

lecciones



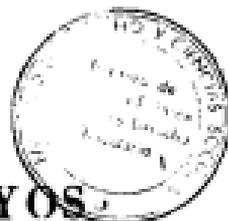
Y ENSAYOS

12

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1959





LECCIONES Y ENSAYOS

1959

N.º 12

ESTUDIOS

	Fig.
JULIO J. LOPEZ DEL CARRIL: <i>Resolución del estorpe</i>	7
MARIO JUNTO LOPEZ: <i>Derecho Político. Breve introducción a su estudio</i>	25
CLEMENTE A. DIAZ: <i>Validez de los actos procesales de una provincia en otra</i>	53

TEXTOS

ALFREDO COLMO: <i>El Código Civil en su cincuentenario</i>	59
--	----

NOTAS Y COMENTARIOS

WALTER JAKOB: <i>El derecho de minería alemana</i>	63
EDUARDO A. FIGRETTI: <i>El amparo de la propiedad minera</i> ..	65
OLGA MONREALYO: <i>La aparición del otro. Comentarios a la posición de Edmund Husserl y su recepción en Ortega y Gasset</i> ..	67
ALBERTO CIRLA: <i>La teoría de los intereses sociales en Roscoe Pound</i>	103
ALEJANDRO H. DABBINO: <i>Comentario y perspectiva de la obra de Tönnies "Comunidad y sociedad"</i>	113

ESCRITOS JUDICIALES

CARLOS ENRIQUE MOUTIER ALDAO: <i>Acta de demanda en el fuero laboral</i>	123
--	-----

UNIVERSITARIAS

LEONARDO JOSÉ AREAL: <i>La enseñanza del derecho en la Alemania actual</i>	129
HUMBERTO QUIROGA LAVIE: <i>Los Institutos de Investigación Estadística de egresados (años 1948-1958)</i>	147
<i>Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Guía anual 1959</i>	148

LIBROS Y REVISTAS

<i>Notas de Mario E. De Marco Nada, Pedro de Elizalde, Carlos A. Lagomarcino, José Menaest, Oscar H. Peña, Humberto Quiroga Lavie, Horacio J. Sanginetti y Leonardo Vivet</i>	151
---	-----

DECANO:

Doctor Francisco P. Lepiani

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES:

Doctor Ignacio Winicki

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Director: Leandro Vivet

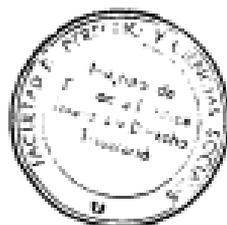
Subdirectora: Nelly M. Freyre Penabad.

Secretario de Redacción: José Menascó

Secretarios Adjuntos: Alejandro H. Dagnino y Edgardo Alberti

Redactores: Nora R. Chamoin, Fedillo Mejstrel, Héctor A. Malraí,

Carlos A. R. Lagomarcino y Marta Esther Angulo.



ESTUDIOS

SUCESION DEL CONYUGE

JULIO J. LOPEZ DEL CARRIL
Profesor Asociado de Derecho Civil V (*)

Reseña Histórica y Derecho Comparado

En el derecho primitivo, la condición de la mujer era casi servil y estaba considerada como un ser inferior. La concesión de derechos hereditarios a los esposos unidos por matrimonio válido y no divorciados, se verificó en Roma por la "Bonorum possessio unde vir et uxor", por la que llamó Ulpiano a falta de los unde liberi, unde legitimi y unde cognati. En razón del edicto, entonces, el marido sucedía a su esposa fallecida intestada y la mujer al marido, si no había sucesible de grados anteriores, llamado a la posesión de los bienes. Esta disposición, quedó contenida en el Digesto romano, que concedía derecho hereditario al cónyuge, en último término, a falta de otros parientes sucesibles.

Justiniano, por la novela 117 capítulo 5, reconoció a la viuda pobre e indotada, el derecho a recibir, aún en concurrencia con los parientes de su marido, una cuarta parte de la herencia llamada porción viril, cuando concurrían más de tres hijos. De este derecho, la viuda no podía ser privada, ni aún por testamento.

El emperador León extendió este beneficio al esposo y de allí pasó a las comarcas francesas de derecho escrito. En cambio en las comarcas del derecho consuetudinario, se estableció el principio de la conservación de los bienes en la propia familia, negando así, al cónyuge superviviente todo derecho hereditario cuando concurría con parientes legítimos de su consorte. Las costumbres de Normandía llegaron a preferir al Fisco como sucesor anterior al cónyuge. Las costumbres de París, Orleans, Bretagne, Anjou, Artois, confirieron a la esposa superviviente, un usufructo legal sobre los inmuebles propios del marido.

(*) El autor es asimismo profesor adjunto, por concurso, de Derecho Civil V y Consejero Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

En una etapa más próxima, hasta bastante adelantado el siglo XIX, la mujer guardaba su patrimonio íntegro, mediante el régimen dotal, y el marido debía entregarlo por sí o por sus herederos a la época de la disolución de la comunidad.

En el derecho español, se adoptó el sistema de la dote inalienable y de la porción conyugal limitada, quedando ésta convertida así en un exiguo derecho alimentario. Fuera de este supuesto, el cónyuge sólo heredaba por colocación en el décimo lugar de los sucesibles, es decir, era el penúltimo de la escala, sólo le seguía el Fisco.

La ley española de 1835, fue la primera que modificó fundamentalmente ese criterio: primero, invadían el derecho sucesorio los descendientes; luego los ascendientes; después los colaterales, hasta el cuarto grado; luego los hijos naturales; inmediatamente después el cónyuge; y, finalmente los colaterales de quinto grado, hasta llegar al décimo grado.

En el derecho francés, se revivieron las reglas del Digesto por el Código Napoleón de 1804, en sus artículos 767 y siguientes; el que dificultosamente y con lentitud fue objeto de variantes por leyes especiales, como la de 9 de marzo de 1891, 29 de abril de 1925 y 3 de diciembre de 1930, quedando la norma de la siguiente forma: "Si el difunto no ha dejado parientes de grado sucesible en una de las dos líneas, paterna o materna, la parte de la sucesión que debía ser atribuida a los parientes de la otra línea es devuelta al cónyuge contra el cual no exista juicio de separación de cuerpos pasado en autoridad de cosa juzgada". En realidad, se hace concurrir al cónyuge conjuntamente con los parientes más próximos, en el usufructo sobre una parte del acervo, ya sea la mitad o ya sea un cuarto, según los casos, y en este aspecto, no hay variante con respecto a la norma original del artículo 767; y se mantiene el derecho de propiedad del total, en el caso de inexistencia de parientes.

En el derecho italiano, el Código Civil de 1942 declara legítimos a los cónyuges; pero, por el artículo 540 la cuota parte hereditaria no consiste en este derecho de propiedad, sino en una reserva, a favor del cónyuge de los dos tercios del usufructo del patrimonio del otro cónyuge, cuya cuota de usufructo varía, según sea cada uno de los casos de concurrencia.

Claro que, en general, donde el derecho hereditario del cónyuge, se limita a un derecho usufructuario, y no existe entonces una vocación sucesoria plena, dominante y sucesoria, es porque nos encontramos con el funcionamiento de otra institución que, entre nosotros, sólo tiene un funcionamiento y desarrollo limitado: el régimen dotal. Efectivamente, en aquellas legislaciones, el régimen dotal es un privilegio y un sistema de protección a favor

de la mujer, de tal manera, que el marido está obligado a restituir esos bienes dotales, y encontrándose así protegida la mujer, se sostiene que, entonces, al no ligarle vínculo de sangre con su esposo, al no ser parientes con el mismo, y al funcionar el régimen dotal, se respetan dos principios: la protección a la mujer y la línea sucesoria por derecho de sangre.

En el derecho comparado el cónyuge tiene derecho hereditario propio: en el Código alemán (artículo 1931) en el Código Civil del Perú (artículo 760), pero, preterido por padres, ascendientes y hermanos; en el de Venezuela (arts. 824 y 826) y en el Código Civil de la Argentina (artículos 3570 y siguientes).

El sistema francés ya referido, del artículo 767 del Código Napoleón, rige en los Códigos de Bélgica, Holanda y Brasil.

En cuanto al Código de Chile, se excluye al cónyuge de la vocación hereditaria, si éste deja descendientes legítimos, pero admite la concurrencia del consorte en los casos de ascendientes legítimos, hijos naturales y hermanos.

Hay un error de Lafaille, en cuanto al Código del Uruguay. Aclaramos entonces de que, en el Código Civil Uruguayo, el cónyuge no es legitimario, lo verdadero es que al igual que en el derecho español tiene una "porción conyugal", equivalente a un cuarto de los bienes del difunto, sino hay descendientes legítimos, pero si los hubiera, la "porción conyugal" es igual a la legítima de un hijo legítimo.

Derecho argentino

En el derecho argentino, la formación histórica del derecho hereditario del cónyuge, obedece a distintos factores: la concepción rioplatense de la vocación hereditaria entre esposos nació al impulso de una fundamentación ética y económica, emanada de la necesidad de contemplar la situación creada, por el hecho, de que la mayor parte de las fortunas se formaban por la obra y el esfuerzo común de los esposos, y los bienes gananciales tenían y tienen en las sucesiones una importancia muchísimo mayor que la de los bienes propios.

De esa situación, nació la ley uruguaya del 16 de junio de 1837, por la cual se confería al cónyuge superviviente no divorciado, la totalidad de la herencia de su esposo/a premoriente, si no existían descendientes ni ascendientes legítimos o naturales. Igual temperamento adoptaron-nuestras provincias de La Rioja en 1855 y Jujuy en 1856. El Estado independiente de Buenos Aires, a inspiración probable de Vélez Sarsfield, que en ese momento era Ministro del Interior, dictó la ley de 27 de mayo de 1857, por la cual los cónyuges se heredaban recíprocamente en las sucesiones

intestadas, a falta de herederos forzosos y con exclusión de todo colateral, excepto el caso de separación judicial, en que el cónyuge culpable perdía el derecho hereditario.

Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil Argentino, se anticipó a su tiempo, formulando un derecho hereditario propio del cónyuge, que importa un justo adelanto a las legislaciones de su época, y aún a algunas modernas y tomó una solución más favorable que la contenida en la ley de Buenos Aires de 1857, y así reconoció al cónyuge un rango sucesorio que corresponde al vínculo del afecto, a la posición social y a la realidad interlaboral y económica de los esposos.

En realidad, Vélez construyó todo un sistema representado en la siguiente forma: matrimonio y divorcio; sociedad conyugal y disolución de la misma; vocación hereditaria y exclusión de la misma.

La vocación sucesoria, no es nada más que una consecuencia de las ideas de Vélez, desarrolladas en la nota al título "Del matrimonio", cuando dice: "Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera". "Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución. Como bajo este punto de vista consideraremos al matrimonio...". Las mismas ideas campean en la nota al título "De la sociedad conyugal", cuando dice: "La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que jugamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros". Todo ello, sigue concordando con las notas a los artículos 3572, 3573 y 3574.

En el Código Civil Argentino, la sucesión de los cónyuges, se halla reglada por los artículos 3570 inclusive a 3576, 3578, 3581 y 3597 inclusive.

El esposo/a, concurre a la sucesión del cónyuge predecesor, con los parientes más cercanos; sólo comparte el acervo hereditario, con los comprendidos en la línea recta, y desaloja a los parientes de la línea transversal, en forma absoluta.

Los cónyuges tienen un doble carácter en la liquidación sucesoria: como heredero de bienes en plena propiedad, y como socio por disolución de la sociedad conyugal, conforme a los artícu-

los 1281 y 1313, sin atender a la cuantía de los aportes a esa sociedad, según el artículo 1315.

Este régimen legal, es derogado en muy excepcional circunstancia, y la constituye la convención prenupcial prevista por el artículo 1217, pero cuya convención es limitadísima, y dentro de nuestra modalidad social y jurídica, prácticamente desconocida en la realidad.

El derecho hereditario del cónyuge de acuerdo a la normatización del Código Civil

Casos de concurrencia:

a) El cónyuge con descendientes legítimos: dispone el artículo 3570 del Código Civil: "Si han quedado viudo o viuda e hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión, la misma parte que cada uno de los hijos". La expresión "sucesión" en esta norma, debemos considerarla con la restricción introducida por el artículo 3576, en su texto modificado por la Ley de Pe de Erratas.

En efecto, sabemos que, "sucesión" es el conjunto de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, de acuerdo al artículo 3278; pero el cónyuge "no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda" dice el artículo 3576; de allí debemos concluir que el término sucesión empleado en el artículo 3570 se refiere exclusivamente a los bienes propios, no obstante la disposición del artículo 3547 de que, en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, ya que aquella interpretación, importa una excepción a este último principio: pues distingue los bienes, en cuanto a su origen, en propios, y por aplicación de los arts. 1272, 1291, 1313, 1315 del Código Civil, en gananciales.

En ese caso, de los bienes propios, que contempla la norma del artículo 3570, la división de ellos se realiza entre el cónyuge y los hijos legítimos "in capita", o sea por cabeza y por partes iguales. El cónyuge hereda entonces, en esa clase de bienes, una parte igual que un hijo legítimo.

b) El cónyuge con un hijo adoptivo: la solución es la misma anterior, ya que por imperio del artículo 12 de la ley 13.252 el hijo adoptivo será considerado en situación análoga al hijo legítimo.

c) El cónyuge con hijos legítimos y adoptivos. La misma solución de los casos anteriores: el cónyuge hereda por cabeza y

a prorrata con los hijos legítimos y adoptivos: cada uno recibe una parte igual a cualquiera de los demás, ya se trate del cónyuge o de cualquiera de esos hijos.

d) Concurrencia con ascendientes. Dice el artículo 3571: "Si han quedado ascendientes y viudo o viuda, estos últimos concurrirán con los ascendientes a dividir la sucesión por cabeza, salvo los derechos del hijo natural".

Esta disposición es criticada por no concordar, ni con el sistema protector del Código, en cuanto al cónyuge desde el punto de vista de la vocación hereditaria y su porción viril, sino que protege a los ascendientes; adviértase, que la ley dice ascendientes y no padres, de allí que comprenda a las generaciones anteriores a estos, de tal manera que la situación del esposo sobreviviente va haciéndose más desfavorable a medida que concurre con mayor número de ascendientes, violando así la regla de la proximidad en el grado en cuanto al favor legal, y posibilitando que el cónyuge en alguna hipótesis reciba así una porción ínfima.

Bibiloni, en su Anteproyecto, dispuso que en el caso de quedar padres legítimos y cónyuges, se dividirán por cabeza la herencia, si sólo quedasen otros ascendientes legítimos y cónyuges, éste tomará la mitad de la herencia y los ascendientes la otra mitad, que a su vez dividirán por cabeza.

En el proyecto de Reformas de 1936, la solución que da el artículo 1988, es la misma propugnada por Bibiloni.

e) Concurrencia del cónyuge con los hijos extramatrimoniales. Dispone el artículo 3578: "Si sólo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales".

Esta disposición hay que acordarla con la ley 14.367 sobre indiscriminación de hijos, y por lo tanto la norma del Código comprende a los hijos extramatrimoniales, cualquiera que sea la calidad anterior que revistieran: naturales, adulterinos o incestuosos.

En el supuesto de la norma del artículo 3578 los bienes del cónyuge premuerto se dividirán en dos partes, atendiendo al origen de los bienes: una comprenderá los bienes propios del causante y la otra los bienes gananciales; sobre los bienes propios la cónyuge tomará la mitad, y los hijos extramatrimoniales la otra mitad, dividiendo ésta, entre ellos, por cabeza. En los bienes gananciales el cónyuge sobreviviente retirará su mitad como socio y por liquidación de la sociedad conyugal y la otra mitad la heredarán los hijos extramatrimoniales y la dividirán entre ellos "in capita".

f) Concurrencia del cónyuge con hijos legítimos y extramatrimoniales. Por el artículo 3570, el cónyuge y los hijos legítimos heredan al causante en los bienes propios por partes iguales. Por el artículo 8º de la ley 14.367, los hijos extramatrimoniales, tienen en la sucesión del progenitor, un derecho igual a la mitad del que le corresponde al hijo legítimo. En el supuesto, el cónyuge e hijos legítimos heredarán por cabeza y por partes iguales, y los hijos extramatrimoniales heredarán también por cabeza, pero, cada uno de ellos recogerá una cuota parte igual a la mitad de la que corresponda a un hijo legítimo o al cónyuge.

g) Concurrencia del cónyuge con ascendientes e hijos extramatrimoniales. El artículo 3581 establece el régimen que dice: "Si quedasen ascendientes legítimos y viudo o viuda, los ascendientes tomarán la mitad de la herencia, para dividirla entre ellos por personas; y la otra mitad se dividirá entre el viudo o la viuda y los hijos naturales: de modo que el viudo o viuda tendrá la cuarta parte de la sucesión; y la otra cuarta parte el hijo, o hijos naturales". Ya sabemos que hoy debemos entender hijos extramatrimoniales.

¿Estimamos razonable que, en el caso de quedar solamente un ascendiente, la solución del Codificador es injusta, ya que el ascendiente retiraría el 50 % de la sucesión, el cónyuge el 25 % y los hijos extramatrimoniales el 25 %. Sostiene que, en ese caso, la división debería hacerse por tercios o sea un tercio para el ascendiente, otro tercio para el cónyuge y el otro tercio para los hijos extramatrimoniales.

h) Concurrencia del cónyuge y del padre o madre natural. No existe en el Código ninguna norma que resuelva de manera expresa el supuesto de esa concurrencia. Debemos recurrir entonces a la hermenéutica de los artículos 3584, 3571 y 3587. Dice el artículo 3584: "Si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima o natural, le sucederá el padre o la madre que lo reconoció; y si ambos lo reconocieron y vivieren, lo heredarán por partes iguales". De la terminología literal de esta norma, daría la impresión de que, si en dicha sucesión concurre el cónyuge superviviente del hijo muerto, no se le asigna parte en la misma. Sin embargo, no olvidemos que por el artículo 3571, se le confiere vocación hereditaria al cónyuge, en concurrencia con los ascendientes legítimos, y allí dividen la sucesión por cabeza. No respondería a una lógica jurídica, ni al pensamiento del Codificador, ni a la realidad familiar, que el cónyuge que concurre con los ascendientes legítimos, resultara excluido en concurrencia con los padres naturales, dándoles a éstos una situación de privilegio frente a los ascendientes legítimos.

La solución, según Lafaille, se logra por la norma del artículo 3587 que dice: "La legítima de los padres naturales que hubieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales, legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si sólo quedase viudo o viuda, la legítima del padre natural será un cuarto de la sucesión". El derecho hereditario del cónyuge, en concurrencia con el padre natural, será entonces, determinado por aplicación de esta última norma, el cónyuge tomará tres cuartas partes de la sucesión y el padre natural una cuarta parte.

Martínez Paz no acepta esta interpretación, pues dice que el artículo 3587 se refiere a la porción legítima de los herederos forzosos, pero no contiene una vocación sucesoria ab intestato, que pueda crear un derecho susceptible de hacerlos valer en los estrados judiciales. Esta teoría es errónea, ya que aquí, a quien, el Codificador le reconoce una porción legítima, le confiere vocación hereditaria por esa porción, y de la norma del artículo 3597, resulta expresa la legítima del padre natural, e implícita la parte del cónyuge, al admitir expresamente la concurrencia de éste con aquél.

Bibiloni en su Anteproyecto admite sin hesitación que el artículo 3587 determina la concurrencia hereditaria del cónyuge con el padre natural. La norma del artículo 3597 que se refiere al padre natural, debemos entender que, también se refiere a la madre natural, en las mismas y exactas condiciones y además por el artículo 3584; en esa forma se plantean dos casos de concurrencia:

1º) El cónyuge con el padre natural o madre natural, el esposo sobreviviente retira las tres cuartas partes y el padre o madre natural una cuarta parte. Esto corresponde a las sucesiones intestadas, por cuanto en las testamentarias como la legítima del cónyuge es la mitad, a ésta le corespondría el 50 % y al padre o madre natural el 25 %, siendo la porción disponible el otro 25 %.

2º) El cónyuge con el padre y madre naturales. El esposo superviviente, retira la mitad, y el padre y madre naturales la otra mitad, en conjunto, que dividen entre sí por cabeza. Y, si por el artículo 3585, la legítima del cónyuge es la mitad de los bienes del difunto, y por el artículo 3587 la legítima de los padres naturales, en conjunto, es la mitad de los bienes del causante, resulta que la porción disponible en este caso no existe. La solución se resuelve de la misma manera que el caso de concurrencia de hijos extramatrimoniales y cónyuge con respecto a sus legítimas y a la porción disponible, es decir de manera práctica: se super-

ponen las dos legítimas y luego se dividen, de tal manera que el cónyuge tendrá un cuarto de los bienes y los padres el otro cuarto, siendo la porción disponible de la mitad.

En mi entender, esta norma del artículo 3597, y por consecuencia la del artículo 3584, al referirse a los padres naturales no han sido modificadas por la ley 14.367, y las disposiciones indicadas del Código no se refieren a los padres extramatrimoniales, sino expresamente a los padres naturales que han reconocido a su hijo.

La ley 14.367 ha guardado silencio sobre el derecho hereditario de los padres extramatrimoniales y además por su artículo 11 ha dicho: "En cuanto a los derechos de los padres dentro del supuesto del artículo precedente, quedan circunscriptos a la prestación alimentaria y al usufructo si mediare reconocimiento espontáneo".

Adviértase que ese derecho no lo tienen los padres en el caso de reconocimiento forzoso, y que todos los derechos de los padres extramatrimoniales se reducen a la prestación alimentaria y al usufructo de los bienes.

La ley ha entendido imponer una sanción a los padres extramatrimoniales por su conducta, y sólo hace las excepciones que acabamos de ver.

Cónyuges solamente por inexistencia de descendientes y ascendientes

Dispone el artículo 3572: "Si no han quedado descendientes ni ascendientes los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales".

Con esta norma, Vélez Sarsfield ha dado cuerpo a su pensamiento del especial rango que tiene el cónyuge en la vocación hereditaria legítima: concurre con descendientes y ascendientes y excluye totalmente a los colaterales. En la respectiva nota al citado artículo, acentúa Vélez, aún más, el sentido de la innovación que introduce, y que importa un progreso en la juridicidad moderna, aún la de nuestros días, y un reconocimiento a la jerarquía que, en la familia importa el cónyuge y su relevancia biológica, afectiva, moral, social y económica, y así dice: "Por los códigos modernos, no habiendo parientes sucesibles, los cónyuges heredan recíprocamente. Pero cuando hay parientes, los códigos de Francia y de Holanda no les declaran ningún derecho".

El artículo 3576

Sabemos que la sociedad conyugal se disuelve por: la separación judicial de bienes; por declararse nulo el matrimonio y por la muerte física de alguno de los cónyuges (artículo 1291 Código Civil). A su vez, la separación judicial de bienes procede: durante la existencia del matrimonio, a petición únicamente de la mujer, artículo 1292; en el caso de mala administración del marido de los bienes propios de la mujer (artículo 1294); en el supuesto de concurso de acreedores del marido (artículo 1294); cuando al marido se le nombre un curador distinto a su mujer; en la ausencia con presunción de fallecimiento, a petición de la esposa (artículos 1307 a 1310), o transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años de edad para el ausente, se concluye y liquida la sociedad conyugal (artículo 30, ley 14.394); en el caso de divorcio, a petición del cónyuge inocente (artículo 1306) o de cualquiera o de ambos cónyuges, en el caso de decretarse el divorcio por culpa de ambos, de acuerdo a lo resuelto por la jurisprudencia.

A estos casos, debemos sumar el del matrimonio nulo, previsto por los artículos 1291 y 1312 del Código Civil y 87 inc. 3º, 88 y 89 de la Ley de Matrimonio Civil. Vemos así que, la sociedad conyugal puede quedar disuelta en vida de los cónyuges, y que en ese caso, cada esposo recibe su parte de gananciales en esa liquidación, que por imperio del artículo 1315 es la mitad, o sean iguales partes entre ellos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bien alguno.

