sabían los autores de todos estos proyectos, que contemplaban la inutilidad de sus esfuerzos para someter a normas rígidas una realidad social que no podían controlar".

V. La estructura real del país.

Una serie de interrogantes precede esta parte del estudio: ¿cuál era la verdadera constitución de estas provincias? ¿cuál era su realidad institucional? Y ante todo ¿existía realmente una nación?, ¿se había formado un verdadero estado durante los años transcurridos desde 1810?

La respuesta surge evidente: el Congreso había declarado la independencia de un país sin territorio fijo, sin gobierno efectivo, sin administración regular y sin fuerza para imponer sus decisiones. ¿Cómo organizarlo? El Estatuto de 1815 no había sido aceptado más que por Buenos Aires y el Regla-

mento de 1817 tuvo vigencia nacional, pero dentro de un clima de tensión que impidió el afianzamiento de un régimen jurídico.

Frente a todos estos aspectos de la realidad política Zorraquín Becú concluye que las Provincias Unidas estaban en una situación "pre-constitucional", tratando de llegar a una integración geográfica y a un ordenamiento político y señala las dos causas determinantes del fracaso del grupo político encargado de llevar adelante el proceso: a) demasiada rigidez al no querer transar con la situación interna que se les oponía; b) dar prioridad a las luchas emancipatorias frente a los graves problemas del Litoral.

VI. La Constitución de 1819.

La última parte está dedicada a la obra jurídica que constituye la culminación de esta etapa de la vida argentina: la constitución de 1819. Esta, a diferencia del Reglamento de 1817 y de los Estatutos anteriores, dio normas de contenido más amplio y general. Las normas constitucionales, sostiene Zorraquín, eran sobrias y concisas, su lenguaje claro y su contenido excepcionalmente sintético. Indudablemente, los congresistas trataron de evitar reglamentar aspectos que fueran objeto de debate o crítica. Del análisis de sus disposiciones surge claramente el propósito de formar un gobierno de tendencias aristocráticas (ej. la constitución del Senado). Zorraquín Becú lo justifica diciendo que "esa pretensión de imponer un régimen aun en contra de la opinión mayoritaria era característica del racionalismo en boga, heredad de la

filosofía iluminista". La batalla de Cepeda sería la respuesta de la realidad nacional que estos "grupos superiores" se obtinieron siempre en ignorar. Luego de citar diversas y dispares opiniones acerca de las bondades del cuerpo legal en cuestión, el autor expone sus conclusiones.

A su juicio, el elogio tedeico hecho al sistema de 1819 (González, López, Groussac) no resiste un análisis minucioso de sus disposiciones, que difícilmente habrían podido funcionar sin contar con la aceptación general. Pero, a su vez, también discrepa con quienes la consideran causa determinante de la nueva guerra civil (Mitre, Ravignani). Sin dejar de reconocer que "fue un gran error ignorar la existencia de una poderosa corriente federalista que, evidentemente, no iba a aceptar una constitución centralista y de tendencias aristocráticas" afirma que "desde el punto de vista de Artigas y sus subordinados (la constitución) no agravaba la situación creada por el Reglamento de 1817".

CONCLUSION:

Se trata de un trabajo indudablemente logrado. Independientemente de coincidir o no con las conclusiones de su autor, no se puede dejar de reconocer su acierto al considerar a todo este proceso como una unidad, y —sobre todo— de valorarlo en consideración a las circunstancias de momento en la política nacional e internacional. Quizás se le pueda achacar la falta de una mayor profundidad en el tratamiento de alguno de los pun-

tos, pero el carácter breve del estudio contribuye sobremanera a disimular dicha falta. En suma, se trata de una colaboración coherente y orgánica al análisis de una etapa de la vida argentina no siempre bien comprendida.

CARLOS LUIS GARCÍA

HANS KELSEN, *On the Pure Theory of Law*, *Israel Law Review* Vol. 1 N° 1, págs. 1/7.

El artículo que comentamos es una lúcida síntesis expuesta por el propio autor de una de las teorías jusfilosóficas de mayor trascendencia en nuestro siglo.

En muy pocas páginas, con una claridad y una concentración que evidentemente sólo puede lograr su propio creador el viejo Maestro reúne las principales ideas y los aportes más significativos que ha representado para la teoría general del derecho la formulación de la "Reine Rechtslehre" y sus sucesivas depuraciones a través de más de treinta años de elaboración.