Concordante con esa posición, Vélez redactó el artículo 3576 que decía: "En todos los casos en que el viudo o la viuda son llamados a la sucesión, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente". Quedaba así, heredando solamente sobre los bienes propios del difunto, en el caso de que se hubiera producido la separación de bienes, y liquidación de la sociedad conyugal en vida de los esposos, y nada heredaba sobre los gananciales que había recibido el cónyuge premuerto. Este fué, sin duda, el pensamiento del Codificador, y ello guardaba armonía con la sistemática del Código y con la lógica jurídica dentro de ese sistema, pues que el cónyuge ya había cobrado su cuota de bienes de la sociedad conyugal, y convertirlo en heredero en los gananciales del premuerto, importaba adjudicarle una porción exagerada, comparativamente con los otros sucesibles, en especial con los hijos legítimos, que así resultaban menoscabados en su cuota viril.

Este sistema guardaba vinculación y armonía con la disposición del artículo 1501: "Después de la separación de bienes, la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido; ni éste en lo que ella ganare".

La jurisprudencia no compartió esta tesis, y siguió a Segovia (nota 19 al artículo 3578 que corresponde al artículo 3576) que enseñó: "La porción legítima del cónyuge no se computa sobre la mitad de gananciales correspondiente al difunto, o a sus herederos, y sí únicamente sobre el capital propio de éste, salvo el caso de no haber descendientes ni ascendientes" —en cuyo caso hereda en el todo—. De allí, la Suprema Corte de Buenos Aires y demás tribunales anteriores a 1852, en que se creó la justicia ordinaria para la Capital Federal, decidieron que el cónyuge nunca hereda sobre los bienes adquiridos por el matrimonio o gananciales, y existentes a la época del deceso del causante, hubiesen o no recibido los esposos su porción de gananciales, en vida.

Este artículo 3576 fué modificado por la Ley de Fe de Erratas, siendo su texto actual el siguiente: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda". Como vemos se le agregó "en concurrencia con descendientes o ascendientes" que no figuraba en el texto original y se le suprimió "que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente" que figuraba en la norma de Vélez Sarsfield.

La disposición actual guarda concordancia con la jurisprudencia que seguía la posición de Segovia, y que acabamos de ver. Por aplicación de la norma actual del artículo 3576 concurriendo el superviviente con ascendientes o descendientes, sólo hereda al premuerto en sus bienes propios, y retira su mitad de gananciales a título de socio. Si no existen bienes propios, el sobreviviente sólo recibe su porción de socio. Es decir que no recibe absolutamente nada en la parte de gananciales que correspondían al causante. Se da así el caso de que, un heredero legítimo, pues que tiene legítima por imperio del artículo 3595, consistente en la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge premuerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales, carece de hijaela o porción hereditaria en el acervo sucesorio, es decir un heredero sin herencia, teoría ésta del "heres sine re" sustentada por A. Chaneton en J. A. 13-33 Secc. Doctrinaria, y cuya situación ha merecido que Rébora la denomine "paradoja sucesoria".

La jurisprudencia, se ha pronunciado decididamente, en el sentido, de que la legítima de la esposa consiste en su mitad de

gananciales, y que no tiene parte alguna en la otra mitad de gananciales correspondiente al cónyuge premuerto; y ha ido más allá aún, ha dicho que hasta en el supuesto de haber sido instituido heredero por testamento, el viudo o viuda, sólo tendría derecho a la mitad de los bienes, cuando todos ellos fueren gananciales; esto es, sólo puede retirar su cuota como socio y nada como heredero y que la legítima del cónyuge consiste en esa mitad societaria. Así se determinó en el "leading-case", que lo es la sucesión de Antonio Nony, por la Cámara Civil (Fallo Registrado en Colección Cámara Civil 7 - 562) y que respondió al voto del doctor Damjanovich; seguido por la sucesión de Julio Sierra donde la Cámara Civil 1ª decidió la exclusión del cónyuge superviviente por el hijo natural en la sucesión de los gananciales que correspondían al difunto (oct. 28 de 1915; G. del Foro 68-305); Sucesión Galván por la Cámara Civil 1ª (J. A. 10-540); Plater de Falcon v. Ibarra de Oliver por la Cámara Civil 2ª (G. del F. 50-146). En el mismo sentido, los fallos registrados en J. A. 14-46; 25-90; 27-622 Sucesión Pedro Elizalde por la Cámara Civil 1ª en marzo 11 de 1942.

Otra cuestión ardua, introdujo la reforma al artículo 3576, al decir: "En concurrencia con descendientes y ascendientes" sin aclaración expresa si comprende sólo a los descendientes y ascendientes legítimos, o a todos: legítimos y/o extramatrimoniales.

La mayoría de la doctrina representada por Segovia, Machado, Labiella, Ferrás, De Casagorri y Ribicón, su Anteproyecto, el Proyecto de Reformas de 1936, se deciden por que se trata de descendientes y ascendientes legítimos. En cambio, Prayones y Rébora y la jurisprudencia, sobre todo en el caso Julio Sierra, que ya hemos visto, se deciden porque, al no distinguir la ley, comprende a todos legítimos y extramatrimoniales.

Sin embargo, entendemos que se trata de los descendientes y ascendientes legítimos, y ello por cuanto en el Código los parientes ilegítimos forman capítulo aparte de la familia regular, y no reconoce vínculo alguno entre la familia normal y los parientes ilegítimos; en la línea ascendente natural, sólo hereda el padre o la madre que lo reconoció, y en la línea descendente natural, sólo hereda el hijo extramatrimonial, es decir que el Codificador da la impresión de haber entendido referirse siempre a los descendientes y ascendientes legítimos.

Sin embargo, hay dos disposiciones, las de los artículos 3578 y 3596, que parecerían dar razón a la exclusión del cónyuge, por la concurrencia de ascendientes y descendientes naturales.

El artículo 3578 dice: "Si sólo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen ga-

nanciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales". Se pretende vincular el artículo 3578 con el 3576, por cuanto al decir aquél "si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio" se aplicaría el artículo 3576 cuando los bienes fuesen gananciales; pero es de advertir que el artículo 3578 se refiere a hijos naturales y bienes, cuando no son gananciales; y el artículo 3576 cuando son gananciales y a descendientes. En consecuencia, los supuestos son distintos.

El artículo 3595 establece: "La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales". Esta disposición establece y acuerda legítima al cónyuge superviviente, pero hemos visto que esta legítima se compone exclusivamente de su mitad de gananciales. La jurisprudencia se ha decidido por entender que la norma comprende a los descendientes y ascendientes naturales y legítimos, y así lo decidió en el caso sucesión Julio Sierra. Esto tiende a mejorar la situación de los hijos legítimos, de acuerdo a la corriente expresada en nuestra ley 14.367.

Bibiloni en su Anteproyecto y el Proyecto de Reformas de 1936 han declarado que se trata de los descendientes y ascendientes legítimos. Y Bibiloni formula la aclaración: "Los ascendientes en general sólo heredan cuando son legítimos. Y hasta en el artículo 3572 las palabras descendientes o ascendientes no incluyen al hijo natural, puesto que el mismo artículo salva los derechos de los hijos naturales porque no los considera comprendidos entre los descendientes. Guarda así uniformidad con lo declarado en los artículos 3565, 3567, 3570, etc., los hijos y padres naturales están siempre en una categoría especial y su sucesión es reglada en los capítulos IV y V de este título por el Código vigente. En virtud de ello, el artículo 3578 regla la sucesión en concurrencia de cónyuge e hijo natural, no de descendientes naturales que no heredan (artículo 3582)".

El eminente Bibiloni, en esta materia de la concurrencia prevista por el artículo 3578, nos enseña: "Hemos dejado sin convicción alguna, pero considerándola equivocada, la regla de que el esposo en concurrencia con descendientes o ascendientes legítimos no tiene parte en la herencia de los gananciales correspondiente al causante. Para decir lo menos, no es evidente la exactitud del concepto. La muerte de un cónyuge es un desastre para el sobreviviente. Ha creado el marido por su persistente trabajo de una vida entera, una empresa, una manufactura, un establecimiento rural o comercial, es su creación. La fortuna es hija de sus obras. Poco ha contribuido en ella la esposa. Tal vez lo ayudó; es la excepción. Mas probablemente no poseía los cono-

cimientos necesarios para ello, y su colaboración nada aportó. Ni siquiera con sus bienes; quizás todos son gananciales, o si hubo aporte fueron tardíos, por herencias abiertas cuando el establecimiento estaba creado y en plena prosperidad; entre nosotros no es costumbre generalizada la de la dote. Muere la esposa, es la destrucción de todo lo creado. La manufactura debe suspenderse, por falta de capital circulante o porque hay que dividirla con ascendientes de la esposa, que si contribuyeron en nada a la prosperidad del matrimonio, ni tienen interés en dejar al marido que continúe la explotación. En realidad, los bienes que van a sus herederos, que no lo son del esposo. No se trata solamente de un daño injusto. Se trata, además, de un mal público. Nada se funda que subsista. No hay industria, comercio de exportación, empresa vigorosa, en esas condiciones. El Estado padece con esa destrucción de fuerzas vivas". "Pero si puede aceptarse en ciertos casos, —en materia hereditaria los particulares tienen una gran influencia— lo dispuesto por el artículo 3576, nos parece excesivo extenderlo a los hijos naturales. No forman parte de la familia. No tienen contacto con el cónyuge de su padre o su madre. Lo que se ha creado tal vez por el esfuerzo y el ahorro común, pasa entero a ellos. Porque no es razón bastante para justificarlo decir que el cónyuge ya recibe su parte. Sí, lo que es suyo. De la herencia, nada: todavía, si es de gananciales, a los hijos naturales. ¿Y por qué entonces hacer al esposo heredero, si se ha de sustraer todo o parte de la herencia so pretexto de que ya tiene lo que le corresponde por otro título? Tanto valdría decir que existiendo gananciales el esposo no hereda en los bienes propios del causante: ya tiene lo suficiente para vivir. En el fondo es la negación del derecho hereditario entre esposos, especialmente en nuestro país, en que todos son más o menos, autores de la propia fortuna. Ese hijo natural que no hereda parte alguna de los ascendientes, y sólo la cuarta parte de lo que le corresponde a un hijo legítimo y, por consiguiente, de lo que en ese caso, toca al esposo, de repente salta a la mitad de la herencia, cuando sólo concurre con el cónyuge. No parece que su posición lo justifica; de nada, o poco más que nada, llega a la mitad, y si todavía, se excluye a su partícipe de los gananciales, en la mayor cantidad de los casos, se lleva sólo toda la herencia".

Si bien es cierto que, el argumento de Ribloni es de peso de por sí y descansa en una acertada lógica jurídica y también en su autoridad como jurista; existe hoy, por una parte, una atenuación a la situación de división forzosa, por las disposiciones de los artículos 51 y 53 de la ley 14.394. De acuerdo a la primera norma, toda persona podrá imponer a sus herederos aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no ma-

por de diez años o hasta que los herederos alcancen la mayoría de edad, si este término excede a dichos diez años, y por la segunda norma se faculta al cónyuge superviviente para oponerse a la división por el término máximo de diez años, cuando en el acervo hereditario, existiese un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal, que constituya una unidad económica, siempre que dicho cónyuge lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, o también, con respecto a la casahabitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal, si fuese la residencia habitual de los esposos. El fundamento de la concurrencia de los hijos naturales, hoy extramatrimoniales, es claro, es el afecto que el causante tiene por ellos, y además la protección familiar que la ley impone, cumpliendo así un elemental deber moral, y evitando que esos hijos queden en el desamparo. De seguir la tesis de Bibilioni, resultaría invertida la situación: el cónyuge sería excesivamente protegido en detrimento de los hijos extramatrimoniales. La solución del Codificador, puede ser exagerada en el supuesto de que la totalidad de los bienes sean gananciales; allí hay razón: el cónyuge no hereda y esa solución no es justa ni responde a la realidad familiar; el cónyuge ha ayudado aun cuando sólo sea afectivamente a realizar los bienes, hay veces que esa ayuda es más importante que el apoyo pecuniario; en ese supuesto el cónyuge debería tener alguna parte en los gananciales del causante y el resto sería de los hijos extramatrimoniales.

División forzosa de la sociedad conyugal por muerte

Dispone el artículo 1291 del Código Civil que la comunidad entre los esposos termina por el fallecimiento de uno de ellos, y ese caso obliga a liquidar y dividir, entrando entonces a regir la aplicación del artículo 3578. Esta doctrina ha merecido serias críticas en la legislación y dogmática extranjera, por cuanto se pronuncian por la indivisión, y así el Código Civil Alemán en su artículo 1483 establece la continuación de la comunidad de bienes cuando al deceso de un cónyuge existen el superviviente y descendientes comunes, y por el artículo 1484 se le confiere al superviviente el derecho a rehusar la continuación de la comunidad de bienes —no es una obligación sino una excepción—. Los argumentos aplicables a este caso serían los mismos expuestos por Bibilioni y que acabamos de ver, y que en parte desarrolla también Lafaille, pero actualmente la situación de división forzosa se encuentra atenuada parcialmente por la disposición del artículo 53 de la ley 14.384 que acabamos de examinar.

Supuesto del matrimonio putativo

El Código nada estableció para esta casuística; la solución resulta en principio de las disposiciones de los artículos 87, 88 y 89 de la Ley de Matrimonio Civil.

Como principio general se establece que el cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo, hereda. Y así, en el artículo 87 de la citada ley, se estipula que en el caso de buena fe de ambos cónyuges se producirán todos los efectos del matrimonio válido, con relación a las personas de los cónyuges, hasta el día en que se declare la nulidad de ese matrimonio putativo; y en cuanto a los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; la misma solución adopta el artículo 88 con respecto al caso de buena fe de uno solo de los cónyuges, y sólo acuerda ese derecho al contrayente de buena fe, excluyendo de manera absoluta al de mala fe. En el supuesto contemplado por el artículo 89, de que los dos esposos lo hayan sido de mala fe, la unión será reputada como concubinato y en relación a los bienes se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho.

En los dos primeros casos el cónyuge de buena fe hereda al otro, como si se tratase de un esposo legítimo y coexisten las dos esposas con vocación hereditaria.

En el caso de mala fe de ambos, tenemos un concubinato que se disuelve como sociedad de hecho en cuanto a los bienes, dando así un supuesto contrario a la jurisprudencia, que ha resuelto siempre que el concubinato no da derecho a los concubinos, para que al fallecimiento de uno de ellos reciban bienes en concepto de disolución de sociedad de hecho, salvo el caso de aporte real y efectivo de bienes. Este supuesto del matrimonio putativo, es el caso de bigamia previsto y dilucidado por el artículo 1316 del Código Civil y que hemos visto con anterioridad.

En cuanto a los gananciales no existe problema atento las soluciones de los artículos 1316 y 3576 del Código Civil, pero distinta es la situación en el caso de bienes propios del causante, donde es de aplicación el artículo 3570 del Código Civil; dos serían las interpretaciones al respecto: según una, la parte que le corresponde al cónyuge legítimo debería dividirla por mitades con el cónyuge putativo de buena fe y supérstite; según la otra, cada cónyuge concurriría con porción propia y por partes iguales con todos los demás herederos, es decir que dividirían así: existiendo la esposa y tres hijos legítimos, de acuerdo al artículo 3570 le corresponde una cuarta parte a cada una; si concurrese el cónyuge supérstite putativo la herencia se dividiría en cinco partes iguales. Tal es la teoría de Fornieles a la que adhiero;

la excepción a esta tesis, y que encuadraría en la primera tesis, sería la de los casos de los artículos 3578 (viuda e hijos naturales); y 3581 (ascendientes legítimos, viudo e hijos naturales) en que el cónyuge tiene una cuota fija (la mitad y la cuarta parte respectivamente), en cuyo caso las o los dos cónyuges dividirán entre ellos y por mitades esa cuota fija.

Consejos de exclusión entre esposos

Los cónyuges pierden su vocación hereditaria con respecto al cetro en los casos previstos en los artículos 3573, 3574 y 3575 del Código Civil, que comprenden los cuatro supuestos de: matrimonio "in extremis"; culpabilidad en el caso de divorcio; separación de hecho sin voluntad de unirse y separación provisoria de los cónyuges por juez competente.

En mi manera de pensar, el Codificador ha organizado también un sistema general de sanciones dentro del derecho hereditario, en el que cada una de esas sanciones se acomoda a la institución especial que rige, pero conservando una vinculación con todo el régimen, y yendo la graduación de las sanciones de más severa a más leve, según sea el vínculo que une a las personas, como así también la falta cometida en relación a ese vínculo. Y podemos sostener, entonces, que la graduación de las sanciones sería así: indignidad, desheredación, exclusión de la vocación sucesoria de los cónyuges, revocación de los legados por ingratitud del legatario.

Matrimonio "in extremis"

Establece el artículo 3573: "La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriere de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes" y comenta la nota: "No hay razón alguna para dar a los cónyuges derechos sucesorios cuando el matrimonio es "in extremis". En alguna provincia de la República se ha dado derecho sucesorio a los cónyuges sobre los parientes colaterales, y se han visto matrimonios "in extremis" verdaderamente escandalosos con solo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo".

Existen en esto dos posiciones: una posición exegética objetiva desarrollada por la norma legal; y una posición exegética subjetiva representada por el movimiento de la jurisprudencia.

Según los términos en que está concebido el precepto, se exigen las siguientes condiciones: 1°) Que al contraer el matri-

monio, uno de los esposos estuviese enfermo; 2º) Que falleciere de la misma enfermedad que lo aquejaba al contraer matrimonio; y 3º) Que la muerte se produjera dentro de los treinta días de contraído el matrimonio. Pero la jurisprudencia ha añadido otros elementos que son de orden intencional. Vemos aquí que la posición exegética de la norma pasa a la subjetividad, posición desarrollada por la jurisprudencia.

La ley no precisa la noción de lo que entiende por matrimonio "in extremis". Fornieles lo define así: "Se llama matrimonio «in extremis», el que se contrae hallándose uno de los celebrantes postrado en cama y en inminente peligro de muerte: aquél en que, como ha dicho un autor, se pretende instalar el lecho nupcial en la cámara mortuoria".

El fin que la ley desea surge de la precopiada nota del Codificador: evitar que la unión legítima, que resulta siempre favorecida y protegida por la ley, se convierta en una inmoraldad como medio de obtener una herencia.

Analizaremos los elementos ya indicados:

1º) Enfermedad de uno de los cónyuges: la enfermedad no debe ser una de las tantas enfermedades comunes, sino que la persona debe hallarse realmente en peligro de muerte.

2º) Que la misma enfermedad haya producido el deceso: la muerte deba ser producida por la misma enfermedad que el causante padecía al momento de contraer matrimonio.

3º) Que el deceso se produzca dentro de los treinta días siguientes al de celebrado el matrimonio. Es éste un episodio simplemente cronológico.

4º) Elementos intencionales: Martínez Paz no acepta que se hable de intenciones en esta materia, y a su vez Fornieles considera inútil y peligrosa la búsqueda de intenciones. Sin embargo, la interpretación de la norma ha de ser restrictiva analizando intenciones, pues que así nos lo deja sentir la nota del Codificador, ya que habría que investigar cuál es el fin de un matrimonio contraído en esas circunstancias, y en esa forma se comportó la jurisprudencia, y además debemos concordarla con la disposición del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil.

Cuando una persona contrae matrimonio con otra que se halla aparentemente sana, el caso del cardíaco, y cuya enfermedad es ignorada por el superstite, o que estando enfermo el contrayente no lo es de una dolencia mortal, o que estando enfermo fallece a consecuencia de complicaciones distintas a la enfermedad o no previsibles; la vocación hereditaria del superstite debe subsistir, ya que en tales circunstancias el sobreviviente ha procedido de buena fe y no existen procedimientos dolosos para ob-

tener los bienes del causante; pero el conocimiento de la enfermedad, su inminente desenlace o su resultado necesariamente fatal, y la concurrencia de las condiciones de la norma, harían presente: el ánimo de suceder como causa dolosa e ilícita, determinante del matrimonio; y la ausencia de la causa lícita; y la inexistencia de vocación sucesoria.

En realidad, la norma ha sido objeto de tres interpretaciones:

1º) Una exegética ajustada a la letra estricta, que prescinde de la nota del Codificador y de los motivos que ella contiene como fundamento del artículo. Esta interpretación sólo toma en cuenta el hecho del fallecimiento dentro de los treinta días, y por la misma enfermedad que tenía al contraer matrimonio; no ha sido seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia, salvo alguna excepción, como en el caso resuelto por la Cámara Civil Primera de la Capital, registrado en J. A. 22-261, con el voto en disidencia del jurista Dr. Colmo, y que no hizo lugar al derecho hereditario del cónyuge, de un matrimonio celebrado, haciéndose constar en el acta que el otro contrayente se hallaba enfermo e incapacitado, y cuyo deceso se produjo al día siguiente, a pesar de existir entre los contrayentes un largo y anterior concubinato.

2º) Otro criterio que aplica el artículo 3573, con el sentido de la definición del matrimonio "in extremis" que ha dado Fornieles y que hemos visto; a esta tesis se ha plegado prácticamente la totalidad de la jurisprudencia.

3º) La tesis que exige que el matrimonio "in extremis" se haya celebrado con propósitos de lucro. Esta doctrina la contienen algunos fallos aislados.

El segundo y tercer supuesto se hallan apuntalados por los fallos de las Cámaras Civil Segunda de La Plata y de la Capital Federal registrados en J. A. 22-1229 y 25-188, que establecieron la necesidad de exigir una prueba terminante, clara e inequívoca acerca de los extremos de la ley; y que el artículo 3573 se refiere a circunstancias de hecho, y que si los antecedentes y modalidades del caso permiten afirmar que no existe interés inercial o ilegítimo para contraer ese matrimonio, no debe aplicarse la sanción de aquella disposición.

En el caso de un largo concubinato, sin existencia de desconfianzas, "in matrimonio concubinal" "in extremis" "in bonis" "in cidez, a pesar de la enfermedad que causó la muerte, pero que ésta no apareciese inminente, trae aparejada la no aplicación del artículo 3573 como lo han dispuesto las Cámaras Civil Primera

y Segunda de la Capital Federal en G. del F. 94-80 y 99-181. Esta doctrina ha sido acogida por Prayones, Fornales y Lafaille, y combatida por Martínez Paz.

Sin embargo, el Primer Congreso de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1927, a propuesta del Dr. Lora y por unanimidad, resolvió que el artículo 3573 no debe aplicarse en el caso "de la legitimación de una unión de hecho preexistente".

Decíamos, que se debe coordinar la disposición de los artículos 3573 del Código con la del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil que dice: "El oficial público procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas o algunas de las formalidades que deben precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y donde éste no existiere con el testimonio de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte, y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales, haciéndolo constar en el acta. . ."

Entendemos que en el caso previsto por dicho artículo 46 el derecho hereditario es indiscutible; ese matrimonio "in extremis" es válido y no cae dentro de las sanciones del artículo 3573; la previsión de la Ley de Matrimonio es moral y normaliza la familia, y lo que repugna al artículo 3573 es la inmoralidad.

Exclusión hereditaria por divorcio

La segunda causa de exclusión hereditaria del cónyuge aparece contenida en el artículo 3574 del Código Civil, que establece: "Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los títulos anteriores".

Es ésta otra sabia disposición de Vélez Sarsfield, protegiendo la familia, tratando de mantener la unión matrimonial, sancionando la culpabilidad y decretando la subsistencia de los derechos a favor del cónyuge inocente.

En la nota al artículo 3574 dice el Codificador: "Chabot, sobre el artículo 767 y Duranton, enseñan que existiendo el divorcio, ya no hay sucesión entre los cónyuges, ni por parte del que ha dado causa al divorcio, y toda la razón que dan es que *lex non distinguit*, es decir, la ley francesa, pero sin duda que ella debió distinguir". El artículo 767 del Código Civil Francés citado por la nota dice: "Cuando el difunto no deja parientes en grado sucesible, ni hijos naturales, los bienes de la sucesión pertenecen al cónyuge no divorciado que le sobrevive". Esta disposición no hace distinción entre cónyuge culpable del divorcio y cónyuge inocente. Es de advertir que la legislación francesa ad-

mite el divorcio "ad-vinculum" y en el comentario de Chabot citado, como hemos visto, por Véles Sarsfield, el tratadista francés enseña: "Habiéndose roto su matrimonio, se han vuelto extraños el uno para el otro, y no se puede presumir que el que ha muerto primero haya conservado, por afección, la voluntad que el otro le suceda".

En Francia, desde 1816 a 1884, quedó abolido el divorcio vincular, restableciéndose en este último año de 1884. A su vez el artículo 767 del Código Civil Francés se modificó con el agregado de que: "El derecho de suceder se pierde para el superviviente contra quien se ha dictado sentencia de separación de cuerpos pasada en autoridad de cosa juzgada". En Francia existen dos regímenes: uno de divorcio y otro de separación de bienes, este puede ser un paso previo para la obtención del divorcio, primero se dicta sentencia decretando la separación de cuerpos y luego de tres años la sentencia puede convertirse en divorcio.

Esa situación queda contemplada desde el punto de vista del derecho hereditario en el artículo 767, esto es: el cónyuge pierde el derecho hereditario si se halla divorciado, sin consideración a su culpabilidad o inocencia, en razón de lo que enseña Chabot, son dos extraños entre sí; y también pierde el derecho hereditario, pero sólo el cónyuge culpable en el caso de separación de cuerpos con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y sigue siendo valedero el argumento de Chabot, aún se mantiene el vínculo y por lo tanto la condición de esposos. Ya veremos que el argumento de Chabot no es de tanto peso como parece.

Es preciso todo el examen antecedente sobre el derecho francés, a fin de considerar las fuentes, su incidencia y la interpretación y alcances de la norma del artículo 3574. De acuerdo a la letra de éste daría la impresión de que serían necesarios dos requisitos: a) Un fallo definitivo, es decir pasado en autoridad de cosa juzgada, decretando el divorcio de los esposos; y b) Una declaración de culpabilidad dentro del mismo pronunciamiento.

Tres situaciones se plantean con motivo del artículo 3574 y son: a) Si para producirse la exclusión hereditaria es indispensable la existencia de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, o si sólo basta la interposición de la demanda; b) Si se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio y antes de pronunciarse la sentencia; c) Si pendiente el juicio de divorcio, los herederos del cónyuge inocente fallecido pueden proseguir el mismo.

En el caso a): creemos con Martínez Paz que el texto legal es claro y terminante, y para que se verifique su hipótesis es indispensable que exista una sentencia de divorcio dictada por

juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada. La sentencia dictada por juez incompetente no surtiría efectos atento el requisito expreso de "juez competente", que exige la norma. Los supuestos de simple interposición de la demanda quedan excluidos del artículo 3574, y serían comprendidos en las dos hipótesis y sus proyecciones, que se prevén en el artículo 3575 de separados de hecho sin voluntad de unirse o de separados provisoriamente por juez competente y que examinaremos más adelante. Ya hemos visto que el mismo requisito de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo exige la segunda parte del artículo 767 del Código Civil Francés; y en el Código Civil del Brasil es "necesario el divorcio definitivamente juzgado por la autoridad judicial", enseña el eminente jurista Clóvis Bevilacqua; hay juicio de desquite, pero no existe divorcio vincular.

En el caso b): este caso no aparece contemplado de manera expresa en el Código. Si nos atenemos a la letra estricta de la ley en su artículo 3574, diríamos que el supérstite no puede ser excluido de la herencia, pues faltaría la sentencia de divorcio dictada por juez competente y la declaración e imputación de culpabilidad. Tanto Lafaille como De Gasperi demuestran la injusticia de la posición, remitiéndose al ejemplo de la esposa adúltera, en cuyo caso si ésta, convicta de su adulterio y pendiente el juicio de divorcio, falleciere su consorte, sería inmoral mantenerle el derecho hereditario por inaplicabilidad del artículo 3574. Sin embargo, ambos autores se pronuncian por el mantenimiento liso y llano de la disposición legal, o sea la necesidad de la sentencia (Dr. Lafaille); y de que aquel supuesto quedaría resuelto por la aplicación del artículo 3573, por haber vivido los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse, es lo que propugna De Gasperi.

En el caso c): tampoco esta hipótesis aparece concretada en la casística de nuestro Código. Sostiene Lafaille que no existe ninguna regla legal que se oponga en nuestro derecho para que los herederos del cónyuge fallecido, pendiente la demanda de divorcio, prosigan ésta hasta su terminación y obtengan el fallo definitivo, cuyo resultado sería privar al cónyuge supérstite del derecho hereditario abierto por su consorte; ello siempre que el fallecido fuere quien promovió la demanda de divorcio, pues si éste omitió adoptar la iniciativa, ha concedido un perdón; sus herederos no podrían poner en movimiento la acción. Para ello se basa: 1) en los supuestos del artículo 258, que no permiten contradecir la legitimidad del hijo por los herederos del marido, si éste no hubiese promovido la acción; 2º) en el artículo 1099, que autoriza la acción civil emanada de la comisión de los delitos de injuria y/o difamación a los herederos de la víctima, si éste hubiese ejercitado la acción. Dice que, de acuerdo a lo que

dispone el artículo 193 del Código Civil Alemán, la sentencia en aquel caso no tendría efecto para separar los cuerpos, pero sí para excluir de la herencia. Existe en esta posición algunos errores; en primer lugar la acción de divorcio es una acción de estado personalísima, un derecho inherente a la persona y por lo tanto no transmisible a sus herederos de acuerdo a las normas de los artículos 498 y 3417, sólo el cónyuge y exclusivamente éste, puede deducir la acción de divorcio; tampoco podría ponerse en ejercicio solamente el aspecto patrimonial de la acción de divorcio, como ha sostenido Cicu; la necesaria iniciativa del cónyuge premuerto hace injusta la premisa, pues el cónyuge demandado y luego fallecido que no ha promovido la acción y que puede resultar el inocente, no habría conferido el derecho de prosecución a sus herederos y se produciría la situación de injusticia al quedar el cónyuge supérstite y culpable en plena vocación hereditaria, y por último, el Código Alemán en su artículo 1933 establece: "El derecho hereditario del esposo sobreviviente, así como su derecho a la mejora, son excluidos cuando el difunto al tiempo de su muerte estaba autorizado a demandar el divorcio por la falta de su cónyuge o hubiera promovido la disolución de la sociedad conyugal". Pero, este Código no permite la prosecución por los herederos del cónyuge fallecido, de la acción de divorcio, como erróneamente sostiene Lafaille, ya que los anotadores de la traducción francesa del Código Alemán y componentes del Comité de legislación extranjera que lo fueron Bufnoir, Cazelles, Chaillemet, Detroux, etc., explican el alcance de la citada disposición y dicen: "Su acción no pudiendo ser proseguida por su heredero después de su muerte, éste debe intentar una nueva y especial acción de anulación del derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente, si su autor muere antes que la instancia introducida, haya concluido". Y las normas invocadas de los artículos 258 y 1099 son de excepción, y por lo tanto de derecho estricto, vale decir de interpretación restrictiva. La doctrina alemana, que admite la exclusión del derecho hereditario por la interposición de la demanda, como surge del recordado artículo 1933 no ha encontrado eco en las legislaciones modernas.

Los efectos del artículo 3574 son: exclusión del cónyuge para suceder ab-intestado a su consorte, tanto en los bienes gananciales como en los propios; revocación de las donaciones entre esposos, prometidas para después del fallecimiento de alguno de ellos, en las convenciones nupciales (artículo 1296). Todo ello queda borrado, como si el divorcio nunca hubiere existido; y por tanto resucitado y en plena vigencia el derecho hereditario entre esposos, si antes o después de la sentencia de divorcio los cónyuges se reconciliaron. Y si bien esta reconciliación de-

vuelve la vigencia del derecho hereditario por el solo hecho de la reconciliación, sin declaración formal alguna, no ocurre lo mismo con la sociedad conyugal, si ésta ha quedado disuelta con la sentencia de divorcio o por cualquier otro medio de los autorizados por la ley; ya que la sociedad conyugal no se reconstituye por la sola reconciliación de los esposos, sino por los actos exclusivos y formales independientes o no del divorcio y de la reconciliación, determinados por el artículo 1304; o sea de conformidad de ambos cónyuges declarada en escritura pública o por resolución judicial a pedimento de ambos esposos; y entonces sí que la reconstitución de la sociedad conyugal tiene un punto de contacto con la reconciliación de los cónyuges, y es que ésta borra el divorcio como si nunca hubiera existido, y la reconstitución de la sociedad conyugal restituye la situación al estado anterior a la separación de bienes.

Finalmente si la sentencia de divorcio imputa la culpabilidad a ambos cónyuges, ninguno de ellos heredará al otro; no debemos confundir esta situación con la petición de separación de bienes, ya que en el caso de ambos cónyuges culpables del divorcio, cualesquiera de ellos o ambos pueden pedir y obtener la separación judicial de bienes. El supuesto en el divorcio absoluto del artículo 31 de la ley 14.334; asimilación, en cierto modo, a la ley francesa: 1 año del divorcio "quo ad torum" en lugar de tres años desde la sentencia de separación. Derecho hereditario: Entiendo que el cónyuge inocente hereda. ¿En qué forma? Por aplicación del artículo 3570, ya que los gananciales se han transformado en propios.

Separación de hecho sin voluntad de unirse

La tercera causal de exclusión de la vocación hereditaria entre esposos es la contenida en la primera parte del artículo 3575 que dice: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse...". La ausencia de nota y de fuente a esta norma, ha hecho aparecer diversas interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia. Según Martínez Paz, la fuente inmediata de la disposición sería la ley uruguaya del 16 de junio de 1837, que confería vocación hereditaria al cónyuge "no estando separado de hecho o de derecho". El caso previsto por la primera parte de la norma que estudiamos es bastante frecuente en la vida real, porque hay muchos matrimonios que, ya sea por razones religiosas o sociales, no llevan su dificultad a los estrados judiciales, sino que resuelven separarse y suprimir la cohabitación. Ello puede ocurrir de común acuerdo o por la simple decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges. Esta separación de hecho no pro-

duce los efectos del divorcio, según así lo prescribe el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil al determinar que no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. La ley impone allí una sanción al quebrantamiento de la unidad familiar y a todos o algunos de los deberes conyugales. Dos son las interpretaciones que, en general, ha merecido el texto que estudiamos: a) la de los tratadistas y b) la de la jurisprudencia.

La primera, compartida por Rébora, Lafaille, Fornieles, Prayon y Bibilioni, y reflejada en el Anteproyecto de éste y en el Proyecto de Reformas de 1936, sostiene que debe subordinarse la pérdida del derecho hereditario a la culpabilidad del causante de la separación. Y enseña Bibilioni: "la esposa abandonada que se ha resignado en silencio, por motivos religiosos, en obsequio de sus hijos, o cediendo a influencias de familia, sigue siendo una víctima aunque sus reclamos no hayan llegado hasta un juez. Es indigno de sucederle el esposo que la abandonó. Y en el caso de ser la esposa la que huyó, tampoco es digna de invocar su título de esposa para recoger una herencia".

Sin embargo, Martínez Paz y De Gasperi se pronuncian por la pérdida del derecho hereditario por ambos cónyuges, sin tener en cuenta absolutamente para nada el elemento intencional, ya que ambos esposos han consentido en una vida irregular, y éste es el sentido de la ley, cuya norma, según ellos, es clara, terminante y justa.

La jurisprudencia primitiva se inclinó por la tesis que importa la pérdida del derecho hereditario de ambos cónyuges, desde un ángulo objetivo y con prescindencia de la intención, así parece ajustarse a la letra del articulado. Pero la jurisprudencia ha evolucionado hacia la teoría de la culpabilidad, fundándose en que evidentemente el Codificador ha tenido en cuenta el elemento intencional al decir el artículo "sin voluntad de unirse"; sólo debe sancionarse al cónyuge que no tuvo voluntad de unirse, al culpable de la separación de hecho; y así basta la voluntad de una sola de las partes en el sentido de mantener la voluntad de unirse a su cónyuge para conservar, el inocente la vocación hereditaria, y no es necesario haber hecho gestiones para obtener el reintegro del esposo o esposa al hogar.

Separación provisoria de los esposos

El último supuesto de exclusión hereditaria entre esposos está dado por la parte final del artículo 3575 cuando dice: "...o estando provisoriamente separados por juez competente". Esta disposición coordina con el artículo 68 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece: "Puesta la acción de divorcio, o antes de

ella en caso de urgencia, podrá el juez a instancia de parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta...". En la realidad, la disposición del artículo 3575 "in fine" tenía, hasta hoy, una aplicación práctica muy limitada, ya que la acción de divorcio era iniciada, generalmente, después de separados los esposos. Aquí los esposos son privados de sucederse por el solo hecho de la separación provisoria. Según Lafaille y Prayones, no se puede prescindir del elemento intencional, pero la dificultad estriba en que en la primera parte del artículo, al hablar de los cónyuges separados de hecho, Vélez Saraville ha dicho "sin voluntad de unirse", y eso no aparece en el último apartado. La solución de que el solo hecho de la separación provisoria produce la pérdida del derecho hereditario entre cónyuges, tiene una semejanza con el artículo 1933 del Código Civil Alemán, que acabamos de ver. En éste basta la interposición de la demanda y la imputación de falta para producirse la caducidad de la vocación hereditaria; claro que el supuesto no es igual, sino que tiene cierta semejanza, ya que, decretada la separación provisoria de los esposos, lo que ocurre generalmente al comienzo del juicio de divorcio, se produciría la pérdida del derecho hereditario, casi en la misma estación del juicio. Martínez Paz se pronuncia decididamente por la aplicación mecánica de la norma, por cuanto, para hablar de culpabilidad, debe haber sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el pleito por divorcio. Tanto Bilibiani en su Anteproyecto como el Proyecto de Reformas de 1936 incluyen el elemento intencional, al decretar la cesación del derecho hereditario con respecto al cónyuge culpable de la separación provisoria.

La jurisprudencia también se halla dividida.

En el Proyecto de 1936, en el artículo 1999 se determinan cuatro causales de exclusión: 1°) Matrimonio "in extremis", no rige si el matrimonio tuvo por fin regularizar una convivencia anterior; 2°) Separados por sentencia judicial: el que hubiese dado causa para ello, es decir, el culpable; 3°) Separados de hecho sin voluntad de unirse: también el que hubiese dado causa para ello, o sea el culpable; 4°) Separados provisoriamente por mandato judicial: también se determinará, en la oportunidad de la sentencia, quién es el culpable. En esta materia de separación provisoria de los esposos ha aparecido el problema, surgido de las dificultades de obtener locaciones, cuál esposo es el que tiene derecho a permanecer en la vivienda u hogar conyugal. Esto merecerá oportunamente un artículo mío, pues el tema es extenso y con enfoques doctrinarios complejos, y hay que vincularlo completamente al depósito de la mujer en casa honesta, haciéndolo jugar dentro del derecho comparado y dentro del movimiento jurisprudencial argentino.

Successión entre afines

No existe en el derecho argentino, pero se creaba esa sucesión en el artículo 2001 del Proyecto de Reformas del año 1938, así: "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en las dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del artículo 1999". Y ese artículo 1999 dispone la exclusión hereditaria de los cónyuges en los casos de matrimonio "in extremis", separación por sentencia judicial, separación de hecho sin voluntad de unirlos, y separación provisional por mandato del juez.

20

DERECHO POLITICO

Breve introducción a su estudio

MARIO JUSTO LOPEZ

Profesor Asociado de Derecho Político

¿Qué es el Derecho Político?

1. — Una de las preguntas que más frecuentemente me han hechas los estudiantes —durante las clases y al margen de ellas— es ésta: ¿Qué es el Derecho Político? La respuesta —he contestado casi siempre— no es fácil ni corta. Y no es lo uno ni lo otro porque la pregunta, aunque aparentemente simple, lleva implícita varias otras: ¿Cuál es su objeto? (¿Cuáles temas o asuntos abarca?), ¿Cuál es su finalidad? (¿Para qué sirve?), ¿Cuáles son sus relaciones con a Teoría del Estado y con la Ciencia Política?, etc., etc. De modo que para satisfacer, así sea en alguna medida, la curiosidad, por cierto justificable, de los jóvenes alumnos, he ensayado una explicación, que aquí reproduzco en la creencia, y con la esperanza, de que resulte útil a algunos otros estudiantes a quienes acucie la misma inquietud cognoscitiva ¹.

La expresión "Derecho Político"

2. — La expresión "Derecho Político" para abarcar un conjunto de temas o asuntos relativamente determinados y relacionados entre ellos, sólo se la encuentra, con ese alcance, en idioma español. No acostumbran a usarla, por ejemplo, los franceses ni los italianos, pese a que no habría dificultad gramatical en hacerlo (*Droit Politique* y *Diritto Politico*, respectivamente). Al parecer, la expresión, que comenzó a emplearse en España durante el siglo XIX, corresponde a la traducción de la palabra alemana *Staats-*

¹ Por otra parte, el presente trabajo puede resultar también útil para desarrollar algunos puntos expresos del actual "Programa de examen" de Derecho Político, como, por ejemplo: "Derecho Político: definición, finalidad, contenido, ramificaciones" (Bohlla VII, primera parte); "Política: acepciones y alcances... Ciencia técnica" (Bohlla II, primera parte); "Doctrina del Estado: concepciones" (Bohlla III, primera parte).

recht, aunque en ese idioma no tiene siempre el mismo significado³. El hecho es que la expresión fué utilizada en distintas Universidades españolas, durante las últimas décadas del siglo pasado, para bautizar la cátedra que sucesivamente se fué creando en sus respectivas Facultades de Derecho⁴, cuyo objeto principal era el estudio del Estado, y el hecho es también que esa denominación perdura aún en España⁵ y ha sido adoptada, en su

³ Traduzco Staatsrecht por Derecho político, no sin comprender que a veces no son equivalentes estos términos: pero el otro con que pudiera traducirse, Derecho Público, tiene vocablo especial en alemán, como en español, para ser designado, öffentliches. Además, de este modo ha sido interpretado por personas tan mercedarias de mención como Dorado Montero, "Derecho político filosófico", España Moderna, y Posada en varios trabajos. (De los Ríos, Fernando, "Adónde va el Estado?", ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1961, p. 172. Contr. Posada, Adolfo, "Tratado de Derecho Político", 5ª edición, Madrid, 1935, tomo 1º, p. 13; Jellinek, Georg, "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 287; Linares Quintana, Segunda V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo I, p. 291. Este último autor dice: "Los autores alemanes denominaron al derecho del Estado, Staatsrecht, que puede traducirse por derecho político, mejor que por derecho público, pues para distinguir a éste utilizan la expresión öffentliches Recht").

⁴ En la década de 1870 a 1880 había cátedra de Derecho político, por lo menos, en la Universidad de Oviedo, y, casi al mismo tiempo, la enseñaba también en Madrid, fuera de la Universidad, don Francisco Giner de los Ríos. El primero de octubre de 1883 don Adolfo Posada dió su primera clase de Derecho Político en la Universidad de Oviedo: al año siguiente publicó "Principios de Derecho Político", y, en 1893, la primera edición de su "Tratado de Derecho Político" (Pérez Serrano, Nicolás, Prólogo a "La Idea Pura del Estado" de Adolfo Posada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f. —1944!—, p. 7-10). Sempay afirma, sin mencionar la fuente, que, anteriormente, en 1836, se había creado la cátedra de Derecho Político en el Ateneo de Madrid. (Sempay, Arturo Enrique, "Introducción a la Teoría del Estado", Buenos Aires, 1951, p. 393, nota 1).

⁵ Según Luis Recasens Siches ("La science politique en Espagne depuis trente ans", en *Les Sciences Politiques Contemporaines*, publicación de la Unesco, París, 1950, p. 287), en España, la disciplina que se ocupa de los grandes principios de la política, pero en sentido estricto, lleva tradicionalmente el nombre de "derecho político", aunque esta expresión tiende cada vez más a ceder su lugar a la expresión, más precisa y más moderna —según él— de "Teoría General del Estado".

momento, por algunas universidades sudamericanas, entre ellas las argentinas ⁴.

Derecho Político, según Posada y de De Vedia y Mitre

3. — Si se atiende al origen y a los antecedentes de la denominación de la cátedra y al influjo que ejerció sobre ella el maestro español don Adolfo Posada ⁵, nada parece mejor que buscar el sentido y el alcance de la expresión "Derecho Político" en el conocido Tratado de que aquél es autor ⁶. Según él, el Derecho Político es una de las Ciencias Políticas Especiales, expresa la penetración —reflejada en su nombre— de dos nociones, el Estado y el Derecho, y, como su base real es el conocimiento previo del Estado, se funda necesariamente en una Teoría del Esta-

⁴ En nuestro país, la primera cátedra se creó en 1824, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y recibió el nombre de "Derecho Político". Sobre la creación de la cátedra y su denominación influyó el curso dictado, poco antes, en la misma Facultad, por el profesor español Adolfo Posada. (Conf.: Rodríguez Larreta, Augusto, "Sobre la enseñanza del Derecho Político", Buenos Aires, 1926). Desde antes, habían sido publicadas en la República algunas obras con la misma denominación. (v.g.: del Valle Iberlucea, Enrique "Derecho Político", en "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1899, t. II, pp. 370-390 y 542-556 y t. III, pp. 42-82). En 1925, el Dr. Carlos Sánchez Viamonte publicó su obra "Derecho Político", Ed. Revista Sagnier, La Plata. En esa obra decía su autor: "Hasta ahora, el Derecho Constitucional de los pueblos latinoamericanos, como su fuente inmediata el Derecho constitucional de los Estados Unidos, se ha limitado a su interpretación práctica de los textos, sin que acoeme duda alguna sobre la verdad de los principios proclamados y elevados a la categoría de dogmas. Apenas, sí, una que otra reflexión ambigua sobre el carácter popular del poder soberano, pero jamás cavilaciones o inquietudes claramente expresadas acerca de los problemas fundamentales contenidos en la naturaleza de la soberanía del Estado, del poder constituyente, de los derechos individuales, del sufragio, de la libertad jurídica, etc. En pocas palabras: América no tiene Derecho político ni ha comenzado a crearlo". ... "Para los europeos, el Derecho Constitucional no pasa de ser el aspecto estructural del derecho político, y para los americanos, el Derecho político no va más allá del Derecho constitucional. Sin embargo, va es tiempo del Derecho político en América latina, y no será tolerable al marco de la Constitución cuando la vida exija su ensanchamiento" (Conf.: Sánchez Viamonte, Carlos; "El Poder Constituyente", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1927, pp. 7 y 20).

⁵ *Supra*, nota anterior.

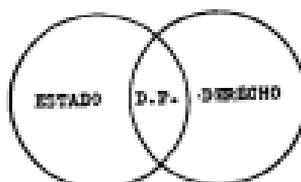
⁶ POSADA, ADOLFO, *op. cit.* (*Supra*, nota 2).

do⁸. El doctor Mariano de Vedia y Mitre, primer profesor titular de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires, recogió en las clases de su curso inicial la opinión de Posada, rectificándola en parte, pues le parecía más exacto decir que el objeto de la disciplina que enseñaba, se encontraba en la confluencia de la Política (en lugar del Estado) y del Derecho⁹. Las respectivas posiciones de Posada y de De Vedia y Mitre podrían expresarse gráficamente con dos figuras iguales y una sola modificación en los términos.

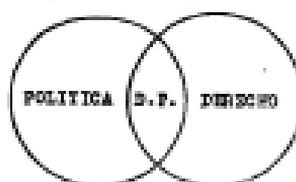
⁸ Evidentemente, la posición de Posada sobre el particular no es susceptible de ser resumida en pocas palabras, como se intenta, sin éxito, en el texto. La ubicación del Derecho Político como una de las Ciencias Políticas especiales, se comprende si, como lo hace Posada, se admite una Ciencia Política —Ciencia General del Estado, que tiene por objeto el Estado íntegramente considerado— diferenciada de las disciplinas especiales —que tienen por objeto uno sólo cualquiera de los aspectos de aquél o sus contactos con otras manifestaciones de la vida humana (op. cit., tomo 1^o, pp. 22-24 y 23-24)—. En este último caso, por la relación del Estado con el Derecho, se encuentra el Derecho Político (op. cit., especialmente pp. 26, 27-41 y 34-35) y por eso constituye una de las Ciencias Políticas especiales. Pero para encerrar su objeto principal, es decir, la relación entre Derecho y Estado, se necesita saber qué es el Estado, su naturaleza, composición y proceso; por eso, "el Derecho Político se ha de fundar en una Teoría del Estado" y constituye el tercero —y culminante— momento de la elaboración sistemática de esta última. (Op. cit., p. 26).