El breve artículo no trae innovaciones con relación a la última y como ya dijéramos posiblemente definitiva versión de la "Teoría Pura" publicada en Viena en 1962 (véase nota bibliográfica en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1962 III) pero constituye sin lugar a dudas un utilísimo resumen para quien desconociera aún las ideas del autor y las principales líneas de su pensamiento. Al mismo tiempo advierte contra las críticas que injustamente, según Kelsen, se han dirigido a diversos aspectos de su obra. Por otra parte puede servir

también para incitar a una mayor profundización mediante la lectura de sus diversos libros y trabajos a quienes con este opúsculo se ponen en contacto con Kelsen.

Por esto pensamos que podría ser conveniente una traducción a nuestro idioma del artículo comentado.

Introducción al Derecho, por ANTON LATORRE. Ediciones Ariel. Barcelona, 1968, 227 págs.

He aquí un excelente libro introducido a las disciplinas jurídicas. Con lenguaje llano y claro el profesor Latorre, de la Universidad de Barcelona, proporciona a quienes han de iniciarse en el estudio del Derecho, o a quienes simplemente se interesen accesorariamente en él una orientación general sobre algunas de los más importantes temas de interés para el jurista.

Es frecuente que obras de este tipo sean, o bien exposiciones de tipo filosófico de un vuelo demasiado alto para el estado de preparación del alumno para el cual se las destina o, en otros casos, un catálogo de definiciones de diversos autores, textos legales y citas jurisprudenciales que solamente logra atiborrar al adocando con una indigerible cantidad de datos y nombres que nada le dicen.

En tales casos no cumplen la indudable función propedéutica al estudio dogmático de las materias jurídicas, en que, indudablemente deberían centrarse el desarrollo de sus temas.

No es esto lo que sucede con el texto que comentamos.

El autor, partiendo de una posición justificadísima absolutamente moderna y actual, como es la de un positivismo lógico moderado, y sin descuidar por ello una orientación de base sociológica, defienda una postura humanística y liberal que sólo puede reportar provecho a la formación ideológica de la juventud actual en nuestro medio.

Desarrolla el contenido del libro en dos partes: 1ª) El derecho que comprende los siguientes subtemas a) qué es el derecho b) los fines del derecho, c) las fuentes del derecho d) la aplicación del derecho. 2ª) La ciencia del derecho que incluye: a) el problema de la ciencia del derecho, b) objeto y métodos de la ciencia jurídica, c) las ramas del derecho.

Si bien estos tópicos no abarcan íntegramente el actual programa unificado de las cátedras de la materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad, el libro del profesor Latorre estudia en forma amplia los puntos más importantes de la materia y provee de una visión panorámica de ellos no solo desde un punto de vista expositivo sino también en ciertos aspectos es crítico y formativo, no solamente de la mentalidad científica sino de los ideales que debe alentar un jurista en ciernes.

Es particularmente encomiable la parte dedicada al estudio del problema, objeto y métodos de la ciencia del Derecho. Son pocas las obras que con tanta economía de lenguaje expongan estos puntos con tal lucidez y precisión. Ello demuestra el gran estudio realizado

por el autor, pues como él mismo lo dice "las obras de iniciación exigen aún mayor rigor intelectual que las escritas para juristas ya formados".

No se me escapa que existan algunos errores expositivos y una que otra afirmación discutible, pero ninguna obra humana es perfecta.

Creo que en un medio tan hufánago de obras autóctonas de calibre en "Introducción al Derecho" un trabajo escrito en nuestra propia lengua y basado en tradiciones y lineamientos jurídicos que nos son muy afines puede ser de suma utilidad para el estudiante. A ello contribuye también (porque es conocida la limitación de fondos de los estudiantes) la economía de la edición, que contrasta favorablemente con la de otros libros provenientes de España.

EMERSON GÓMEZ

Profesor Adjunto (*) de
Introducción al Derecho

GALBRAITH, JOHN KENNETH: "La Sociedad Opulenta" ("The Affluent Society" - trad. Grau Petit, Carlos) Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, 346 págs.

Quizá resulte extraño que hoy comentemos un libro que no es nuevo. Sin embargo, más extraño resulta que a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación nadie nos haya llamado la atención sobre él desde estas columnas. Extraña también que a pesar de ser varias las materias de tipo económico que debemos atravesar en

el curso de la carrera, nunca se nos haya recomendado a Galbraith.

Galbraith es un escritor claro y agudo. Si bien para la comprensión de todas las partes de la obra se requiere un mínimo de conocimientos económicos, la lectura es fácil y sencilla, casi como una novela. No inventa palabras cuyo significado sólo él conoce, no construye frases que haya que descifrar con ayuda de una computadora electrónica o una medium. Escribe para cualquiera que tenga interés: no creamos que eso sea un defecto.