⁹ DE VEDIA Y MITRE, MARIANO, "Derecho Político" (versiones taquigráficas publicadas por el Centro Estudiantil de Derecho y Ciencias Sociales), Buenos Aires, 1924, p. 25. El concepto de De Vedia y Mitre coincide más rigurosamente que el de Posada con la denominación en uso: Derecho Político. Sin embargo, debe señalarse que el profesor argentino no insistió posteriormente sobre el particular y que, por el contrario, ha llegado a expresar lo siguiente: "...La relación del Derecho con el Estado y en el Estado constituye la base del derecho político". (De Vedia y Mitre, Mariano, "Historia General de las Ideas Políticas", Ed. Kraft, Buenos Aires, 1946, tomo 1^o, pgs. 5-6). A su vez, Posada, en el contenido de su difundido Tratado, ha llegado a decir: "Importa determinar el concepto de la Política para definir el significado propio del Derecho Político" (op. cit., tomo 1^o, pp. 11-12); pero, a nuestro juicio, es sólo cuestión de palabras que se aclara con citas del mismo autor: "Si el Estado es el objeto de la Política, el Derecho Político ha de definirse como el Derecho del Estado" (Id., p. 54).

Según Posada:



Según De Vedia y Mitre:



Derecho Político, según Jellinek, Kelsen y Heller

4. — Para Jellinek, el Derecho Político o, como él dice, la doctrina general del Derecho Político, es una parte de la Doctrina (o Teoría) General del Estado: la parte jurídica de esta última, en contraposición con la parte sociológica¹². Rechazada por Kelsen la "Teoría de las dos naturalezas" del Estado, la Doctrina (o Teoría) General del Estado se identifica, según él, con la Teoría del Derecho Político¹³. Heller, por su parte, no precisa el concepto de Derecho Político, pero le resta importancia, en tanto conocimiento exclusivo de lo normativo, pues no concibe la Teoría del Estado sino integralmente como Ciencia Política: ciencia de la realidad, que tiene por objeto el conocimiento del Estado en su conexión total¹⁴.

El concepto de Derecho Político y la asignatura llamada Derecho Político

5. — Resultaría cargosa, a la vez que estéril, la enunciaci6n de otras opiniones relativas al concepto de Derecho Político. Con lo dicho, basta para extraer lo que tienen de com6n las posici6-

¹² JELLINEK, GEORG, op. cit., p. 3: "El Estado es, de un lado, una construcci6n social y de otro, una instituci6n jur6dica. Conforme a esto, div6dese la doctrina del Estado en doctrina social y doctrina jur6dica del Estado. For consiguiente, la doctrina general del Estado abarca: la doctrina general sociol6gica del Estado (*Allgemeine Soziologie des Staates*), y la doctrina general del Derecho Político (*Allgemeine Staatsrechtlehre*). Esta 6ltima, o sea el conocimiento de la naturaleza jur6dica del Estado y de los conceptos fundamentales del Derecho Político, es, pues, tan s6lo una parte de la doctrina general del Estado" (id., p. 3). Se explica, así, de acuerdo con esa posici6n de Jellinek, estas palabras suyas: "En la historia de la literatura pol6tica desde Maquiavelo hasta Montesquieu, existe un gran n6mero de investigaciones b6dricas que no tienen nada com6n con aquella parte de la doctrina del Estado que llamamos hoy doctrina general del Derecho Político" (id., p. 9).

¹³ KELSEN, HANS, "Teoría General del Estado", Ed. Nacional, M6xico, 1954, pp. 7-9 y 81.

¹⁴ HELLER, HERMANN, "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Econ6mica, M6xico, 1947.

nes expuestas, pese a sus diferencias de grado o de matis¹³. Lo que tienen de común es la confluencia del Derecho con el Estado (o la Política), es decir, la faz jurídica de este último. Ello coincide con la etimología de la palabra alemana *Staatsrecht* y con la propia de la expresión española. Derecho Político no es, así, sino Derecho del Estado o si se quiere Derecho Constitucional General o Introducción al Derecho Constitucional¹⁴. Sin embargo, ¿es ese, acaso, el contenido de la materia, según los programas en uso en las cátedras llamadas de Derecho Político? Se impone, sin duda alguna, la respuesta negativa. Una cosa es el concepto de Derecho Político, según los tratadistas que lo consideran, y otra, mucho más amplia, es el contenido de los programas de las cátedras llamadas de Derecho Político. Por eso se explica y se justifica que, desde hace tiempo, se haya criticado la denominación dada a las

¹³ El destino, finalidad, contenido y ramificaciones del Derecho Político a que se refiere el programa (Bolsita VII, primera parte), resultan distintos según sea el autor que se considere. Jellinek dedica a la Teoría general del Derecho Político el libro tercero de su "Teoría General del Estado" (op. cit.). En su concepto, el Derecho Político, en amplio sentido, es una de las dos ramas del Derecho Público; la otra es el Derecho Internacional. A su vez, el Derecho Político, en amplio sentido, se divide en Derecho Judicial (Penal y Procesal), Administrativo y Político en sentido estricto (Constitucional) y éste comprende el estudio del Estado en los siguientes aspectos: situación jurídica de sus elementos; propiedades del poder; la constitución; los órganos; la representación; las funciones; la estructura; las formas; las uniones. Kelsen, que identifica la Teoría del Estado con la Teoría del Derecho político, dedica a esta última los libros segundo y tercero de su "Teoría General del Estado" (op. cit.). El primero corresponde a "la validez del orden estatal" (estática) y comprende las teorías del poder y sus propiedades, del territorio y el pueblo, de la centralización y de la descentralización y de las uniones de Estados. El segundo corresponde a "la creación del orden estatal" (dinámica) y comprende las teorías de los poderes o funciones (etapas de la creación), de los órganos (órganos de la creación) y de las formas (métodos de la creación) del Estado. Por su parte, clasifica el contenido de su Tratado en "Introducción y Teoría del Estado" (tomo primero) y "Derecho Constitucional comparado" (tomo segundo); pero, a decir verdad, el contenido excede a la estricta significación de los títulos.

¹⁴ Jellinek advierte que el concepto de Constitucionalismo, desarrollado por los ingleses durante el siglo XIX, de ningún modo coincide con la denominación alemana de Derecho Político (op. cit., p. 287) y que los franceses llaman al Derecho Político, en sentido estricto, *Droit Constitutionnel*, lo que no es una expresión acertada, a su juicio (op. cit., p. 292). El holandés R. Kranenburg, que en lugar de Derecho Político usa la expresión "Teoría Política", afirma que el verdadero objeto de esta última está formado por las cuestiones introductorias al estudio del derecho constitucional positivo (Kranenburg, R., "Teoría Política", Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 8). Puede encontrarse interesantes referencias sobre las relaciones del derecho constitucional con la política, en Linares Quintana, Segundo V., op. cit., tomo I, pp. 351-362.

asignatura y se haya propugnado su reemplazo por otra más apropiada ¹².

Contenido del programa de Derecho Político

6. — El Derecho Político, en cuanto materia incluida en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y de acuerdo con el programa en vigor para su enseñanza y examen, abarca un conjunto de temas que evidentemente desbordan los límites de las relaciones del Estado (o la Política) con el Derecho. Contiene la historia de las ideas políticas en conexión con la historia de los hechos políticos; algunos tópicos, sin enfoque sistemático, de dinámica política; temas introductorios a la Teoría de la Constitución o, con más propiedad, del constitucionalismo; los principales elementos para la consideración del Estado en su faz sociológica, y, además, entre otros temas diversos, los capítulos propios y exclusivos del Derecho Político. ¿Cuál es, pues, el objeto real de la asignatura y cuál es el nombre que con justicia le corresponde? La respuesta requiere una aclaración previa. Ciencia (general) del Estado, Teoría o Doctrina (general) del Estado, Ciencia Política, Teoría Política, Política, Ciencias Políticas (y Morales), Derecho Político: con todas estas denominaciones, y con algunas más, se abarca un conjunto de temas y materias, de dudosa unidad y relación entre ellos, de contenido elástico y de límites imprecisos. La discusión acerca de la denominación apropiada de los conceptos básicos unificantes y de la determinación del contenido y de los límites, viene de lejos y no ha concluido. Por nuestra parte, sin ánimo de dogmatizar, pero al mismo tiempo sin hacernos eco de la interminable discusión, expondremos lo que consideramos fundamental y clarificador.

El objeto de estudio: la política

7. — El objeto de estudio es la política, y no solamente el Estado. El concepto de política comprende al Estado y, además, una serie de fenómenos que no son estatales, pero que constituyen la atmósfera en que se desarrolla la vida de aquél. Abstracto el Estado de su conexión social total es privarlo de su realidad. No hasta, por eso, el estudio de la Teoría, salvo que, ampliando su objeto y su sentido, se la considere como Ciencia Política. El estudio, pues, debe ser integral; no debe ser relativizado o parcializado, considerando sólo el sistema de normas (Kelsen), o el poder

¹² DANA MONTAÑO, SALVADOR M., "Introducción a la Política Científica", Sarita Pa, 1939, pp. 8-10. El profesor inglés William A. Robson, ha señalado que en muchas universidades se enseña Ciencia Política con otro nombre ("Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur: Science Politique", publicación de la Unesco, París, 1955, p. 19).

de decisión (Schmitt) o el Estado "en general" (Jellinek). El Estudio del Estado, integralmente, no significa la consideración de todas y cada una de sus relaciones con otros objetos de conocimiento, pero sí la consideración de las notas necesarias de su ser actual, su estructura y sus funciones y, también, su devenir histórico y las tendencias de su evolución¹⁸. Para ello, las nuevas corrientes de la Ciencia Política coinciden en concentrar la atención, con criterio unitivo, en el estudio del poder¹⁹ y acuerdan a la dinámica política un lugar preferente²⁰.

Política y Ciencia Política

8. — Aunque la palabra "política", en su uso griego y clásico, significa conocimiento de la "polis" y puede traducirse por "Ciencia del Estado"²¹, nosotros, más en consonancia con el empleo actual de aquélla, hemos de reservarla para denominar la actividad relacionada con la conquista, conservación y ejercicio del poder y de la resistencia al mismo, y hemos de emplear la expresión "Ciencia Política" para referirnos al conocimiento de esa actividad. De ese modo distinguiremos entre *gnosis* (Ciencia Política) y *praxis* (política) del mismo modo que se distingue la historiografía de la historia y la biología de la vida. Las antiguas distinciones entre la Política como Ciencia y la Política como Arte, entre la Ciencia teórica del Estado y la Ciencia práctica de la Política,

¹⁸ El desarrollo de las ideas enunciadas en el texto puede encontrarse en Hermann Heller, *op. cit.*, pp. 21 y ss. y 72 y ss. Debe destacarse que no pasó inadvertida para Jellinek la inconveniencia de convertir el Derecho Público en pura dogmática jurídica o en pura lógica formal. (*Op. cit.*, p. 12-14).

¹⁹ "La Ciencia Política consiste en estudiar la naturaleza, los fundamentos, el ejercicio, los objetivos y los efectos del poder en la sociedad"; en particular, la forma de conquistarlo, conservarlo, ejercerlo y resistirlo, con la salvedad de que no se trata sólo del poder de los grandes Estados sino también de otras formas sociales: las Iglesias, los sindicatos, los grupos comerciales, etc. (Robson, William A., *op. cit.*, ss. 17 y 18). Confr.: Bourdieu, Georges, "Méthode de Science Politique", *Dalloz*, París, 1898, p. 186 y ss.; y "Traité de Science Politique", *Livr. Gén. de Droit et de Jurisprudence*, París, 1949 (tomo 1) a 1957 (tomo VII). Es de señalar también que Bertrand de Jouvenel ha titulado "El Poder" a su obra máxima —Editora Nacional, Madrid, 1996— y que, a principios del siglo, Jellinek reconocía que "lo específico en el (el) Estado, lo que lo diferencia de todos los otros fenómenos, son las múltiples relaciones del poder público, que no pueden ser aisladas, explicadas, en lo que tienen de peculiar, por medio de otras ciencias". (*Op. cit.* p. 54).

²⁰ Georges Bourdieu dedica la tercera y última parte de su "Méthode" a la dinámica política y clasifica su estudio en los siguientes capítulos: 1) El orden y el movimiento; 2) La determinación de las actitudes; 3) Las fuerzas políticas; 4) La decisión política. (*Op. cit.*, p. 367 y siguientes).

²¹ Jellinek, *op. cit.*, p. 41.

entre la Teoría del Estado (que tiene por objeto el ser del Estado) y la Política (que tiene por objeto el deber de ser del Estado), nos parecen insuficientes y son, además, a nuestro juicio, fuentes de errores y de confusiones; pero, la crítica de esas distinciones alargaría excesivamente este trabajo. Estimamos, empero, necesario y provechoso detenernos en la indicada distinción entre actividad (*praxis*) y su conocimiento (*gnosis*).

La política como actividad

9. — La política es esencialmente actividad, acción, obrar, conducta, práctica, aplicación, sin que interese a nuestro objeto las diferencias de matiz que correspondan entre las significaciones de esas distintas palabras, pues las empleamos todas juntas para que se complementen unas con otras a fin de proporcionar la idea total que procuramos destacar. Actividad, pues, en sentido amplio, y actividad multiforme, de varias dimensiones, aunque con esencial unidad. Actividad del Político —al margen de la actividad propia de los órganos del Estado—, que es conducción de ciudadanos en lucha— por altos ideales o por mesquinas ambiciones— para conquistar, conservar o resistir al poder y que puede ser —y debe serlo— verdadera cátedra de docencia cívica. Actividad del estadista —del gobernante—, que es conducción de un pueblo, a través del ejercicio del poder del Estado. Y actividad del doctrinario, que es pensamiento orientado hacia la acción, proyectándose en ella, tanto en la faz agonística del político como en la faz arquitectónica del estadista. Hacer, y pensar para el hacer, con relación a la posesión y ejercicio del poder —y de sus objetivos: he aquí el contenido integral de la política —actividad—.

Actividad del político y actividad del gobernante

10. — La política —actividad— es *quehacer práctico, hecho por el poder* —faz agonística, tarea del político— y *ejercicio del poder* —faz arquitectónica, tarea del estadista—. Lucha, pues, para imponerse, la una; ejercicio de función gubernativa, la otra²². Desde luego, no atribuimos a la diferenciación entre la tarea del político y del estadista un valor categórico. El deslinde no es absoluto y las palabras empleadas ("político" y "estadista"), son, eti-

²² "Con la política, no hay dificultad de definición. Es una actividad: sea la que despliegan los gobernantes, sea la que se desarrolla, en la sociedad, con miras a ocupar las funciones de dirección. En consecuencia, la política engloba los fenómenos bajo su aspecto dinámico. Podemos decir, entonces, que la política engloba todos los fenómenos sociales en la medida en que se encuentran implicados por la actividad dirigida sea a la conquista del poder, sea a su ejercicio". (Bourdieu, Georges, "Método", cit., p. 87). "Dentro de la política "lato sensu", o como técnica de convivencia social según planes comunitarios, puede

mológicamente, sinónimos. Pero la idea sobre el político se vincula más a la lucha por el poder y la idea sobre el estadista, al ejercicio del poder, desde los órganos del Estado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las figuras del político y del estadista, así caracterizadas, si bien no se identifican tampoco se excluyen necesariamente. Por el contrario, en toda su envergadura, la figura del político es omnicompreensiva y abarca también la del estadista²¹. En su total dimensión —cuando la alcanza de verdad— el político no sólo lucha por el poder, conduce, educa, crea, gobierna aun desde el llano, es estadista sin ejercer función pública y sigue siendo político —conductor, educador, creador— cuando toma en sus manos el timón del Estado.

La política, como arte y como técnica

11. — Esa actividad multiforme, en que consiste la política, no es puramente espontánea, ni mecánica o, por lo menos, no lo es comúnmente. Es actividad deliberada, dirigida a fines y sujeta, de algún modo, a reglas. Es, pues, *arte y técnica*: arte, cuando predomina el factor creativo; técnica, cuando predomina el factor rutinario²². Arte y técnica, sobre todo, de conducir, sea desde

señalarse también dos campos estrechamente vinculados y siempre fluidos en sus linderos, cuando la colectividad responde a la especie Estado. Son los campos de política gubernativa y de política no gubernativa. La primera es la que hace el aparato estatal como director de la comunidad. La segunda es la que hacen los individuos mientras no la asuma el Estado, cuenta hecha de que la que éste despliega es una delegación originaria de la comunidad, efectuada a través del acto constituyente". "Por otra parte, en la política no gubernativa puede señalarse una sub-especie, que es la política de conquista del gobierno, o "pragmática del poder". Es una política "agonística" en cuanto entraña lucha o disputa que, bajo los sistemas democráticos, tiene específicas modalidades". (Linares, Juan Francisco. "Poder discrecional administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958).

²¹ En esclarecedor artículo periodístico, ha escrito Posada: "La característica del político de acción digna de este nombre es la habilidad para conducir ciudadanos y, en la esfera más elevada, la característica del político, hombre de Estado, es su arte de conductor de su pueblo". (Posada, Adolfo. "Revisión de Conceptos. Política de acción", diario "La Nación" de Buenos Aires, 1964). También en su Tratado ha escrito el maestro español ... el "hombre político, que en la más alta representación, es el hombre de Estado" (Op. cit., tomo primero, p. 35).

²² José Ferrater Mora dice que "técnica significa originariamente arte, es decir, modo de hacer una cosa, procedimiento" ("Diccionario de Filosofía", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1961, 2ª edición, p. 913); pero Werner Jaeger advierte que nuestro concepto del arte no refleja de un modo adecuado el sentido de la palabra griega *techné*. Esta tiene: de común con el arte la tendencia a la aplicación y el aspecto práctico pero acentúa, en oposición a la tendencia creadora individual, no sometida a reglas que caracteriza a aquél, el factor concreto del saber y de la capacidad, propio de una especialidad. Además, en su acepción griega, *techné* expresa actividades que no responden a simples rutinas, sino

el llano, sea desde el gobierno, pero también de actuar sobre la realidad, modificándola, creando y educando.

Actividad y pensamiento político

12. — La política —actividad— no es puro quehacer fáctico —físico y psíquico— lucha por el poder y ejercicio del poder—, es también pensamiento destinado a ese quehacer²²; pero, este tipo de pensamiento, orientado hacia la praxis y que forma parte de ella, debe distinguirse conceptualmente, del pensamiento orientado hacia la gnosis, hacia el conocer, metódico y objetivo. El primero es todavía política; el segundo deviene Ciencia Política. Sobre un mismo objeto difieren fundamentalmente los enfoques. Esto no significa que la Ciencia Política pueda separarse radicalmente del arte político, ni que deje de ser Ciencia práctica, ni que omita la consideración del deber ser del Estado, ni que, por tanto, sean extraños a ella los juicios de valor²³. Significa solamente una distinta orientación de la finalidad del pensamiento y, por eso, también de su estructura. La Ciencia Política aspira a un conocimiento que tenga validez general y sea susceptible de con-

a reglas generales y a conocimientos seguros". ("Paideia - Los ideales de la cultura griega", Fondo de Cultura Económica, México, 1944, tomo II, p. 156). Dice Posada: "La política práctica, concretamente es acción que se produce espontáneamente en la vida del hombre —ser político— y que alcanza diversos grados de preparación y de intencionalidad, hasta realizarse como arte o con arte —arte político-técnica del gobernante y arte del hombre de Estado, arte varonil, que dice Max Scheler o como aprendíamos ya en Platón, el arte del Político que practica la ciencia de conducir a los hombres no como rebaños, y que manda y gobierna sin despreciar nada de lo que puede contribuir a la prosperidad del Estado". (Op. cit., t. II, pp. 36-37). Sobre la Política como arte, véase también: Jellinek, George, op. cit., p. 11.

²² La Ciencia Política "no se concreta a estudiar el caudal caótico de la opinión pública o de los hechos de los estadistas, sino también las especulaciones de los grandes pensadores que trataron de comprender los problemas de la sociedad y de obtener por el pensamiento el mejor modo de ordenar las relaciones humanas". (Crossman, R. H. S., "El programa del Estado Moderno", Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 18). Ha dicho Ortega que "el pensamiento político es sólo una dimensión de la política. La otra es la actuación". (Ortega y Gasset, José, "Tríplice" - "Mirabeau o el político", Espasa Calpe Arg., Buenos Aires, 1962, 3ª ed., p. 15). Cuando el filósofo español formula esa afirmación acerca de la naturaleza bidimensional de la política, está pensando en Mirabeau, es decir, en el arquetipo de político militante. Por tanto, allí, el pensamiento político forma parte de la praxis; no es Ciencia Política.

²³ "La Teoría del Estado es también, en realidad, una ciencia práctica y no una ciencia libre de toda valoración y de toda política; y, por su parte, la Ciencia Política, en cuanto es ciencia, es también teoría. El ser y el deber ser aparecen tan intrínsecamente entrelazados en todas las ciencias de la sociedad como la teoría y la práctica". (Heiler, Hermann, op. cit., p. 73).

frontación y de comunicación; el pensamiento político orientado hacia la acción, aspira al éxito en la dinámica de la lucha por el poder²⁵. Sin embargo, la distinción conceptual —que es imprescindible para que exista verdaderamente una Ciencia Política— no siempre puede ser obtenida y mantenida con nitidez. Frecuentemente, como lo ha advertido Kelsen alguna vez, la aspiración cognoscitiva (hacia la verdad teórica) marcha en "ímpara mezcla" con la intención política (hacia el postulado político)²⁶. Empero, la constancia del riesgo es la base necesaria para afrontarlo y superarlo.

²⁵ "El teórico se esfuerza constantemente por subordinar su voluntad de poder a su voluntad de conocimiento. Para el práctico, en cambio, el saber y el conocimiento sólo tienen importancia en cuanto puedan ser inmediatamente utilizados como arma para la lucha política" (Heller, Hermann, op. cit., p. 78 - Confr.: *ib.* p. 73). "Hay una diferencia evidente según que una formación de ideas aparezca como fuerza activa en la realidad, convirtiéndose, valga la frase, en ojo de la voluntad dirigida a la transformación de la realidad, o aparezca como idea directa según la cual deben reunirse y ordenarse teóricamente la multitud de lo efectivo, que de otro modo correría disperso, poniéndose así al servicio de la tarea de dar el armazón conceptual y en él la posibilidad lógica a la concepción de la realidad". (Freyer, *id.*, "La Sociología ciencia de la realidad", Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, p. 335-338).

²⁶ Kelsen, *ib.*, op. cit., pp. 299-300 y 303 y ss. También Jellinek reconoce que es casi imposible determinar con precisión el límite entre la Ciencia del Estado y la política (op. cit., pp. 10-11) y dice Cole que "de hecho, resulta imposible mantener estas dos cuestiones separadas. La curiosidad teórica en cuanto al fundamento de la asociación política se ha mezclado en todo tiempo con el anhelo práctico de poner orden en la sociedad actual" (Cole, G. D. H., "Doctrinas y Formas de la Organización Política", Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 8). Por otra parte, corresponde advertir que hay quienes rechazan abiertamente la posibilidad de una efectiva distinción entre *prose* y *praxis*. Así, por ejemplo, los pragmatistas y los marxistas. Con respecto a estos últimos (el marxismo como "filosofía de la praxis") revisen especial interés los estudios de Rodolfo Mondolfo ("Feuerbach y Marx", Ed. Claridad, Buenos Aires, sin fecha; y "El materialismo histórico en F. Engels y otros ensayos", Ed. Raigal, Buenos Aires, 1954, pp. 389 y 397). Con otro enfoque, el inglés Crossman señala también aquella imposibilidad; luego de trazar una esclarecedora analogía entre la política y un arroyo que corre por el parque de su casa, concluye: "...el pez nunca logrará obtener un punto de vista realmente objetivo del agua y del fango, como puede lograrlo yo, porque nunca podrá contemplarlos desde afuera" y, más adelante, tratando de interpretar a Hegel, agrega: "El análisis filosófico y el verdadero entendimiento llegan después del período declavo y únicamente pueden hacer un melancólico e inactivo juicio sobre los hechos sucedidos... La lechuza de Minerva levanta su vuelo sólo cuando han caído ya las sombras de la noche". (Crossman, R. H. S., op. cit., pp. 12 y 209). En otro sentido, es también ilustrativa la contribución de Karl Mannheim respecto del condicionamiento social del pensamiento político ("Ideología y Utopía - Introducción a la sociología del conocimiento", Fondo de Cultura Económica, México, 1941).

El constitucionalismo o la política como oficio de ciudadano

13. — Pero la política, en su total dimensión, adquiere con el advenimiento del Constitucionalismo nuevos y específicos matices. "La transformación del Estado que supone el constitucionalismo, y merced a la cual deja aquí de concretarse en el príncipe o en el gobernante, para fundirse en la comunidad del pueblo, tenía que provocar un cambio radical en la concepción de la Política, que ya no podía ser oficio de príncipes ni mera tarea de gobernantes"²⁷. Y no es solamente que ahora haya que prestar atención a la faz agonística de la política. Acaso, ¿no la han prestado —y con la máxima intensidad— Nicolás Maquiavelo y sus numerosos continuadores? Lo que sucede —lo nuevo, lo hasta entonces inédito, si se omite la reminiscencia atenienso— es que el quehacer político se universaliza o tiende a universalizarse —por lo menos, como debe ser— y deja de ser mero oficio de príncipe —solamente oficio de príncipe— para convertirse en oficio de ciudadano —sobre todo, oficio de ciudadano—. Y decimos "oficio de ciudadano", porque no se trata sólo del ejercicio del conjunto de derechos que la democracia acuerda o reconoce al ciudadano, sino también, y fundamentalmente, del cumplimiento del conjunto de deberes que la Constitución le impone, más que a través de sus normas expresas, por los imperativos éticos que le son consubstanciales²⁸.

La ciencia política y sus interrogantes básicos

14. — Esa multiforme actividad que es la política, ese inmenso quehacer —con su dosis de pensamiento proyectándose sobre ese quehacer— que alcanza con el Constitucionalismo su expresión más amplia, al llegar a ser, además y al margen de oficio de gobernante, oficio de ciudadano, es lo que constituye el objeto de conocimiento de la Ciencia Política. ¿Se trata de una ciencia nueva? ¿Es realmente una ciencia? ¿Tiene un objeto preciso?

²⁷ Pazara, *Antero*, op. cit., tomo 19, p. 13.

²⁸ "Lo que constituye el hecho nuevo, fundamental y sensacional de la época contemporánea no es la democracia, que asoma constantemente a lo largo de la Historia, ni la república, que se presenta bajo diversos aspectos: es el constitucionalismo". (Sánchez Viamonte, Carlos, "El Poder Constituyente", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1927, p. 23). "El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquí. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar. No hay en esto nada completo ni definitivo, pero es un gran triunfo. Comprender, aunque sea parcialmente, las condiciones del éxito de este sistema es, a mi parecer, la tarea más importante de la ciencia política". (Friedrich, Carl J., "Teoría y realidad de la organización constitucional democrática", Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 10).

¿Tiene un método adecuado? ²⁰ No nos proponemos responder, por nuestra cuenta, a esos interrogantes, pues sería terciar en un debate en pleno desarrollo; pero, consideráramos conveniente, para poner fin a esta exposición, decir algunas palabras orientadoras acerca de esas cuestiones.

La Ciencia Política ¿es una ciencia?

15. — Puede afirmarse, sin hesitación, que los orígenes de la Ciencia Política se remontan a Platón y a Aristóteles y que ella, aunque con intermitencias, ha sido cultivada desde entonces ²¹. Pero corresponde señalar que, en ese estudio de la política, ha sido rasgo característico la "impura mezcla" que ha dicho Kelsen y a que antes nos hemos referido, de modo que es difícil señalar lo que es Ciencia Política propiamente dicha y lo que pertenece a la doctrina política de cada pensador ²². Cabe agregar que gran parte de ese estudio sólo tiene actualmente valor histórico ²³. Por fin, es necesario advertir que, cultivada con las indicadas características, la Ciencia Política ha carecido de terminología precisa y de método determinado que permitiera sistematizar las distintas investigaciones y posibilitar la enseñanza. Consecuentemente, puede afirmarse que la Ciencia Política, si bien tiene auténtico

²⁰ Una de las primeras preocupaciones de la Unesco fué promover, por intermedio de su Departamento de Ciencias Sociales, una encuesta, entre los principales especialistas de todo el mundo en la materia, acerca de la investigación, el método y la enseñanza de la Ciencia Política. El cuestionario preparado por el Dr. W. Ebenstein, profesor de Ciencia Política de la Universidad de Princeton, contenía tres aspectos fundamentales: contenido, metodología, terminología. Con las respuestas consideradas más interesantes, la Unesco publicó un volumen de 740 páginas titulado "La Science Politique Contemporaine" (París, 1950), siendo de destacar que entre los trabajos escogidos figura uno del Dr. Segundo V. Linares Quintana que lleva por título: "El desarrollo de la ciencia política en la Argentina". Con posterioridad, el avance de la Ciencia Política ha sido rápido y considerable en la mayoría de los países, aunque en distintos grados. Ese avance se ha manifestado sobre todo a través de las reformas introducidas en los planes de la enseñanza superior y en el trabajo por equipos realizado por numerosos especialistas. Sobre este particular, merece destacarse la actividad desplegada por la Asociación Internacional de Ciencia Política, cuya filial argentina fué fundada en 1957, a instancia del Dr. Linares Quintana y de otros distinguidos estudiosos.

²¹ ROBERTO, GEORGES, *Méthode* cit. p. 34.

²² ROBERTO, WILLIAM A., *op. cit.*, p. 15.

²³ "En todas las esferas de gobierno se necesitan mentes investigadoras y creadoras que ayuden en la gigantesca tarea de reajustar los elementos y funciones de gobierno a la nueva era. Platón, con su Estado ideal de 5.040 ciudadanos, y Aristóteles, con su ciudad de 10.000, no pueden ayudarnos mucho en ese aspecto, por útiles que sean en otros". MERRIAM, CHARLES E., "Prólogo a la Ciencia Política", Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 120).

abolengo, es ciencia novísima —podría decirse, todavía en ciernes—, en cuanto disciplina que satisfaga las exigencias propias del rigor científico contemporáneo.

La Ciencia Política y su objeto

16. — No hay ninguna definición generalmente admitida de la Ciencia Política, ni creemos que convenga dar ninguna, en el estado actual de su desarrollo²⁴. Bien decía Sir Ernest Barker al dar su lección inaugural en la cátedra de Ciencia Política de la Universidad de Cambridge, creada para él, que la disciplina que iba a enseñar resultaría para muchos "ciertamente nebulosa, probablemente dudosa y quizás litigiosa", y bien dice también Georges Bourdeau, autor del primer tratado de Ciencia Política como obra que procura abarcar la materia en su totalidad²⁵, que se trata de una ciencia imprecisa, joven, frágil y desgajada (*Déchi-rée*) y cuyo objeto lo constituye "un universo de representaciones, de creencias y de apariencias"²⁶. Debe reconocerse, pues, que existe incertidumbre —y no puede por ahora ser de otro modo— en cuanto al objeto de la Ciencia Política. Esa incertidumbre tiene su razón de ser en las características propias de ese objeto. La dificultad consiste principalmente, según nuestro parecer, en la determinación de cómo es ese objeto y no en la determinación de lo qué es²⁷. Por eso, y para determinar por lo menos de algún modo, lo qué es, aunque sea como elemento de trabajo común, consideramos conveniente, para fijar el contenido de la Ciencia Política, aceptar la lista de materias establecida por el comité de la Unesco encargado de la preparación de los Estatutos de la Asociación Internacional de Ciencia Política y luego utilizada para las encuestas promovidas por aquel organismo²⁸:

²⁴ ROSSON, WILLIAM A., *op. cit.*, p. 16 y 19-20.

²⁵ BOURDEAU, GEORGES, *Méthode* *cit.*, p. 16.

²⁶ BOURDEAU, GEORGES, *Méthode* *cit.*, p. 23 y 84.

²⁷ Ese objeto, hemos dicho antes, es la política, y ésta es inteligible si no se adopta el estudio del poder como criterio unívoco y si no se acuerda a la dinámica política el lugar preterente que le corresponde (*Supra*, Nº 7 y notas 16, 17 y 18).

²⁸ "La science politique contemporaine" *cit.*, p. p. 4 y ROSSON, WILLIAM A., *op. cit.*, p. 26 y 207. Muy semejante es la clasificación de materias que figura en los anuarios sobre Bibliografía internacional de ciencia política que, desde 1963, viene publicando la Unesco (*International Bibliography of Political Science*); se trata de una clasificación en los siguientes grupos: A - Ciencia Política; B - Pensamiento político; C - Instituciones políticas y administrativas; D - Dinámica política (*Governmental process - La vie politique*); E - Relaciones internacionales; F - Estudios regionales (*Area studies*).

I. Teoría política	<ul style="list-style-type: none"> 1° La teoría política. 2° La historia de las ideas políticas.
II. Instituciones Políticas.	<ul style="list-style-type: none"> 1° La constitución. 2° El gobierno central. 3° El gobierno regional y local. 4° La administración pública. 5° Las funciones económicas y sociales del gobierno. 6° Las instituciones políticas comparadas.
III. Partidos, grupos y opinión pública.	<ul style="list-style-type: none"> 1° Los partidos políticos. 2° Los grupos y las asociaciones. 3° La participación del ciudadano en el gobierno y en la administración. 4° La opinión pública.
IV. Relaciones internacionales.	<ul style="list-style-type: none"> 1° La política internacional. 2° La organización y la administración internacional. 3° El derecho internacional.

VALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES DE UNA PROVINCIA EN OTRA

CLEMENTE A. DIAZ

Profesor Asociado de Derecho Procesal I

1. — Uno de los problemas que —desde el punto de vista del Derecho Procesal¹— se plantean en un sistema federal de gobierno, es el referente al valor de los actos procesales que, emanados de una provincia, están destinados a tener alguna repercusión en otra.

En paridad, es un problema de extraterritorialidad de los actos procesales, limitado al ámbito de la nación confederada, donde no se afecta la soberanía nacional, sino la autonomía de los distintos miembros de la confederación. En esto se diferencia del problema análogo planteado por la ejecución de la sentencia extranjera, donde la validez del acto procesal está condicionada sea a los tratados internacionales o a una declaración judicial particular sobre el cumplimiento en territorio nacional del mandato emanado del juez extranjero —*exequatur* (arts. 558 y sigtes. del C. P. C. Cap.).

La solución del constituyente tenía que ser distinta en el caso de las provincias que forman parte de una nación confederada. Es indudable que aquéllas constituyen estados soberanos e independientes reunidos en una unidad política; pero, desde otro enfoque, integran una comunidad económica y social, para la cual las fronteras geográficas, las divisiones territoriales, adquieren paulatinamente un sentido artificial. En materia de actos proce-

¹ El sistema federal de gobierno plantea tres problemas que atañen al Derecho Procesal: 1) El poder de la nación y de las provincias para organizar la administración de justicia, que está resuelto por los arts. 104 y 105 de la Constitución Nacional y de las provincias para dictar normas procesales, que la Constitución resuelve en el art. 47 inc. 11 y su interpretación ortodoxa (v. CLEMENTE A. DIAZ, *La unificación de las normas de procedimiento en la República Argentina*, en "La Ley", t. 88, p. 54 y sigtes.; y bibliografía allí citada) y 2) La validez de los actos procesales de una provincia en otra, que es materia de este ensayo.

sales emanados de un estado o provincia y destinados a repercutir en la vida jurídica de otro, estos enfoques antagónicos podrían originar peligrosos rozamientos institucionales, en cuanto la autoridad judicial de un estado pudiera enjuiciar, impugnar o discutir el mandato de la autoridad judicial de otro estado o provincia.

De ahí que el art. 7 de la Constitución Nacional establezca que "los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán".

El constituyente de 1833² dió una solución categórica: Los actos procesales de una provincia gozan de entera fe en las demás. Al legislador solamente incumbe determinar los requisitos o formalidades puramente probatorios de la autenticidad de esos actos o procedimientos y los efectos legales de esas formalidades³, ya que de otra forma no se puede interpretar la frase "efectos legales que producirán", frente a la categórica expresión de la norma constitucional citada.

2. — Así parece haberlo entendido el legislador cuando dictó la Ley N° 44, promulgada el 28 de Agosto de 1863, cuyo art. 2 establecía que "serán tenidos por auténticos los autos, procedimientos judiciales, sentencias y testimonios de cualquiera de ellos, con la atestación del escribano del tribunal superior de la provincia, el certificado del presidente del mismo, asegurando que la atestación está en debida forma y con el sello de tribunal", que, posteriormente, la Ley N° 513, promulgada el 19 de Setiembre de 1907, modificó, otorgando la facultad de autenticar los actos

² El art. 7 fue aprobado por unanimidad en la sesión del día 23 de abril de 1833, sin que mediara discusión alguna sobre el particular. El art. 7 reconoce como precedente la enmienda IV, Sec. 1 de la constitución americana, conocida como "full faith and credit clause", la cual dispone que entera fe y crédito será acordado en cada Estado a los actos públicos, archivos y procedimientos judiciales de los otros Estados, cuya primera aplicación judicial data del año 1813 (cf. ROSSER H. JACKSON, La cláusula constitucional sobre entera fe y crédito, en "Columbia Law Review", N. York, vol. XLV, N° 1, enero 1945, p. 1; puede también consultarse: EMMETT E. RYANZA, El art. 7 de la Constitución Nacional, en "La Ley", t. 20, sec. doct., p. 248; ERNESTO MARRERO PIZ (h.), La protocolación y la Constitución Nacional, Córdoba, 1940; ELLIOT E. CHITRAIS, La cosa juzgada y la cláusula constitucional de plena fe y crédito, en "Columbia Law Review", N. York, mayo, p. 320; MULLER, GEORGE D., La cláusula constitucional sobre plena fe y crédito... en "Michigan Law Review", vol. 51, N° 1, diciembre 1962, p. 267; ANTON TUSC, La autoridad ante los tribunales de los Estados Unidos de las sentencias dictadas en otro Estado de la Unión, en "Anuario de derecho civil", Madrid, t. VI, fasc. III, julio-setiembre de 1967; KURT H. NANNEMANN, Plena fe y crédito debidos a los procedimientos judiciales... en "Michigan Law Review", vol. 56, N° 1, noviembre 1967, p. 32.

³ Tribunal Superior de Córdoba, 15/3/1946, "La Ley", t. 18, p. 756

públicos y procedimientos judiciales al escribano secretario del tribunal superior "o de cualquiera de las cámaras de apelación de la provincia" ⁴.

El legislador, pues, ha reglamentado las formalidades como requisitos puramente probatorios y extrínsecos relativos a la autenticidad del acto procesal para que éste tenga validez formal en una provincia ⁵ distinta de aquella de la cual emana. El acto procesal en sí no se modifica ni se integra, solamente se le autentica: la atestación del funcionario solamente tiene por finalidad establecer que el acto procesal es auténtico, lo que solamente hace presumir —por la fe que merece el funcionario que le expidió— que a su respecto se han cumplido las formalidades impuestas por la ley del lugar para el acto de que se trata ⁶.

3. — El art. 4 de la Ley 44 establece que los actos procesales autenticados en la forma especificada en el art. 2 de la misma ley, "merecerán tal fe y crédito ante todos los tribunales y autoridades dentro del territorio de la Nación, como por uso y ley les corresponda ante los tribunales y autoridades de la provincia de donde procedan", o sea que reconoce la autoridad extraterritorial de los actos procesales, aunque sometida a una limitación fundamental, derivada de la soberanía de los Estados de la confederación.

Un acto procesal emanado de una provincia gozará de entera fe y crédito en tanto, cumplidos los requisitos establecidos por el art. 2 de la Ley 44, modificado por la Ley 5133, se le considere como auténticamente emanado de un órgano del poder jurisdiccional de la provincia; pero el acto procesal repercute en la provincia no tanto como acto formalmente auténtico, sino como acto destinado a cumplir una finalidad jurídica, y de ahí que a este respecto se pueda distinguir entre una "válida meramente for-

⁴ "En la legalización de los documentos ante las Cámaras de Apelaciones en lo Civil no se requiere la firma del presidente. La atestación será asentada por el secretario o prosecretario; el presidente comprobará la validez formal de la atestación y asentará el certificado en un libro especial". Cóm. Civ. en pleno —Acordada— 19/12/930, J. A. 461-III, p. 76.

⁵ "A los efectos de los arts. 7 de la Constitución Nacional y 4 de la Ley 44, la Capital Federal y los territorios nacionales están asimilados a las provincias", Suprema Corte Buenos Aires, 13/6/960, "La Ley", t. 60, p. 58.

⁶ Cóm. 1^a Apel. La Plata, Sala I, 28/3/957, "La Ley", t. 47, p. 243 (legalización de documento extranjero); Cóm. Fed. Bahía Blanca, 17/7/947, "La Ley", t. 47, p. 613 (viziación consular argentina de pasaporte); Cóm. Nac. Civ. Sala D, 2/9/952, "La Ley", t. 68, p. 223 (legalización de una partida extranjera de matrimonio). Se ha debido recurrir a la doctrina de estos fallos, en tanto no existe precedente jurisprudencial directamente vinculado al caso de los actos procesales de una provincia y de los efectos de la legalización.

mal" del acto procesal derivada del examen extrínseco de la autenticación o legalización y una "validez substancial" del acto procesal, donde el examen incide sobre la aptitud del acto para producir un efecto jurídico o para modificar una situación jurídica.

Ahora bien, la valoración meramente formal —o sea la referente a la autenticidad del acto— es absolutamente indiscutible una vez cumplidos los recaudos o formalidades legales, excepto, por supuesto, que se arguya la falsedad de la autenticación o legalización. Frente al acto procesal auténtico, el juez o la autoridad pública no pueden dudar que a su respecto se hayan cumplido las formalidades legales, y el art. 7 de la Constitución Nacional les impide enjuiciar, impugnar o discutir la regularidad del procedimiento seguido por el juez del cual emana el acto procesal⁷, presuponiendo, por hipótesis, que el acto procesal emana de una autoridad competente⁸.

Pero en lo que atañe a la aptitud del acto procesal emanado de una provincia para producir un efecto jurídico en el territorio de otra provincia o sea su "validez substancial", no puede imperar el mismo criterio ni éste ser absoluto⁹, y en algunos casos puede ser legítima la negativa del Estado a admitir el acto procesal autenticado en forma legal.

Los actos procesales realizados en una provincia y debidamente autenticados surten, en principio, efectos extraterritoriales, o sea que se le deben atribuir los mismos efectos que hubieron de producir en la provincia de donde emanan¹⁰, siempre que no alteren la legislación dictada por las otras provincias en uso de sus facultades no delegadas¹¹ o importe una extralimitación en cuanto a la competencia¹².

⁷ Cám. Nac. Civ. Sala C. 12/8/852. "La Ley", t. 68, p. 248; "Los jueces nacionales no pueden examinar los procedimientos cumplidos ante los jueces provinciales para establecer si han existido vicios que afecten los títulos originados en ellos", Cám. Fed. Mendoza, 22/10/852, "La Ley", t. 68, p. 29.

⁸ "Las disposiciones de los arts. 4 de la Ley 44 y 7 de la Constitución Nacional presuponen resoluciones emanadas de tribunales que tengan jurisdicción sobre las personas y las cosas a que afectan y que se trate de actos judiciales que no importen una extralimitación de facultades en cuanto a competencia", Suprema Corte Nacional, 14/8/944, "La Ley", t. 36, p. 411; Cám. 1ª Apel. La Plata, Sala II, 2/4/943, "La Ley", t. 36, p. 179.

⁹ Cám. Fed. Cap. 25/8/947, "La Ley", t. 47, p. 880.

¹⁰ Suprema Corte Nacional, 18/3/943, "La Ley", t. 30, p. 1.

¹¹ Suprema Corte Nacional, 5/2/943, "La Ley", t. 29, p. 794; id. 15/5/944, "La Ley", t. 42, p. 873; id. 31/3/948, Fallos t. 210, p. 400; id. 11/8/952, "La Ley", t. 68, p. 315; Cám. Civ. 1ª 28/10/941, "La Ley", t. 23, p. 325; Cám. 2ª Apel. La Plata, Sala II, 2/4/948, J. A. 1948-II, p. 147.

¹² V. jurisprudencia cit. sub nota 8; Cám. 1ª Apel. La Plata, Sala II, 2/4/943, "La Ley", t. 36, p. 179.

Cualquier limitación o restricción al valor y fuerza probatoria de los actos procesales emanados de las autoridades judiciales de una provincia, impuestos por las autoridades de otra, merecerían la tacha de inconstitucionalidad ¹⁸.

4. La falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 2 de la Ley 44, modificada por la Ley 5133, produce un defecto de forma en el acto procesal, del cual conoce el juez ante quien se pretende hacer valer el acto emanado de la autoridad judicial de otra provincia; este defecto formal —que no alcanza a tener la categoría de un vicio que produzca la nulidad del acto— puede ser salvado de oficio por la actividad subsanadora del juez, ¹⁹ se convalida por la inacción o incluso por la actividad tardía del adversario ²⁰ si éste no reclama el previo cumplimiento de la autenticación o legalización o lo hace fuera de término, respectivamente; la actividad del opositor no tiene por finalidad la declaración de la nulidad del acto procesal, sino el cumplimiento de un requisito formal omitido, de tal manera que a lo más que se puede llegar es a una suspensión de trámite hasta que se cumplieren los recaudos exigidos por las leyes 44 y 5133 ²¹, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado ante la autoridad judicial el acto emanado de otra provincia (inoponibilidad procesal).

¹⁸ Así se ha declarado en los casos en que se exigía la protocolización de una declaratoria de herederos, v.g.: Suprema Corte Nacional, 15/3/940, "La Ley", t. 18, p. 182; Id. 5/4/940, "La Ley", t. 18, p. 199; Id. 13/5/940, J. T. t. 70, p. 244; Nd. 13/5/940, Fallos t. 188, p. 382; Id. 5/12/941, Fallos t. 191, p. 373; Id. 5/12/941, Fallos t. 191, p. 375; Nd. 13/4/942, "La Ley", t. 28, p. 333; Id. 28/10/942, "La Ley", t. 28, p. 332; Id. 10/5/944, "La Ley", t. 34, p. 883; Suprema Corte Buenos Aires, 4/5/949, J. A. t. 73, p. 271; Cám. 1.ª Apel. La Plata, Sala II, 24/11/938, "La Ley", t. 17, p. 408, etc.

¹⁹ Cám. 2.ª Apel. La Plata, Sala II, 15/2/949, "La Ley", t. 54, p. 376. En el caso se consideró que la actividad oficiosa del juez "iría dirigida a completar una prueba o cubrir la deficiencia de la producida por una de las partes, en detrimento de los derechos igualmente respetables de la otra".

²⁰ "No habiendo sido observada en término la falta de legalización es inobjetable la validez del documento que carece de ella", Suprema Corte Buenos Aires, 18/4/948, Diario de Jurisprudencia Bs. As. 348-33XVII, p. 301.

²¹ Cám. Nac. Civil, Sala A, 14/5/958, "La Ley", t. 83, p. 253. En contra: C.C. 2.ª 6/12/946, J. A. t. 72, p. 763, cuya doctrina ("El acto no autenticado no goza de entera fe y crédito") podría considerarse actualmente abandonada.

TEXTOS

EL CÓDIGO CIVIL EN SU CINCUENTENARIO (*)

ALFREDO COLMO

Reproducimos en este número de *Lecturas y Estudios* la conferencia que Alfredo Colmo pronunciara en ocasión de inaugurarse los cursos de la Facultad de Derecho en el año 1931.

La versión taquigráfica de su discurso, fué publicada originalmente en la *Revista de Filosofía* dirigida por José Ingenieros (Año VII, N° 3, mayo de 1931).

En la relación Colmo - Código Civil recordamos el vigésimoquinto aniversario de la muerte del maestro y el nonagésimo aniversario de la sanción de nuestro Código.

(N. del Consejo de Redacción)

Desde el punto de vista del Derecho, Alfredo Colmo fué un juez de excepción, un profesor notable y un científico profundo.

Recto en el ámbito de lo moral, vigoroso y humano en el de sus ideas, decidido en el de sus actos desde que ellos eran movidos por una convicción auténtica. Así fué en sus tres funciones laborales.

La naturaleza de la Revista que recoge estas líneas, escritas a vuestra pluma, indica que las breves reflexiones por ellas contenidas sirvan al jurista en su faz de pedagogo.