Además, a cada paso da pruebas de ingenio, que amenizan la lectura de los temas habitualmente más aburridos. Hay abundancia (¿opulencia?) de esas frases que en otros autores llamaríamos "felices": pensamos que, separadas del contexto, podrían formar un pequeño volumen, regocijante y moduloso. De ellas transcribimos cuatro muestras: la primera la hemos extraído del prólogo (p. 17 y 18, que como es común en los autores norteamericanos está dedicado a los "agradecimientos"):

"La paternidad literaria, sea en el campo que sea, es una inmensa concesión que se hace al propio

conveniente y agradable. Por el contrario amenaza el prestigio y la posición de mucha gente importante. Y expone a muchos de nosotros a la catástrofe mucho mayor de tener que pensar. Nos enfrentamos aquí con el máximo de los intereses creados, el del intelecto". (p. 21).

"Una de las mejores formas de evitar tareas necesarias e incluso urgentes, es aparentar que se está laboriosamente ocupado en cosas que ya están hechas". (p. 21).

En este libro Galbraith se dedica a embestir contra la "habiduría convencional", es decir los lugares comunes aceptados y repetidos como verdades intocables de la ciencia económica; aunque es de señalar que sus consideraciones inevitablemente trascienden lo meramente económico para entrar en el campo de lo sociológico e aún lo filosófico. Como que desde el epígrafe ("El economista, como cualquier otra persona, debe preocuparse por los objetos últimos del hombre", Alfred Marshall) nos muestra su rechazo por lo que podríamos llamar una ciencia económica "pura".

"Los defectos de la ciencia económica —nos dice— no se encuen-

encontraron en los primeros capítulos [del libro] los errores comunes

Las que siguen, en cambio, se encuentran en las tres primeras páginas del libro:

"La riqueza no carece de ventajas, y la prueba en contrario, aun cuando no ha sido presentada en muchas ocasiones, nunca ha resultado ser completamente convincente" (p. 19).

"Pues nadie debe creer que el nadar en la abundancia sea cosa

en un anacronismo que no media. Es anacronismo se le dudado al convertir en agr que era conveniente" (p. 2 de allí en adelante se emp desconocer el carácter piero riox pilares de la teoría económica tradicional; des comete a cr nos hace dudar.

Se ocupa, p. ej., de objeto idea de que las necesidad

consumidor son espontáneas ("Su imperio sobrevive casi incólume en los manuales", p. 157). Nos expone el papel de la publicidad en la creación de "necesidades" y señala con certeza: "Los desembolsos que se realizan para la fabricación de un producto no son más importante, de acuerdo con la estrategia de la empresa comercial moderna, que los desembolsos que se efectúan para elaborar una demanda para ese producto" (p. 166). Cuando el producto no se conforma ya con actuar sobre la oferta en el mercado, sino que ahora invierte sumas fabulosas para influir sobre la demanda, "el libre juego de la oferta y la demanda" se nos presenta como un triste monólogo sin sentido. La producción ya no depende de la necesidades (como cuentan los manuales), sino que las necesidades dependen de la producción. Esto es lo que Galbraith denomina "efecto dependencia".

Expone también el funcionamiento del crédito de consumo, tan difundido en los E. U. A., como una respuesta del sistema para satisfacer su intrínseca necesidad de aumentar constantemente el consumo; y nos indica los peligros del endeudamiento y sus consecuencias en caso de una eventual recesión como factor multiplicador de la misma.

Pone también en la picota la eficacia de la política monetaria como instrumento anticíclico, e inclusive considera que sólo los pequeños productores en mercados de competencia sufrirán sus efectos restrictivos, ya que la gran empresa oligopolística tiene recursos para evitarlo.

Asimismo señala que la política fiscal no se usa suficientemente por que la cuestión siempre se diluye en el debate teórico entre "conservadores" y "liberales" sobre el asunto de la igualdad: la progresividad de los impuestos a las ventas, los impuestos al consumo, etc.

También nos llama la atención sobre lo que denomina "equilibrio social", equilibrio entre lo que la sociedad consume, especialmente entre los bienes y servicios privados (televisores, automóviles, revistas de historietas, etc.) y los que proporciona el Estado (escuelas, carreteras, limpieza de las calles, hospitales, policía, etc.). La actividad privada se ocupa de aquellos bienes y servicios que son susceptibles de venderse por un precio en el mercado; y proliferan. En cambio, los servicios que nadie puede comprar por sí y para sí exclusivamente, sino por toda la comunidad y para gozarlos conjuntamente, sólo pueden ser costeados por medio de exacciones (impuestos), con toda la resistencia que ellas importan; además de que no se hace publicidad para "fomentar" esas necesidades.