Pocos con más títulos que Alfredo Colmo para escribir sobre la vida de nuestro Código Civil en sus primeros cincuenta años de vigencia, mostrando de qué manera desplegó el sentido de futuro que informa las normas jurídicas y que, con referencia a la Constitución, expresara Marshall hace muchos años, en palabras siempre frescas y exactas, diciendo que ella está llamada "... a realizar épocas futuras y consiguientemente a ser adaptable a las varias crisis de los asuntos humanos" (4 Wheat. 316, 407).

(*) La Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires había sancionado en 1919 diversas ordenanzas que ya proyectaba para celebrar el centenario del código civil. Por circunstancias que no es del caso expresar, tales ordenanzas quedaron sin cumplirse. En tal virtud, la misma Facultad me designó, a fines del año ppdo. para que la inauguración oficial de los cursos de 1931 se hiciera con una conferencia que yo debía pronunciar acerca del código civil en su cincuentenario. Lo que se ve a leer en la versión taquigráfica de la misma, que no fué leída. — A. C.

Es que Colme, volando por cima de los métodos clásicos de interpretación y superando la influencia subidamente francesa de la Cátedra en el país —Al reflejo, por otra parte, de las fuentes que sirvieron a Villeg Stransfeld en la preparación de su obra magna—, penetra los problemas tratados por la dogmática moderna, preferentemente a través de la obra realizada por los pandectistas alemanes, reconociendo que ellos, como acontece con toda renovación, también son útiles para interpretar normas surgidas de otras corrientes doctrinarias.

La Facultad puso en sus manos de artífice la enseñanza de Obligaciones y Contratos, materia que, según la expresión de su alumno, primero, y colega en la cátedra, después, mi distinguido amigo, el Dr. Pablo Calatayud, constituye "toda la trama de la vida jurídica".

Don Alfredo Colme se desempeñó con singular maestría. Renunció al planteamiento de la materia con las ideas a que hizo alusión. No es necesario más que ver sus citas y leer sus páginas para apreciar sin esfuerzo de qué modo esas ideas renovadoras y fundamentales se penetraban en espíritu para asignarse sin lugar por postposición, sino que recibían un preste y claro examen en el rico espíritu de Colme, quien luego las colocaba en el sitio doctrinario que a cada una correspondía.

Sus reflexiones sobre el contenido extrapatrimonial de la prestación, el agravio moral, la declaración unilateral de voluntad, la obligación de hacer encerrada en el hecho de compra y venta, las culpas de contrahendo y "precontractual", la solidaridad, y muchas otras constituyen una auténtica etapa del Derecho de las Obligaciones, así como otras doctrinas le sitúan en diferentes ramas del Derecho Civil y, aún, más allá de las fronteras que señalan la órbita de ese notable conjunto normativo.

Para la Ciencia no se detiene. Su vida opérea sigue creciendo con el apoyo de voluntades ajenas. La Universidad de la época en que Alfredo Colme impartía sus enseñanzas no era, como la de hoy, una población con matrices contingentes estudiantiles. Ello indica que, al margen de las concordancias o afinidades con los sistemas imperantes por entonces, la estructura actual de la Universidad exige una renovación de métodos. En nuestra sentir, esa deberá realizarse con la participación activa de egresados y estudiantes al integrarse en la Cátedra respectiva.

Si el recuerdo de Alfredo Colme no desea limitarse a una mera conmemoración, empílese el esfuerzo colectivo con cátedras ajenas para construir una otra gran etapa para el Derecho de las Obligaciones y para el saber jurídico en general.

Luis María Borrero Boccardo

Buenos Aires, 17 de agosto de 1959.

Antes de entrar de lleno en mi asunto, señor decano y compañeros, me es indispensable un desahogo. Hay algo en mí que protesta.

El cincuentenario del Código Civil no queda dignamente conmemorado con este acto. Debió ser una fiesta intelectual, y apenas si es una ceremonia. Hubo de ser un banquete científico, y gracias si se limita a una pobre conferencia. Mereció ser un hecho, algo de estable y duradero, y sólo alcanza a la volante fugacidad de un conjunto de palabras.

No quiero hacer el comentario de los defectos de nuestra psicología que en ello se acusa, pero no puedo menos que señalar dos circunstancias. Desde luego, nuestro desdén —aparente o real, voluntario o forzado— por lo que entraña tarea, estudio y consagración, que nos vuelve tan descuidados e improvisadores. En seguida, nuestro culto oratorio, por virtud del cual es rara la dificultad o problema que no resolvamos mediante un discurso.

Algo más, mucho más que un discurso era menester en el caso. Ahí está, en el mero papel y totalmente incumplidas, las ordenanzas que votara la Facultad para celebrar la conmemoración: un libro de estudios diversos acerca de cada uno de los principales órdenes institucionales del código; una edición modelo del mismo código... Eso habría quedado. Eso habría mostrado el juego del Código en nuestra vida. Eso habría sido el punto de partida para las reformas y mejoras que el Código exige en bien plurales y fuertes sentidos.

La situación creada es apenante, pero no tiene remedio.

Y no lo tiene, ni aun en pequeño, en la alocución que al efecto se me encargara luego por la Facultad.

Me apresuro a decir que soy sincero. No estoy haciendo alarde de falsa modestia, ni voy buscando coonestación alguna respecto de las fallas de mi discurso.

Aludo a lo siguiente. Tan pronto como se me comunicó mi designación, me puse a madurar mi plan, y arribé a la conclusión de que lo menos que debía hacer era recurrir a las entidades más representativas del comercio, la industria, la familia, la propiedad, los tribunales, los distintos profesores de la Facultad... en demanda del juicio que les merecía el Código con relación a sus respectivas actividades y materias. Me era indispensable conocer en el hecho, en la realidad, en la vida misma, el juego del Código. Quería traducir, así, lo objetivo de sus bondades y defectos.

Y debo declarar, con desdoro para mí, sin duda, que he fracasado casi del todo en la empresa. Si se exceptúa uno que otro tribunal y algún raro profesor, a los cuales extendiendo desde esta

tribuna mi mano agradecida, nadie ha querido o podido suministrarle los datos pedidos.

La consecuencia es evidente. En su casi integralidad mi discurso es propiamente mío, pues en él trasunto por sobre todo mis juicios personales y propios, que no tienen más valor que el muy escaso de su autor. Y, así, lo que debió ser, en todo caso, un eco de la objetiva realidad, no es otra cosa que una subjetiva exteriorización.

Más que nunca, puedo repetir que no es de tal suerte como puede y debe celebrarse una conmemoración como la del cincuentenario de nuestro Código privado más amplio y más hondo.

Malgrado la circunstancia, procuraré desempeñarme, dentro de lo humano, lejos de cualquier prejuicio, para expresar sólo aquello que equivalga a una necesidad ambiente y a una positiva exigencia de la vida.

Queda excluido, por tanto, todo aquello que se resuelva en efectismos oratorios o en mal entendidos patriotismos. A mí no se me ha encargado el panerístico del Código ni de su autor. De consiguiente, no tengo por qué decir si el Código figura entre los mejores del mundo, ni si el doctor Vélez ha sido y es una lumbrera del derecho. Me bastaría, a propósito, con lo que sigue, que, por lo demás, lo he dicho más de una vez: con relación a su época y a las restantes circunstancias —sobre todo, la de ser fruto de pocos años de labor y la de ser obra exclusiva de un solo hombre— fué un buen Código y hasta un gran Código, por su método, por su riqueza institucional y de principios, por el acierto y la previsión de muchas de sus disposiciones. Hoy mismo, se puede contar por los dedos de una sola mano los códigos que le sean superiores en todo el mundo civilizado. Verdad que esto puede no ser un elogio para el Código, ya que puede implicar, como ocurre con efecto, lo malo y lo muy malo de la mayoría de los códigos civiles que conoce la civilización contemporánea. Sea o no elogio, el hecho resultante no es por eso menos innegable.

No vengo, pues, a hacer una apología. Dentro de los límites de una simple alocución y en la medida poco generosa de mi capacidad, vengo a hacer su estudio, su balance y su misma disección. . . . digamos, su filosofía durante el cincuentenario de su régimen. La Facultad es una institución científica y no un templo. En todo caso, en su ara no se quema incienso ni se atribuye importancia a las liturgias tan externas y suntuosas de las fórmulas rituales.

Y el problema se plantea, en su expresión más general, como sigue: cuáles son los resultados de la aplicación del Código Civil durante el cincuentenario de su vigencia. O, con relación

a lo futuro, de esta otra manera: qué suerte espera al Código después del cincuentenario de su vida y aplicación.

Como se comprende, ambas formas se correlacionan y complementan. Por eso es imposible separarlas, y precisas contemplarlas en sus recíprocas funciones.

En general, como tengo dicho, el Código ha sido, dentro de sus orientaciones esenciales, acertado y previsor. Ha contemplado todas las instituciones que en su época se contenían en los Códigos Civiles más adelantados, mejorándolas en no pocos casos a la luz de los criterios de los respectivos comentaristas. Ha extendido los derechos civiles al hombre, sin restringirlos al ciudadano, según era entonces corriente en más de un sentido. Con buena previsión, intencional o no, se separó del principio de la nacionalidad en materia de aplicación de leyes extranjeras, cosa que entre nosotros, que somos un país de inmigración, hubiera resultado todo un maremágnam, ya que el contingente extranjero es tan completamente numeroso: el principio por él adoptado de la sumisión voluntaria a las leyes del domicilio parece no sólo más sensato sino también mucho más práctico.

En materia de personas, merece plácemes la institución de las personas jurídicas, primer jalón del movimiento que parece orientarnos hacia el régimen de las corporaciones. Lo mismo digo de la mayoría de edad: los 21 años de Europa no habrían bastado, malgrado nuestra nativa precocidad, dada la cultura ambiente. Y, más que nada, es de aplaudir lo igualitario de los derechos de todas las personas, sin distinción alguna entre ellas.

En lo que toca a los hechos y a los actos jurídicos me basta con señalar estas tres cualidades: la construcción general de esos grandes principios aplicables a cualquier relación jurídica, que hasta entonces no conocía ningún derecho codificado, si se exceptúa a Freitas; la reparación civil de los daños delictuales; por último, la creación legislativa de la reparación del daño o agravio moral.

Con relación a la familia, son de elogiar: la supresión de una serie de requisitos y trabas para la celebración del matrimonio; el consentimiento de la mujer casada para la enajenación de sus bienes propios; la casi plena capacidad de la mujer divorciada; la patria potestad reconocida a la madre y entendida como un deber; la consagración del derecho para investigar la paternidad natural; la preocupación en favor de la protección de los derechos de los incapaces, sin reconocérselos a éstos privilegio alguno...

Respecto de derechos reales, deseo hacer resaltar lo bueno del título de la posesión. En países nuevos, la posesión es simplemente fundamental. Todo contribuye a provocarla: bienes desocupados e inertes; bienes sin dueño conocido; facilidad e im-

punidad de la ocupación, etc. En tal virtud, el poseedor, que ha podido, sin agravio para nadie y con beneficio colectivo, hacer útil y práctico un valor en potencia, incorporándole su trabajo y su capital, tiene título sólido para que se le reconozca su buena acción y para que se proteja su derecho. Y la proscripción de las hipotecas tácitas, la necesidad del registro para la hipoteca que se admite, la prohibición de las afectaciones por largo tiempo...; todo concurre para que se vea en la materia el propósito de facilitar el trabajo, de garantizar a terceros y de no trabar la circulación de los bienes.

En punto a contratos y obligaciones, el fundamental distinguo entre ambas cosas, si bien no siempre respetado, es todo un título para el codificador. Lo son todavía más sus intuiciones, tan felices, de la culpa in contrahendo y de la cesión de deudas. Y la institución del beneficio de competencia en favor de los deudores que no pueden pagar, a fin de que se les deje lo necesario para que vivan, está proclamando a gritos, que para el legislador el asunto créditos o deudas es secundario, con respecto al derecho de vivir, y que no hay acreedor que valga frente a una situación de apremio de un deudor... ¡Después dirán nuestros juristas de corte clásico que el Código es frío y cortante como una lama de cuchillo, que el Código sólo regla cosas económicas y pecuniarias y que en él está barrida la noción de sentimiento y de hombre!

El espíritu relativamente democrático del Código en lo atinente a sucesiones no puede ser negado: ha proscripto cualquier mayorazgo; ha impedido las sustituciones, que hubieran dado el espectáculo de bienes prácticamente sustraídos a toda herencia y conservados en herederos especiales; ha consagrado la igualdad sucesoria entre todos los herederos; ha contribuido a la división de los latifundios...; ha hecho, en suma, que los bienes hereditarios sean tales sólo en el momento de la sucesión, y que después de ella se comporten como cualesquiera otros bienes, dentro del juego y la circulación de todos los valores.

No son muy inferiores sus méritos en lo trascendente de su acción en el campo de los otros derechos.

En materia constitucional ha empezado por respetar las jurisdicciones locales, al distribuir los bienes públicos entre los estados federados y el estado nacional. Y luego se ha limitado, no poco, al no invadir el campo legislativo de los mismos, en la codificación de cosa formales y procesales, que serían de la jurisdicción de éstos.

Al código comercial le ha dado la pauta en la gran mayoría de sus principios relativos a los hechos y a los actos y en lo común de sus diversas instituciones contractuales, sin perjuicio de hacer a su turno de "bracero", tomando del Código Mer-

cantil más de una disposición y régimen acerca de la cesión por endoso o al portador, de la liquidación de las sociedades, de la interpretación del mandato, etc.

Al Código Criminal le suministra algún principio, como aquél de que las personas jurídicas no pueden ser acusadas criminalmente, o aquel otro de que comete hurto quien se apropia una cosa perdida; o bien le reconoce prioridad en la determinación de lo delictuoso de los hechos que hacen posible la revocación de una donación, la indignidad para suceder o la desheredación.

El derecho industrial y obrero no es, seguramente, uno de sus preferidos. Con todo, y a parte lo relativo a la noción de propiedad respecto del primero, ha dado al segundo varios principios generales acerca de las obligaciones de hacer y de la locación de servicios o la locación de obras, así como los concernientes a la responsabilidad.

El derecho de procedimientos no puede quejarse. ¡Bien al contrario! Además de muchas normas probatorias, le ha facilitado los principios más generales en materia de varios juicios: alimentarios, de interdicción, posesorios, hipotecarios, de petición y de partición de herencia, etc. También le ha aportado lo esencial en punto a acciones reales, a diversas excepciones, como las de compensación, transacción, remisión o quita, etc.

Tampoco tendría motivo de protesta el derecho internacional privado. En el título inicial, en los de los actos jurídicos, del matrimonio, de los contratos, de las sucesiones, etc., se contiene, en resumen, casi todo cuanto puede constituir, en derecho civil, el Código respectivo.

Y la economía política ve con gusto cuánto se ha preocupado, comúnmente, nuestro legislador, de proteger a los terceros de buena fe: los contratos no pueden perjudicarlos; la acción pauliana no los alcanza; las hipotecas ocultas quedan fulminadas; los actos del heredero aparente son plenamente válidos; la posesión de una cosa mueble es todo un título; varias causas suspensivas de prescripción están barridas, etc. Lo mismo digo en cuanto a la prohibición de las afectaciones de largo plazo y de la inalienabilidad de inmuebles, así en locación como en censos, rentas o enfiteusis, así en las facultades del donante como en las del testador.

Finalmente, y para abreviar, algo semejante cabe decir de la moral y la general cultura. La moral o las buenas costumbres son una preocupación constante del codificador, en cuanto no se resata en fulminar todo cuanto pueda afectarlas. Y la general cultura recibe su homenaje en formas variadas: el progresivo nacer de obligaciones que acaso mañana lleguen a convertirse

en obligaciones plenamente civiles, en la creación generosa de ese primer grado de las obligaciones naturales; los derechos autopersonales, en el principio de que el honor y demás calidades afines pueden ser materia de un delito civil y dan título para una indemnización; los diversos sentimientos ante el misterio de la muerte determinan, entre otras cosas, los privilegios por los gastos funerarios y por los de última enfermedad; la necesidad de comer y vivir dan pie para el privilegio de los salarios de obreros o de gente de servicio, como, de otra parte, son el gran factor del beneficio de competencia, de los alimentos y de todo el resto. Hay usufructos de mero placer. El daño moral es indemnizable. La sucesión es un asunto de familia mucho antes que un problema económico. . .

Hablo con toda intención. Me refiero a lo cultural, porque no puedo hablar tan sólo de lo moral, que tiene excepción propia. Ayudo a la cultura, porque quiero mostrar dos cosas: que el Código no es puramente económico, como lo acredita, desde la época romana, la legislación de la familia, del matrimonio, de los hijos, de la patria potestad y de todo lo demás; y que es la cultura, el grado y forma del desenvolvimiento espiritual, lo que va sacando de la penumbra de lo incidental o vago una serie de aspectos institucionales que se hacen más y más exigibles en cualquier campo de actividad, que se infiltran en la conciencia colectiva, que se incorporan al patrimonio social, y que, convirtiéndose en un valor y así en capital, reclaman protección legislativa. ¿Que hablen, si no, las numerosas asociaciones —deportivas, literarias, artísticas, religiosas, científicas, de esparcimientos sociales, de excursiones, etc., etc.— que representan toda una suma de intereses respetables y muy ajenos a lo económico, que no tienen cabida en el Código, pues éste no les reconoce individualidad alguna, y que, ante el empuje colectivo que entrañan, en no pocos casos ha sido preciso reconocer mediante un pequeño "détournement", haciéndoselas encuadrar entre las personas jurídicas! . . .

En síntesis, el Código no sólo no ha trabado —repito que hablo en general tan sólo— las diversas actividades, sino que ha llegado a fomentarlas, a provocarlas y a darles relativa consistencia y estabilidad.

Lo malo —lo natural, digamos— es que en muchos casos no ha sido así. El Código es atrasado en no contados supuestos, como es errado en una fuerte cantidad de otros, y resulta muy deficiente en aspectos de toda importancia.

Véase una muestra de las principales observaciones que es dable formular a tales respecto.

Quiero prescindir, desde luego, de sus fallas técnicas y metodológicas. Son demasiado numerosas, y el consiguiente análisis, malgrado cualquier síntesis, llevaría lejos.

En lo que toca a lo que se puede llamar la parte general del Código, me limito a señalar la total abolición del derecho anterior y la proscripción de la costumbre. No, advierto de entrada, porque halla mala esa doble fulminación, que es consecuencia inmediata y necesaria del hecho de que se dictara un Código Civil. Es que se ha hecho tabla rasa de una y otra cosa. Salvo en expresiones incidentales, y bém poco felices en más de un supuesto —aludo a la pretendida innecesidad de la escritura pública en la venta judicial de inmuebles y a la titulada posesión hereditaria—, en el Código no se ha tenido en cuenta el derecho anterior. En cuanto a la costumbre, apenas si acá y allá se autoriza la aplicación de la misma en su expresión primaria de los usos. La costumbre integradora de la ley, para interpretarla y hacerla vivir, la costumbre derecho viviente y que surge del fondo mismo de la conciencia colectiva, la costumbre trasunto de exigencias impuestas por la fuerza de las cosas, la costumbre derecho natural e inmediato, merecía una consideración más importante y decisiva que la muy limitada y pobre que el código le ha asignado.

Con relación a los caracteres generales del Código, quiero prescindir de lo frecuentemente doctrinario o teórico de sus preceptos, del exagerado casuismo de sus disposiciones, lo que conduce al detallismo, tan impropio en una ley, pues eso es función eminente de la jurisprudencia y de otros defectos análogos. Sólo apuntaré lo relativo a su excesivo romanismo.

Parece inconcebible que al través de dos mil años las condiciones de vida humana no se hayan modificado, y que, de consiguiente, los romanos hubieran podido cristalizarlas para siempre. De ahí esos regímenes poco menos que nominales de la caza, de las abejas y del pretérito tesoro. De ahí la consagración de instituciones tan abundosas en preceptos como escasas en casos prácticos, de la sociedad, el usufructo, las servidumbres y el anticresis, que absorben unos seis centenares de artículos. De ahí el mantenimiento de términos de ausencia y de prescripción, en época de ferrocarriles, vapores y telégrafos, tan largos como los de la época romana de guerras frecuentes y de comunicaciones en barquichuelos de vela o sobre el lomo de un caballo. Y de ahí la circunstancia de que el Código contenga más de cuatro mil preceptos, no obstante lo cual dista de ser tan completo como otros de dos mil o menos artículos.

Podría señalar otros, particularmente el de su individualismo llevado al pínaculo. Pero me limito a indicarlo por ahora,

pues su juego concreto se lo verá con relación a cada una de las principales instituciones.

En el régimen de las personas, si es de aprobar, entre otras cosas, la prescripción de la incapacidad de los prodigos, no encuentro justificable ni la prohibición de la habilitación de edad —que el Código Mercantil ha debido consagrar—, ni la casi total omisión de las fundaciones, ni la denegación de la personalidad a las asociaciones (y se tenía en Freitas algún buen antecedente), ni, por sobre todo, la no creación de un registro civil completo y con carácter obligatorio, dentro de todo el país. En esto se trata de un asunto civil, pues media la externa determinación, la prueba de fondo de la personería, que, como en el caso del registro de la hipoteca, es parte integrante del mismo derecho esencial.

En materia de hechos, las observaciones son más numerosas y de mayor alcance. En mi afán de condensar cuanto me sea posible— y reconozco que no siempre me resulta— sólo haré mérito de cuatro o cinco puntos.

He aquí dos, por de pronto, que son una apoteosis de romanismo: nadie puede ignorar la ley; quien usa de su derecho no causa daño.

Lo primero sería concebible en un medio en que todo el mundo supiera leer, y en que, además, tuviera tiempo y facilidades para leer. En un ambiente como el nuestro, que en la época de la codificación ofrecía el espectáculo de una población que en su inmensa mayoría no conocía ni la o, la presunción resulta infantil. Y nada se diga de las dificultades de las comunicaciones, del desierto y de la fuerte escasez de Códigos.

Claro está que no se me oculta la previsión que el precepto entraña. Si se autorizara la excusa de la ignorancia de la ley, ésta se convertiría prácticamente en una cosa nominal.

Pero no es eso lo que pretendo. Creo que debió autorizarse a los jueces para que —como ha resuelto nuestra Suprema Corte respecto de leyes nuevas— se admitiera la obtemperación resultante de circunstancias debidamente comprobadas, máxime si se atiende a lo novedoso y complejo de una ley como la del Código. Es lo que reclamara Menger, y lo que se concluyó por aceptar en Alemania. Hoy, demás está decirlo, presunción semejante es objeto de ataques tan violentos como justos.

Respecto del segundo principio —*naminem laedit qui jure suae utitur*— la moderna doctrina del mal llamado abuso del derecho me excusa de cualquier insistencia. Es verdad que en la época de la codificación tal doctrina era desconocida. Pero no me refiero a la doctrina misma, sino a su contenido. El codificador debía saber que el derecho es, hasta por definición, una

relación social, y que, por lo tanto, no hay derecho sino dentro de la armonía que impone la misma convivencia. De ahí que si alguien usara de un derecho propio violando principios que la convivencia hace necesarios, usaría de él ilegalmente, esto es, abusaría. Pero el romanismo de que estaba impregnado le impidió ver justo en esto, como se lo impidió en otras situaciones a que me referiré más adelante.

En tercer lugar, apunto que el codificador, que tuvo previsiones muy buenas en materia de prescripción (sobre todo, al reducir a diez años el término de la ordinaria, contra el treinta y cinco de casi todos los Códigos del mundo), no escuchó bastante sus sugerencias en varios otros supuestos: ha mantenido prescripciones de treinta años (hasta para reclamar pequeñas cosas muebles, dadas en prenda), y ha consagrado demasiadas causas suspensivas de la prescripción, con la agravante de un precepto nada claro, como es el del artículo 3880, que permite extenderse aún más.

En cuarto término, el principio de que no hay derecho fundado en un acto ilícito, no está propiamente en ningún precepto del Código. Sin embargo, se trata de algo que viene del mismo derecho romano. Lo que es más, se trata de algo que representa un gran instrumento de educación, y hasta de corrección, para no escasos individuos que pretenden derivar derechos de actos indicados y aun torpes.

Finalmente, deseo protestar contra el principio del artículo 953; todo acto jurídico debe tener un objeto comercial.