Otro de los mitos que ataca es el que declara que fue la poderosa industria norteamericana lo que ganó la 2ª Guerra Mundial. Considera que "disfrutamos de la ayuda de los aliados con unas industrias productivas mucho más pequeñas que las nuestras pero con una capacidad mucho mayor para dedicarse a fines militares" (p. 171), y que E. U. A. no sacrificó gran cosa de su consumo civil sino que la producción militar se reali-

al utilizando los recursos humanos disponibles a causa de la desocupación que entonces existía (p. 176). Concluye que es un peligroso sofisma afirmar que la potencia militar sea una función del producto económico.

En la parte final de la obra (cap. XX a XXV) sugiere nuevos objetivos; que en términos generales significan abandonar esa enorme e infundada sobreestimación de la producción per se (o sea: apreciar solamente la cantidad, sin tener en cuenta qué se produce ni los costos sociales) y comprender que es un prejuicio derivado de las condiciones económicas de otra época condenar el ocio como lo hacen las máximas puritanas.

"Los ingresos que el hombre obtiene de la producción de cosas intrascendentes —nos dice— son precisamente de gran trascendencia" (p. 274); puesto que es lo que le permite subsistir. Precisamente por ello es fundamental alcanzar el pleno empleo: para que todos puedan vivir. Entonces surge el "subsidio de paro forzoso", como un instrumento valiosísimo, que Galbraith analiza cuidadosamente. Piensa que no debe ser una suma fija, que si es baja de poco sirve, y si es alta habiendo pleno empleo sería un factor de presión inflacionaria. Propone un sistema de compensación que permitiría responder prontamente a la situación del momento, manteniendo bajo el monto del subsidio mientras haya pleno empleo y aumentarlo a medida que aumente la desocupación. Levándolo si fuera necesario, hasta niveles muy próximos a los salarios corrientes. Podría también

hacerse funcionar de manera selectiva geográficamente, o por ramos. De ese modo, al conservar el "poder adquisitivo" de los desocupados se protege a toda la comunidad de los peligros de una deflación, con su terrible secuela de gente sin trabajo (y por lo tanto: ¡sin ingresos!), fábricas que deben cerrar por falta de demanda, más desempleados, etc.

Otra tarea es restablecer el equilibrio social. Para ello habría que aumentar los ingresos públicos, aumentando los impuestos, pero el político liberal se ha hecho "cómplice de los conservadores en la conspiración para reducir los impuestos, fuese el que fuese el costo que se experimentase en el equilibrio social; y su insistencia en hacer de los impuestos un instrumento para alcanzar una mayor igualdad ha hecho muy difícil o imposible elevarlos" (p. 293). Eso debe cambiarse.

También debe recurrirse con más amplitud a los impuestos sobre las ventas (nuevo choque con la ortodoxia liberal y su concepción de los impuestos al consumo como antidemocráticos), de manera que se haga tributar a los bienes privados para proveer a servicios públicos, estatales y municipales en este caso, dados los textos constitucionales de E. U. A.

"El primer y más estratégico paso en la lucha contra la pobreza reside en procurar que no se perpetúe a sí misma" (p. 306 y 307), invirtiendo en educación de los hijos de los pobres una suma lo más cercana posible a la que se invierte en los demás.

La disminución de la jornada de

trabajo (y de la semana laboral también) es un reconocimiento tácito de la cada vez menor importancia marginal de los bienes producidos. "A lo largo de todo el ámbito de la historia del hombre, a pesar de que se ha empleado una ingente cantidad de educación, persuasión, adoctrinamiento y sor-tillegios, la gente común no se ha acabado nunca de convencer de que el trabajo es tan agradable como lo son sus otras alternativas. Por lo tanto es completamente racional dividir el aumento del bienestar en más bienes por una parte y más ocio por otra" (p. 311). Puede hacerse por otra parte, que el trabajo sea más fácil y agradable. O hacer que menos gente trabaje, ya que no necesitamos lo que producirían trabajando; pero ello

importa que la jubilación no debe significar una drástica disminución de sus ingresos y su nivel de vida, y que los jóvenes deben tener posibilidades de educación: "Si somos suficientemente opulentos como para prescindir del producto del trabajo infantil, es evidente también que somos suficientemente opulentos como para proporcionarles la educación que ocupa su puesto". (p. 314).

En resumen: recomendamos calurosamente el libro comentado; en especial los capítulos II "El concepto de la sabiduría convencional" (p. 25 a 36), XI "El efecto dependencia" (p. 153 a 160) y XVIII "La teoría del equilibrio social" (p. 241 a 256).

Franzís Fanzo Ussarow



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA IMPRENTA
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
EL 3 DE NOVIEMBRE DE 1959