He aquí otro caso de romanismo... mal entendido, al través del Código francés y sus imitadores. Ihering ha probado hasta la saciedad que el preconcepto es falso: el derecho romano nunca lo ha sancionado. Lo que es más, el codificador dió prueba, y no una sola vez, de que en el Código se legislaba no el negocio, no el comercio, no lo meramente económico o pecuniario de la vida, sino la vida misma en su integralidad. Por algo ha consagrado el matrimonio y toda la institución de la familia y las sucesiones. Por algo ha fulminado las cosas inmorales, ha autorizado el beneficio de competencia, ha dado cabida al usufructo de mero placer, ha admitido el daño moral... Ahora resulta que el contrato para educar o guardar un niño, o para que no se haga ruido en una casa de alquiler, o para realizar un viaje de placer o de estudio, o para que dos o más personas se asocien con fines culturales, etc., etc., no es contrato, no es acto jurídico, no es derecho civil, no es actividad humana respetable, simplemente porque en él no se persigue un objeto "comercial". Lo evidentemente diminuto y errado de la disposición tienen en mi caso una gran virtud: previenen la explosión fulminatoria que pugna por salirse.

Héme ya en el derecho de la familia.

Hay no contados progresos realizados: los he indicado, apenas indicado, más arriba. Pero se está lejos, aun con relación a la época de la codificación, de lo que pudo esperarse.

No quiero insistir en lo religioso del matrimonio, ya felizmente corregido, ni en la no admisión de los hijos adoptivos, que algún día deberá consagrarse: se trata de cosas para mí obvias.

Pero cabe protestar contra la casi esclavitud de la mujer casada, tan fuertemente incapacitada por la ley y tan poco protegida respecto de los bienes conyugales, contra la inconducta de su marido. Lo mismo digo de las prohibiciones, en cuya virtud la mujer no puede ser tutora ni siquiera servir de testigo de un testamento.

La edad del matrimonio es una simple ingenuidad del codificador, y más tarde del legislador de 1889, dominado aquí por sugerencias nada encomiables. Sería de ver un matrimonio de dos chicos de catorce y doce años... El matrimonio es, por sobre todo, un asunto de hijos antes que de bienes y patrimonios. De consiguiente, y sin llegar a los extremos de la mayor edad, apenas si cabría admitir como edad mínima la de dieciocho años para los varones (es la edad en que pueden testar, reconocer hijos naturales, etc.), que corresponde a la de quince para las mujeres. La eugénica y la seriedad estarían mucho más consultadas.

La condición de los hijos naturales, tienen todavía cortapisas. El precepto del artículo 326, que prohíbe la indagación de la maternidad respecto de una mujer que luego se casa, es pura gasmoñería. Por encima de preconcepciones de moral convencional, está la realidad de los hechos: el hijo no es por eso menos hijo ni menos inocente, ni menos digno de protección que el hijo de una mujer soltera.

La suerte de los hijos adulterinos es deplorable. Es la lógica de las malas legislaciones. La culpa, si la hay, de los padres, es pagada por los hijos... Acaso se llegara a prevenir un poco el adulterio, si los padres supieran que la ley los responsabiliza por los hijos que echen al mundo.

No sé hasta qué punto pudiera condecir con nuestro ambiente la implantación del consejo de familia en materia de tutela. Pero sé que ésta no se halla bien organizada, ni, menos, fiscalizada. Un tribunal de tutela, por el estilo del germánico, sería para mí remedio decisivo.

Hay mucho más. El Código no ha organizado sino la tutela de los pupilos más o menos pudientes. Basta ver la prolijidad con que determina la administración del respectivo patrimonio.

La tutela de los menesterosos, la tutela que se resuelva en una función educadora y formadora del hombre futuro; eso no cuenta. Felizmente, hay ya más de una iniciativa al respecto. La tutela del Estado sobre todos los menores abandonados, aislados, etc., etc., es una función de toda importancia y de vital necesidad. Y la mayor facilidad para despojar de la patria potestad a los padres incuriosos, debe concurrir para que la suerte de la infancia y la adolescencia constituya una preocupación primordial de las leyes y los poderes públicos.

No será mucho lo que diga respecto de los derechos reales.

Acaso bastaría apuntar, en general, que es aquí donde el romanismo brilla con todo esplendor.

Para no repetirme, señalaré la tradición como medio de consumir la transmisión de un derecho real. La tradición en lugar del registro, instituido para la hipoteca, en pleno siglo veinte y ante modelos como los de la ley francesa o de Freitas, es toda una aberración. Ese condominio metafísico y contradictorio y con la superchería del efecto declarativo de la partición, es, simplemente, incomprensible. Y ese dominio imperdible, ese dominio inerte, ese dominio excluyente y poco menos que absoluto, aislado en forma que conduce a ver en las necesarias limitaciones sociales meras restricciones como excepcionales, siendo así que son parte integrante del derecho mismo, que, como todo derecho, sólo es tal dentro de la armonía de la convivencia, ese fetichismo de los inmuebles, considerados como la propiedad sagrada y eminente; todo ello hace que sea verdad para el Código aquello de Demolombe: "Place au droit réel!", esto es, la infantil supremacía del señorío territorial y de los resabios feudales...

También quiero ser breve en punto a obligaciones y contratos. La noción misma del contrato es rudimentariamente romanista: supone el pequeño "marchandage" de los futuros obligados. Con ello se excluye los contratos en grande, como los colectivos o los de adhesión, y se proscribire la oferta al público, cabalmente porque, según el Código, la oferta debe ser hecha a persona determinada. No está consagrado en parte alguna el principio tan fecundo del enriquecimiento. La omisión de la locación rural, en un país eminentemente rural como el nuestro, no tiene justificación. Los contratos llamados reales, en una época y en un Código de puro consentimiento, carecen del más elemental asidero y resultan una quinta rueda. No se ve por qué la señal deba jugar como cláusula resolutoria, ni que, en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra parte no disponga, como en derecho comercial, del derecho alternativo de resolver el contrato o de pedir su cumplimiento. La preterición de una larga serie de locaciones de servicios y de obras (para el Código no hay más obra que la construcción de un edificio: un canal, un

puente, un poso, un cuadro, un libro, una estatua, etc., etc., no existen), muestra lo muy libresco y no muy práctico de la orientación del codificador. Y a propósito de obligaciones, señalo esto: lo violento de esa cláusula penal, en cuya virtud se puede reclamar un perjuicio de mil o cien mil, aunque sólo se lo haya sufrido por cien o por uno, y aunque la prestación principal no valga más de cien o uno, no tiene nombre; la no fulminación de la usura es un positivo error; lo extensivo de los efectos de las obligaciones solidarias, casi siempre contra el deudor o los deudores, es de un romanismo injustificable; el "tratado" de la transacción puede ser reducido a preceptos contables por los dados; la novación es una mentira práctica y una fuente de controversias, etc., etc.

También hay exceso de romanismo en las sucesiones. El concepto mismo de ellas, la transmisión de la personalidad del difunto a los herederos, tenía en Roma explicaciones, sobre todo religiosas, como ha mostrado Pastel de Coulanges, que ni en sueños proceden entre nosotros. La posesión hereditaria del Código es plenamente desconocida en la práctica. Los grados sucesorios son numerosos: si ya no son pocos los primos que ni siquiera se conocen, calcúlese lo que ocurrirá respecto de hijos de primos. La partición hecha en vida por los padres tiene, frecuentemente, este doble resultado: es fuente de avideces entre los beneficiarios, y, por tanto, factor de disidencias; de otra parte, el pobre padre suele encontrarse luego en condición como de mendigo respecto de sus hijos. De ahí lo teórico de su legislación. Lo mismo, si bien en otro sentido, cabe apuntar respecto de la separación de patrimonios: con la herencia en los bienes del derecho moderno, todo queda consultado. El aumento de la porción disponible me parece de rigor. Y la ampliación de los derechos hereditarios en favor de los hijos naturales, que deben ser equiparados a los hijos legítimos del padre que los haya reconocido, tiene que venir; como debe ser una plena realidad la consagración de análogos derechos respecto de los demás hijos legítimos.

Si salimos del Código —y pido perdón por la impietad de mi largo abuso— y vamos a las legislaciones y disciplinas más o menos conexas, hallaremos igualmente no contadas fallas.

Poco será lo que apunte en materia constitucional, a cuyo respecto el codificador llegó a sustentar convicciones bien equivocadas. No podría ponerse en tela de juicio a tal respecto lo relativo al registro de la hipoteca ni lo tocante a las cosas de forma o procesales —acciones, juicios, pruebas, etc.— que se encuentra en el Código: se trata de principios generales, y no de detalle, que, por lo mismo, son parte inmediatamente integrante de las correspondientes instituciones de fondo, y resultan así

plenamente civiles. A lo sumo si cabría señalar cosas incidentales, como aquella expropiación sin indemnización del art. 2639.

Tampoco será mucho lo que diga en materia comercial. Me límito a recalcar las reacciones más o menos solapadas que acusa la jurisprudencia, forzada por las exigencias ambientales, contra el régimen pasado del Código Civil: los usos tienden a prevalecer sobre el imperio subsidiario de aquél; la fuerza probatoria contra terceros de los documentos privados, de fecha no cierta, sobre todo, en punto a letra de cambio y a prenda, va siendo más y más admitida; la comercialidad de los inmuebles se está infiltrando en alguna forma, particularmente cuando se trata de ejecutar una hipoteca dada en garantía de una obligación en favor de una sociedad anónima.

Con relación al derecho criminal, las desarmonías y antinomias no son tan numerosas como delicadas. Entraña todo un problema la potestad de las personas jurídicas o de los menores emancipados (arts. 41 y 135 del Código Civil), para asumir el carácter de querellantes en un juicio criminal. Lo mismo digo de la calificación fraudulenta de una quiebra; si bien aquí el asunto no es sólo de ley, pues también concurren circunstancias de prueba y criterio. El Código Civil ha convertido en delitos a hechos (como el de estelionato: arts. 1178 y 1179), que no lo son en derecho penal. Las multas civiles (son o no son delitos criminales? Todo es asunto de apreciación: hay multas puramente fiscales, como hay multas que son una pena. El adulterio civil no es el adulterio criminal; y eso que por virtud de una ley ulterior, la comprobación del hecho civil es prejudicial. La reparación civil del daño causado por un delito es demandable ante las dos jurisdicciones...

En derecho industrial y obrero el Código presenta una falla de toda gravedad. Ya hice referencia a una serie de locaciones —rural, de servicios, de obras, etc.— que en aquél han sido preferidas. Aquí sólo concentro mis observaciones en el derecho del trabajo. La sugestión libresco e imitativa no permitió comprender al codificador que en cualquier país, sobre todo en un país nuevo, el trabajo es un elemento vital de desarrollo y auge, y no le dió así pie para sentar ni siquiera los principios básicos de un derecho tan fundamental. Al contrario, todo cuanto se refiera al trabajo más común, al trabajo del obrero, quedó, o proscripto en algunos casos, o, lo que es peor, plenamente olvidado en la inmensa mayoría de los supuestos.

El derecho de procedimientos está invadido en casos bien plurales, si bien, por suerte, en asuntos secundarios. No hay concordancia entre la prueba civil de los contratos y los medios probatorios del derecho procesal. Hasta qué punto las acciones posesorias correspondan a los interdictos, puede decirlo alguna

jurisprudencia que hace de aquéllas y de éstos dos juicios distintos. La ejecución hipotecaria contra el tercer poseedor es, en el Código Civil, larga y dispendiosa. El código procesal ha ampliado al Código Civil en lo tocante al lugar de la exigibilidad de una obligación. La prescripción de la ejecutoria del Código procesal parece una reviviscencia de cosas pretéritas: en todo caso, es un rompecabezas. La compensación no parece obrar de pleno derecho en materia procesal. La especialización del concurso hipotecario ha sido extendida por la ley procesal a cualquier privilegio especial.

Con relación a la economía política, sólo quiero referirme a la deficiente protección de los terceros, esto es, a la falla más importante que puede tener una ley, que debe empezar por dar seguridad, estabilidad y todo el resto a cualquier derecho bien adquirido. Aunque el propósito legislativo de proteger a los terceros resulte para mí meridiano de un largo conjunto de preceptos que, efectivamente, les dan garantía, no puedo negar que hay disposiciones equívocas y que dan pie para interpretaciones diversas. Es ello así en punto a dación en pago, a nulidades, a reivindicación, a la acción de reducción, etc. Es también así respecto de efectos retroactivos que el Código ha menudeado en la condición, en la nulidad, en la división del condominio y de la herencia, etc. Es igualmente así en aquella regla, infantilmente romanista, de que nadie puede transmitir más o mejores derechos que los que tiene, y que el mismo codificador ha derogado en centenares de casos. Es, además, así en lo que toca a prescripción: sus términos suelen ser muy largos, y las causas ocultas de suspensión son toda una rémora. Y es por sobre todo así en la omisión del registro para la publicidad de derechos reales, de privilegios, de regímenes conyugales, etc.

En cuanto a las demás disciplinas, de las cuales no deseo contemplar sino la moral y la cultura, ya he indicado la pobre suerte de la mujer, la triste suerte de la mujer casada y de los hijos naturales, la tristísima suerte de los otros hijos ilegítimos, el exagerado individualismo del código, etc., etc.

La literatura no ha sido tentada por el Código. En cuanto yo sé, sólo en el teatro, y en contados casos, se ha querido poner en tela de juicio algunas instituciones: la patria potestad, el divorcio, la filiación ilegítima y el régimen de la sociedad conyugal. En general, los autores no tienen ni noción de lo que es el Código, pues suponen para sus tesis situaciones favorables, que distan de responder a lo que aquél legisla. En algún otro caso pretenden regímenes, como el de la dote, que serían simplemente una aberración en nuestro medio.

Pero en materia de jurisprudencia habría título sobrado para ser extenso. Como me tarda el concluir, voy a señalar lo más típico. . .

Nuestros jueces, en general, cuando saben derecho, interpretan la ley con criterio exegético, cerrado y de la más elemental literalidad. Una palabra, aun incidental, los resta y esclaviza: en vano se les argumentará con los principios de fondo del Código, con la multitud de preceptos análogos que resuelven en otro sentido y que muestran el propósito del legislador. Es así como nuestra jurisprudencia restringe el daño moral a los delitos que entrañen un hecho criminal, cómo ha inventado lo de la prescripción de una sentencia dentro de los diez años ordinarios, cómo sostiene que la demanda interrumpe la prescripción por el mero hecho de ser intentada y antes de toda notificación, cómo acuerda efectos reipersecutorios a la acción de reducción o a diversas reivindicaciones contra terceros adquirentes a título oneroso o de toda buena fe, cómo ignora el abuso del derecho, cómo afirma nulidades con efecto retroactivo en supuestos muy plurales, cómo ve en el artículo 326 un óbice positivo para admitir la acción de filiación natural, y aun la de posesión de estado, contra una viuda o una mujer casada ya muerta, cómo rompe toda la doctrina del código y del buen sentido en punto a solidaridad y a indivisibilidad, por virtud de un mero error de copia o de imprenta del artículo 2689 . . .

Sería interminable. Ayer nomás ha resuelto que una cónyuge, divorciada desde hace dieciocho años, y que se precipita sobre los bienes adquiridos por el marido durante la separación, tiene derecho preferente sobre los acreedores del marido, y de consiguiente, sobre los acreedores conyugales; siendo así que no puede haber bienes en una sociedad conyugal, como en ningún patrimonio, mientras no se pague las deudas. Ayer nomás ha decidido que un pobre acreedor, que ejecuta a su deudor y se encuentra que éste no le paga ni tiene cómo pagarle, y que en tal virtud embarga un automóvil que hasta ayer era del deudor, tiene que sufrir todas estas consecuencias: el deudor ladino, para no emplear el calificativo que cuadra, que había vendido su automóvil poco antes, como se comprobó por el informe municipal, vence al acreedor en la tercería; y después el nuevo propietario del automóvil lo demanda por indemnización del daño causado por el embargo ilegal. El acreedor, que perdió su crédito y que debió pagar las costas de la tercería, se ve todavía precisado a abonar esa indemnización. Es sin duda fuerte. Lo menos que merecía tal acreedor era consideración. Lo menos que correspondía contra el deudor era el rigor. En vez, hay todo un prodigio de sutilezas mediante las cuales se ha arribado a la conclusión en contra del primero.

En verdad que muchas de las inculpaciones que se formula contra el código serían más procedentes contra la jurisprudencia, que ha podido ser más progresista y hasta creadora, dentro

de los lineamientos de fondo del código, que, seguramente, no quiere el estancamiento ni el retroceso del país, sino su desarrollo y su progreso. No hay en ella nada de creador, ni siquiera de innovador. Y no será por falta de precedentes. Me sobra con citar la jurisprudencia francesa² que ha tenido la singular virtud de mantener al día al vetusto código civil, dando a luz, por mera y fecunda interpretación, a las instituciones del contrato por terceros, del abuso del derecho, del daño moral, de la obligación natural, de la validez de los actos de enajenación del heredero aparente, de la personalidad de las sociedades, etc., que el código silenciaba o ignoraba. Entre nosotros es poco menos que imposible. El derecho romano, Pothier o Laurent (y no menciono ciertos autorcillos...), son un evangelio; Saleilles o Géný o la Corte de Casación no son nada.

Si contáramos con una jurisprudencia capaz de traducir el derecho vivo y de responder a las exigencias ambientales, la cuestión de la reforma del código pasaría muy a segundo plano. Sobraría con una que otra ley especial.

En cambio, las reformas son más y más indispensables.

Descarto, desde luego, lo relativo a la reforma integral del código. Es tan compleja y larga que no se haría nunca.

También prescindo de los problemas de fondo de la reforma de nuestra codificación, pues ello es todavía más grave: armonizar el código civil con los restantes equivale a cambiar estos últimos; y modificar nuestra legislación implica reformar una serie de instituciones, cambiar la organización y régimen de no pocas cosas, y hasta orientar la educación en nuevos sentidos, como también supone afrontar el problema de los códigos de instituciones (la familia, la propiedad, las obligaciones, el trabajo, el derecho privado en general, etc.), para romper con la anti-gualla del sistema actual de códigos heterogéneos e inorgánicos y que silencian no pocas cosas o legislan dos veces una misma cosa.

Dentro de lo limitado y más práctico de las leyes sueltas, cabe reclamar no pocas cosas, que me reduzco a indicar en casos típicos: la socialidad, en vez del individualismo, para que los derechos sean una función antes que una potestad; en el régimen de las personas, el derecho al nombre y la consagración de las asociaciones; en los hechos, el daño objetivo, el daño moral, la nulidad estricta y sin efecto retroactivo (salvo siempre la mala fe), el principio del enriquecimiento, la prescripción menos contemplativa de los derechos del acreedor; en el derecho de familia, la patria potestad como función y como deber, la dignificación de la mujer casada, la consagración de los derechos de los hijos ilegítimos, la tutela del Estado en favor de los menores desamparados, la institución del bien de familia, y por

sobre todo, la admisión del divorcio absoluto, que ha de implicar una conquista del más elemental buen sentido en favor, particularmente, de la mujer y de los hijos; en el derecho de las cosas, la morigeración de ese señor feudal del derecho real y la conversión del romanista derecho de dominio en lo funcional de una propiedad que sirva para algo y concorra a la actividad colectiva; en el de las obligaciones, la espiritualización y objetivación de la misma obligación, que nos dará la cesión de deudas, la supresión del arcaísmo de la novación, la preterición del requisito del valor pecuniario, la extensión progresiva de las obligaciones naturales; en el de los contratos, el concepto individualista y diminuto debe desaparecer ante la concepción social que permita la admisión de la voluntad unilateral, el contrato de adhesión, la oferta al público, los contratos por terceros y los contratos abstractos y colectivos, así como la serie de contratos consagrados debe ser integrada con todos los relativos a servicios y a obras, y, más que nada, con los del trabajo. Y en el derecho sucesorio, que en nuestro régimen no cabe proscribir todavía, la sociedad tiene mucho más de un título para reclamar lo que en toda sucesión viene a ser obra de ella: se lo consultará reduciendo los grados, que jamás debieran pasar del cuarto, e imponiendo fuertes derechos a la sucesión; además, será menester organizar mejor el juego de los cónsules en las sucesiones vacantes, ampliar la porción disponible, prohibir la división, durante algún tiempo o mediante compensaciones, de herencias en que figure algún bien cuya partición implique un desmedro de los derechos en juego, atribuir adecuados derechos a los herederos ilegítimos...

Sólo de tal suerte se marchará con la corriente de la cultura. Sólo así se acomodará las leyes a las condiciones ambientes. Sólo de esa manera se podrá hacer que las leyes no traicionen las exigencias de la vida que deben interpretar. Y sólo entonces se podrá decir que el código civil no es, como hoy se dice y se repite, una cosa arqueológica.

Se podrá no participar en más de un supuesto de los diversos puntos de mira que tengo delineados. Es ello plenamente natural. Por eso ni lo pretendo. Pero lo que no ha de ofrecer dudas es lo central de mi criterio: el código es omiso y atrasado en asuntos de toda importancia, y se hace indispensable que responda ya a necesidades muy sentidas y muy hondas. Esa es la tarea del buen derecho. Esa es la obra del único derecho concebible en cualquier sociedad culta, como es la nuestra, que, además, tiene el deber señalado por su misma posición, de ser como la directriz de las orientaciones culturales en el continente.



NOTAS Y COMENTARIOS



EL DERECHO DE MINERIA ALEMAN

WALTER JAKOB

Profesor Titular Interino de Derecho Agrario y Minero

La exploración y explotación de las sustancias minerales, era en el derecho germánico primitivo un atributo del superficiario; no se distinguía entre propiedad territorial — inmueble común y la propiedad de las minas. El derecho del superficiario se extendía a todo el subsuelo y a su contenido. Sería impropio hablar de la teoría de la accesión. No había teoría alguna. Ese era el concepto.

Pero ya desde mediados del Siglo XII, (según algunos historiadores del derecho alemán y según otros desde el Siglo XI), comenzó a diferenciarse el derecho del superficiario del derecho a la explotación del subsuelo mineral, y comenzó a implantarse el concepto y a imperar el derecho de la libertad de cateo y de la independencia del derecho del minero con relación al del superficiario. Pero a la vez, casi podemos decir concomitantemente, se fué estructurando el concepto y derecho de "regalía" en favor del Soberano, que poco después fué heredado por el señor Feudal, con la naciente subdivisión de la soberanía y señorío territorial medioeval, naciendo allí el principio, que imperó luego en la ley argentina de 1875 y que presidió la estructura de nuestro Código de Minería de fines de 1886, en virtud del cual las minas pertenecían al dominio privado del Estado en cuyo territorio se encuentren. Esta evolución fué análoga en casi todos los países continentales europeos y se plasmó en todo el derecho colonial correlativo, luego heredado por las naciones nuevas, principalmente de la América Latina.

Este derecho de regalía, primero real, luego señorial (a partir del Siglo XIII) y finalmente otra vez real, hasta trocarse en estatal, creó y fué el origen de la siguiente figura jurídica: la teoría del res nullius. Las minas no eran de nadie; el soberano, el señor, el estado, intervenían en y otorgaban el permiso, la concesión para su explotación, y con ello, se diferenciaron los derechos del estado, del superficiario y del minero, reconocidos los tres y balanceados de diverso modo en forma más o menos equitativa.

El estado tenía su parte, el superficiario su compensación y el minero su derecho al remanente del producido.

En la legislación argentina, ha sido siempre desconocido por principio, el segundo de estos derechos, que en el derecho europeo en general fué casi siempre respetado, pero en el derecho alemán, en particular, y en la época a que nos estamos refiriendo, no había una primacía fundamental en favor del descubridor, sino que tanto éste, como el superficiario, estaban casi en un pie de igualdad para reclamar o recibir por parte del estado, el derecho a la concesión de la explotación minera.

Del concepto elaborado del regalismo, fluyó el derecho a obtener la concesión, con reserva por parte del Estado del derecho de inspección, intervención, contralor y regalación de la explotación en sí, y del de obtener la contribución o participación pertinente del producido de la explotación misma (regalía).

Este concepto de la regalía en un principio, como ya lo hemos analizado respecto del derecho español (1), tuvo el carácter de derecho de propiedad privada de la corona, se fué transformando en el Siglo XIX en un derecho inherente a la soberanía del estado, y como consecuencia de ello, el derecho de conceder se transformó en la obligación de hacerlo, con el solo mantenimiento y vigilancia de las normas que regulan el otorgamiento de tales concesiones y con reserva del contralor necesario para mantener la seguridad y salubridad de los trabajos mineros.

El derecho de minería alemán, sin influencia de derechos extranjeros se estructuró y organizó a través de una prolija y minuciosa legislación compuesta de multitud de ordenanzas y reglamentos, que comenzó con el Estatuto de Minería de Freiberg de principios del Siglo XIV y se siguió desarrollando y sistematizando hasta la Ley de Minas de Prusia del 24 de Julio de 1865, que fué la base sobre la cual se estructuró la posterior legislación local de los demás estados alemanes particulares, luego complementada por las leyes del 24 de Junio de 1893, 20 de Julio de 1906, etc., y cuyos principios no fueron modificados en forma alguna por el Código Civil Alemán, sino más bien ratificados y respetados por éste.

Consagrada en esa legislación la propiedad minera inmobiliaria, consecuente al otorgamiento de la concesión estatal respectiva, se incorporó su registro al general de la propiedad inmueble,

(1) Walter Jakob, "El Derecho de Minería en la Legislación Indiana". Revista del Instituto de Historia del Derecho. Bs. As., 1938.

y como organización correlativa a las compañías de minas del código argentino de la materia, se organizaron en Alemania las corporaciones mineras como entes legales de explotación, que si bien en un comienzo tuvieron el carácter de agrupación de trabajadores mineros, se transformaron con el tiempo en asociaciones de capitales, en gran parte del tipo anónimo, que en Alemania se conocen con el nombre de "Kuxe", y que perduran aun hasta en la actualidad.

Como se dijo más arriba, el Código Civil Alemán respetó, con relación al derecho de minas, la legislación estatal local, y consagró sus principios, en las disposiciones de sus artículos 67, 68, 73, 84 y concordantes, y en los artículos correlativos de sus Leyes Complementarias sin perjuicio de las normas posteriores de socialización introducidas en materia de trabajo minero, y especialmente en las minas de carbón. Este concepto y la estructura pertinente, que en Alemania se dió en llamar "socialización" y que se implantó en el régimen de la industria carbonífera especialmente con motivo de la primera guerra mundial, es lo que en Francia se hubiera dado en llamar "nacionalización".

Al entrar en vigencia el Código Civil Alemán, el 1º de Enero de 1900, se tuvieron en cuenta (tercer apartado de su Ley de Introducción) las relaciones del código con las legislaciones locales de los distintos estados que al unificarse crearon el Imperio Alemán, en cuanto a los derechos reservados por esos estados. En el interín, una gran parte de esos derechos se han ido eliminando, pasando con todo el resto del derecho privado y gran parte del administrativo a ser de naturaleza general (federal, podríamos decir), como la materia del seguro, derecho de editores, etc., y otras finalmente, fueron eliminadas definitivamente por la Constitución de Weimar. Pero la regulación del derecho de minería en particular, mantuvo su carácter local en cuanto a sus detalles y reglamentaciones, tanto internas como de carácter técnico.

EL AMPARO DE LA PROPIEDAD MINERA

EDUARDO A. FIGRETTI

I

CONCEPTO Y SISTEMAS

Al desarrollar el Regalismo los principios justificantes del régimen de dominio minero, distinguiendo la existencia de dos sujetos jurídicos en el campo de la explotación mineral, a saber: La Corona y el particular, en especial vinculación obligacional, había creado el instituto del Amparo.

Adoptada esa concepción por nuestra legislación para regular la mayoría de las sustancias minerales, la reseña de sus puntos estructurales, que pasamos a exponer, nos permitirá obtener el concepto de Amparo y señalar la evolución de los sistemas aceptados.

Debemos partir de la base de que existen dos dominios, uno originario cuya titularidad detenta el Estado y otro derivado que es el que obtiene el particular que, cumplidas ciertas formalidades, constituye una propiedad sobre sustancias que hasta ese momento pertenecían al Estado como dueño. La ley minera crea una propiedad nueva al disponer la inscripción en el registro correspondiente de la operación de mensura de un descubrimiento; propiedad minera que mantiene perfecta independencia con los derechos de dominio que caracterizan la superficie del suelo¹.

Pero el minero debe dar cumplimiento a determinadas condiciones para conservar el derecho de explotación que el Estado como tutor de la riqueza minera le ha otorgado. Esta concesión

¹ Art. 244 del Código de Minería.

condicional tiene por objeto asegurar una producción constante y está fundamentada en el interés público. La falta del cumplimiento de las obligaciones impuestas acarrea la pérdida de los derechos sobre las minas, puesto que por ese medio se retrovierte la propiedad al Estado, que puede disponerla en favor de otro minero, de manera de tender a una correcta y continua explotación del subsuelo.

El conjunto de obligaciones que debe observar el titular de un derecho de propiedad sobre una mina bajo pena de caducidad ha sido designado en el derecho y las costumbres hispano-americanas como *amparo minero*. El vocablo, reconocido con esa acepción por el Diccionario de la Real Academia², se refirió inicialmente a sólo uno de los cuatro sistemas de condiciones que se conocen: el del *pusble*, que se distingue por imponer el trabajo obligatorio de las minas durante un cierto tiempo con un determinado número de operarios o implementos.

El derecho colonial y las primeras épocas de historia de los períodos revolucionario-constitucional de los países latinoamericanos supieron de su influencia, que se quebró al introducirse en el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación y el Decreto Bases Español de 1858, el criterio de imponer como única condición de mantenimiento del derecho sobre la mina, el pago de una patente o *canon*, que pasa a constituir, a juicio de los innovadores, el estímulo indispensable, que junto al interés individual mantendrá el ritmo de trabajo que el Estado necesita conseguir.

A las dos formas de amparo comentadas, un criterio más moderno ha agregado la condición de invertir determinados capitales. Con ello se desea interesar el espíritu comercial de los explotantes que al incorporar gran parte del patrimonio societario en la mina otorgada, se encuentran obligados a mantener un intenso rendimiento en procura del logro de buenos beneficios que justifiquen las inversiones efectuadas.

Un último sistema debemos agregar. Se lo ha denominado *trabajo efectivo* y ha sido destinado preferentemente al amparo de hidrocarburos, consistiendo en la determinación, por parte de los organismos técnicos competentes, de una producción mínima por pertenencia. (Una variante doctrinaria estaría dada por la obligación de pagar un mínimo de jornales a obreros que se ocupan directamente en tareas de extracción).

² Diccionario de la Lengua Española. Pág. 78. Décimoquinta edición. Madrid.

II

EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO

a) Derecho Indiano. Las Ordenanzas de Minería del Perú de 1563, obra del virrey Francisco de Toledo, constituye el primer ordenamiento minero dictado en el continente, con método jurídico y consulta a las necesidades del ramo. Tanto ellas como las Ordenanzas dadas para el Virreinato de Nueva España en 1763 adoptaron el sistema de amparo por Pueblo, influyendo directamente en nuestro Código.

Esta última circunstancia nos releva de realizar la exégesis de ambos textos y obliga a una mayor detención en el estudio de la regulación de 1867.

b) Derecho Patrio. Sancionada la Constitución de 1853, el Congreso General Constituyente que se encontraba reunido en Santa Fe se abocó, en cumplimiento del Art. 12 del Acuerdo de San Nicolás, a dictar las leyes orgánicas necesarias para la vigencia práctica de la Carta Magna³.

El régimen minero fué por ello prontamente organizado en el país. La ley del 9 de diciembre de 1853, llamada Estatuto de Hacienda y Crédito Público, otorgándole entre otras atribuciones (Título 11, Art. 10) el registro de la propiedad territorial pública y nacional en toda la Confederación (incluso la propiedad subterránea de las minas, que encontró así su primer encuadre jurídico en el período Constitucional). El Estatuto dedicó el Título 10 a "las propiedades subterráneas o de minas", materia que trató en once artículos⁴.

El primero de ellos mantenía en vigencia las Ordenanzas de Méjico hasta tanto el Congreso dictara el Código de Minería.

La misma norma con sentido práctico y espíritu acorde con las circunstancias de la minería regional aceptó las modificaciones que las legislaturas de provincia habían efectuado en las ordenanzas citadas, en todo lo que al mismo Estatuto no derogaba especialmente. Esas leyes ocuparon entonces el mismo lugar que las Declaraciones de Escobedo tuvieron en el Virreinato del Perú.

Pero es sin lugar a dudas el sistema de amparo el más afectado por la legislación que se dictaba. Se abandonaba el sistema

³ LARROU, JULIO B. *Historia de la Constitución Argentina*. Tomo 11, pág. 217. Buenos Aires, 1950.

⁴ *Anales de Legislación Argentina*, Tomo 1.

del pueblo por la contribución anual. La discusión sobre los beneficios de uno y otro se iniciaba en la Argentina, abriendo un proceso que produjo los cambios más seriamente meditados de la legislación minera nacional.

El art. 11 del Estatuto establecía que una mina se posee con título legal (es decir, con título de propiedad) cuando se registra en la Administración del Banco (art. 7 y 8) y se paga la contribución anual de \$ 20 que fijaba el art. 9.

La falta de pago de la contribución, pasados ciento veinte días de cerrado el término para efectivizar la obligación, significaba el abandono de la propiedad que se volvía denunciante por el procedimiento establecido en las Ordenanzas. Poseída con título legal (o sea, registrada y pagado el canon) no era posible de denuncia.

c) Derecho Contemporáneo.

El empuje en el Código de Minería de 1887

Partiendo de la concepción de que las minas se otorgaban liberalmente para explotarlas y obtener una buena producción, el proyecto Rodríguez estableció que el cumplimiento de esa finalidad sólo podía lograrse por la imposición del trabajo obligatorio o sea por el viejo sistema del pueblo, tradicional en las Ordenanzas americanas¹.

Consecuente con tal principio, el código estableció como condición fundamental de la concesión la obligación de trabajarla con cuatro obreros durante doscientos treinta días del año, dejando librado a la voluntad del minero el mantener la explotación durante la cuarta parte restante².

El Denuncio

Denunciar una mina era solicitar las pertenencias que la ley declara perdidas y que han vuelto al dominio del Estado. Resulta, así, un medio complementario para adquirir la propiedad minera, creado por la ley para mantener la explotación. El Código establecía dos clases de denuncias:

1) Por abandono, cuando los dueños de una pertenencia manifestaban a la autoridad la resolución de no continuar con los trabajos, comunicación que debía efectuarse por escrito con veinte días de anticipación y ante la autoridad minera.

¹ Proyecto de Código de Minería, redactado por el Dr. Enrique Rodríguez, pág. 443, Imprenta M. Biedma, 1885, Buenos Aires.

² Código de Minería Argentino de 1878, Título IX, Sección 1, párrafo 1, Art. 289.

2) Por despueble, cuando no se daba cumplimiento a las condiciones impuestas por la ley para mantener la propiedad de las minas.

Este no cumplimiento de las condiciones de la concesión constituía a la pertenencia en despueble lo que la hacía denunciable, medio por el que cualquier persona puede obtener el registro y la propiedad de una mina.

Como puede observarse, el código da por des pobladas a las pertenencias que no cumplieran el amparo prescrito, ya sea al suspender los trabajos, al no ejecutar determinada obra o realizar ciertas formalidades, siempre que las infracciones dieran lugar a la pérdida de los derechos adquiridos.

No causaba despueble la suspensión de tareas debida a fuerza mayor: peste, hambre en el asiento minero o en un radio de cincuenta kilómetros, como también las temporadas de lluvias y nieves que impidieran la explotación siempre que se diera aviso a la autoridad, del día en que debían suspenderse los trabajos. Ella debía establecer la suspensión y la iniciación de la misma en los asientos mineros durante la temporada de aguas y nieves. En estos supuestos el despueble voluntario autorizado de 135 días corría junto a los términos de paralización de las labores fijados por la autoridad.

Amparos Especiales

Normas particulares se destinaban a regular, siempre dentro de la tónica impuesta, las sustancias de segunda categoría, los cerros abandonados y los socavones. Nada se dice sobre las sustancias de la tercera categoría, dado que rigiéndose por el principio de la accesión no son susceptibles de recibir amparo.

III

RÉGIMEN VICENTE

a) Ley de Reformas al Código de Minería N° 10.373

Dos años después de la designación de Joaquín V. González como profesor de Legislación de Minas en la Universidad de Buenos Aires, es decir en 1896, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública le encargó el estudio y proyecto de reforma general del Código de Minería, obra que se limitó mucho después (1914) a la modificación del régimen de conservación y caducidad de la propiedad minera. El autor del proyecto criticaba el

† Joaquín V. González, *La Propiedad Minera*. Buenos Aires, 1906.

sistema del pueble o trabajo obligatorio² y el denuncia proponiendo su sustitución por el canon que había regido el país desde el Estatuto de 1853 hasta la sanción del Código, y que él definió como el signo representativo de la soberanía del Estado respecto de la propiedad minera que se acuerda a los particulares.

Consecuente con ese criterio, la sanción legislativa dejó establecido que las minas se conceden a los particulares mediante un canon anual por pertenencia, que se fija por ley nacional periódicamente para defender con su reducción o aumento el interés de los mineros contra las maniobras monopolistas.

La ley lo fijó por primera vez, sin sufrir desde entonces otra modificación que la introducida por la ley 12161 para el petróleo, de la siguiente manera:

SUSTANCIAS DE 1ª CATEGORÍA y Arenas Metalíferas y Piedras Preciosas que se encuentran en ríos o placeres (cuando se explotan en establecimientos fijos)	\$ 100 m/n por pertenencia o unidad de medida.
SUSTANCIAS DE 2ª CATEGORÍA (menos relaves, desmontes y escoriales) y Arenas Metalíferas y Piedras Preciosas cuando son de aprovechamiento común ..	\$ 50 m/n por pertenencia.
CONCESIONES PROVISORIAS DE EXPLOTACION o cateo de primera categoría	\$ 2 m/n por unidad de medida.
MINAS DEL DOMINIO DEL DUEÑO DEL SUELO (transferidas a un tercero o registradas por el propietario)	Pagan según su categoría.
SOCAVONES	
Generales, Explotación, Exploración	\$ 50 m/n.
Zona de Exploración (1.000 metros a cada lado y en toda la longitud del socavón) ..	\$ 2 m/n por cada 100 metros de superficie.
Pertenencia que se adquiere con el trabajo del socavón	Pagan según su categoría.

Aunque aumente el número de unidades de medida de cada pertenencia por ampliación, formación de grupos mineros o compañías de minas, el canon se rige por iguales normas.

La demasía se considera siempre una pertenencia para estos efectos, sea cual fuere su extensión.

El pago de la condición es adelantado y se realiza en dos semestres que vencen el 30 de julio y el 31 de diciembre, debiéndose desde el día del registro de la mina a excepción del descubridor de nuevo mineral, el de nuevo criadero y el explorador por estacas o trabajos formales que están eximidos por tres, dos y un año respectivamente.

Transcurridos dos meses del vencimiento de una anualidad, la concesión de la mina caduca ⁶.

Inversión de Capitales

Esta segunda obligación de amparo fué introducida durante la discusión parlamentaria por el diputado Roberto Bancea, que tomó esta iniciativa —según propias palabras— de un proyecto de Eduardo Acebedo presentado en la República Oriental del Uruguay en 1916. (Diario de Sesiones. Cámara de Diputados, 1917, v. pág. 2093).

González calificó la innovación de Diputados como benéfica garantía de trabajo en las minas, logrado por un medio aceptable. (Diario de Ses. Cám. de Senadores, 1917, T. 2, pág. 1055).

Ella consiste en la obligación de invertir en cuatro años un capital fijo en usinas, maquinarias u obras directamente conducentes al beneficio o explotación. El mínimo a invertir debe determinarlo la autoridad dentro de las siguientes cantidades: \$ 3.000 a 10.000 para la 2ª categoría y desde \$ 10.000 a 40.000 para las de 1ª categoría.

Las demasías también requieren capital cuando el propietario no es colindante.

El plazo para la inversión corre desde la finalización de la labor legal, cuyos gastos de realización no pueden considerarse como capital introducido.

No habiendo labor legal, la autoridad fija el capital el día del registro, corriendo desde entonces el término de inversión aunque la mina esté mensurada.

El incumplimiento de esta obligación acarrea también la caducidad. El minero no tiene derecho, habiendo caducidad, a reclamar indemnización de ninguna especie por las obras ejecutadas en la mina, pudiendo solamente retirar los útiles y objetos que, destinados a la explotación, puedan separarse sin perjuicio de la mina explotada. Este beneficio no puede utilizarse cuando existen acreedores hipotecarios o privilegiados.

⁶ Dictamen en lo Administrativo del Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Expediente N° 2405-10747/37.

Caducidad y Remate

Encontrándose en esta situación cualquier mina, vuelve al dominio del Estado que debe ponerla en pública subasta cuando la caducidad se debe a falta de pago del canon. La ley establece expresamente los requisitos de publicidad previos al acto dando sesenta días para realizarlo, dado el decreto que lo ordena.

La falta de inversión no lleva la mina a remate; ella queda vacante, de acuerdo a la interpretación legislativa (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, 1917, v. pág. 259).

El propietario de una mina que caduca por falta de pago del canon puede suspender el remate pagando lo adeudado, más una suma igual en concepto de multa y gastos. De no hacerlo no se le permiten ofertas el día del remate a menos que pague el canon y el doble del valor adeudado como multa, más las costas originadas.

Efectuada la subasta, el Fisco retiene la cantidad adeudada y los gastos, cobrándose con el resto los acreedores hipotecarios y privilegiados preferentemente. No habiéndolos, el Estado descuenta el 10 % del total obtenido, devolviendo el resto al propietario ejecutado*.

El fracaso del remate por falta de postores deja la mina vacante y libre de todo gravamen, inscribiéndose como tal en el registro.

En tal situación puede adquirirse de acuerdo a las disposiciones del Código a menos que los acreedores hipotecarios soliciten su adjudicación dentro de los treinta días de efectuado el remate.

Normas sobre Abandono

La reforma del Código mantuvo el instituto del abandono, disponiendo que desde la fecha de efectuado no se adeuda canon. Mantenia con esto el criterio del Código de evitar gastos al minero cuando éste manifestaba su intención de cesar en la explotación.

La mina abandonada queda vacante y por lo tanto en condiciones de ser adquirida. Para facilitar el conocimiento de la vacancia la ley organiza la publicidad a través de un padrón de minas de edición semestral o anual, en que se detalla el estado de las pertenencias.

Hasta treinta días después de publicado el padrón pueden los acreedores hipotecarios o privilegiados solicitar su remate

* Dictamen citado en la nota anterior.

para pagarse con su producido después de abonado el canon y los gastos. Pasado el tiempo sin ejercitar el derecho quedan extinguidos los gravámenes.

b) El amparo en la Ley del Petróleo de 1936 ¹⁶

La ley 12.161 incorporó al Código de Minería un régimen especial para los hidrocarburos, a los que impuso como condiciones de amparo el pago de un canon y una regalía y el cumplimiento de un plan de labor cuando el Poder Ejecutivo considerare inconvenientemente explotado el yacimiento.

El canon que la ley fija es el siguiente:

Para las Concesiones Provisorias de explotación o Cateo	§ 1 m/n por Hectárea o fracción del permiso.
Para la explotación de un yacimiento ...	§ 10 m/n por Hectárea o fracción de permiso.

La segunda de las condiciones impuestas es el pago por todo productor de una regalía del 12 % del producto bruto descontadas el agua y las impurezas, o su equivalente en dinero, al Estado Nacional o Provincial según el territorio en que se encuentran los pozos.

La naturaleza jurídica de esta obligación fué objeto del análisis parlamentario que dejó en claro el carácter de impuesto y no de participación en las ganancias que quería asignársele (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, años 1930-32, T. 11, pág. 222), por lo que se derogó en este sentido la ley 10.273 en cuanto establecía la excepción impositiva durante los cinco primeros años de otorgada la propiedad minera.

Las explotaciones que al tiempo de sanción de la ley estaban sujetas a regalías pagan lo mismo el 12 % establecido, pero el aporte lo efectúan proporcionalmente el titular de la explotación y el de la regalía. Quiere decir que si en una explotación existía una regalía del 10 % a favor de un tercero, con el nuevo ordenamiento esa persona debe contribuir con una parte (de la regalía) por cada nueve partes del explotante a formar el 12 % legal.

La contribución que puede reducirse hasta el 8 % si resulta conveniente facilitar la explotación de yacimientos de poca producción o internados en lugares de difícil acceso debe entregarse en los puntos de embarque habituales, descontándose el precio del transporte hasta ese lugar.

¹⁶ Ley 12.161 en *Anales de Legislación Argentina*.

Una última condición fué impuesta: la sujeción al plan regulador que el P. E. considere necesario establecer.

La incorporación al Código del art. 393 introdujo en la legislación el criterio de la regulación. Quedó por ello parcialmente derogado el principio del art. 292 que autoriza al minero a explotar sus pertenencias libremente. Así las cosas, la libre explotación será posible en tanto y cuanto no resulte necesaria la aplicación de la regulación legal.

A tal fin, se faculta al P. E. que deberá tener en cuenta la productividad y características propias de la zona, los transportes y las condiciones petrolíferas por las que atraviesa el país.

La resolución del Poder Administrador que obligue a una mayor actividad podrá impugnarse ante la justicia, no siendo ejecutable, en este supuesto, hasta que una sentencia definitiva así lo declare.

En el caso de no acudir a la justicia, el incumplimiento del plan establecido origina la caducidad de la concesión.

El artículo recibió la aceptación de la doctrina argentina en lo que se refiere a la nueva posibilidad de regulación que se creaba, pero el procedimiento por el que se hace efectiva la obligación de trabajar atrajo innumerables críticas.

Elas han vuelto a ponerse de manifiesto ante el Decreto-Ley N° 3.760/58, por el que el Gobierno Provisional extendió a todas las sustancias minerales el régimen creado primitivamente para el petróleo.

Así, CAMO en *La Nueva Reforma Minera* (D. J. A. N° 7227) afirma que es improcedente legislar sobre los términos y formas del recurso, ya que ello significa violar las facultades legislativas provinciales expresamente reservadas por los arts. 67, inc. 11, y 105 de la Constitución Nacional.

El descargo de esta crítica estaría dado por el Art. 1° del Código de Minería, que afirma regir también el procedimiento minero. Sin embargo esta prescripción resulta contraria al espíritu de las normas constitucionales arriba citadas.

c) *El amparo en el régimen legal de las minas nucleares.* (Decreto N° 22.447/56).

El minero nuclear tiene obligaciones de amparo solamente hasta el momento del registro del descubrimiento. A partir de ese momento y pese a considerar incorrecto el proceder, es la Comisión Nacional de la Energía Atómica quien deberá continuar con el cumplimiento del desnaturalizado amparo que el decreto-ley mantiene en su estructura.

Una innovación más, de carácter fundamental, introduce el texto legal que analizamos. Establece que los elementos nuclea-

res están excluidos de las pertenencias mineras otorgadas en propiedad dentro del régimen del Código. Ese principio significa que el minero no hace suyas todas las sustancias que encuentre en su explotación, ya que el monopolio nuclear de la Comisión se lo impide.

Para asegurar los derechos del mencionado organismo se ha agregado una nueva condición de concesiones consistente en declarar la caducidad de la pertenencia que teniendo sustancias nucleares sufran la ocultación maliciosa por interés de los explotantes que no desean ver interferidos sus trabajos por la Comisión.

d) El amparo frente a la Ley 14.773

La nacionalización de los hidrocarburos promulgada el 12 de noviembre de 1958 ha introducido la segunda excepción al régimen de dominio estatuido por el Código de Minería, incorporando además esos yacimientos a la enumeración de bienes públicos que realiza el art. 2340 del Código Civil¹¹.

Para nuestro país ha desaparecido, como consecuencia de los nuevos principios el criterio de propiedad minera que fundamenta la existencia del amparo minero. Este instituto perdurará únicamente en las propiedades petroleras otorgadas con anterioridad al 1° de mayo de 1958, límite de retroactividad admitido por la ley 14.773.

Pero la afirmación precedente sólo tiene un sentido relativo, ya que la ley, tratando de compensar el desapoderamiento efectuado a las provincias, ha mantenido a su favor el pago de la tradicional regalía del 12 %. Claro que por efecto de la nacionalización el deudor es el Estado Nacional, cuando no se trata de las pertenencias particulares, excluidas de la ley.

La regalía, al perder el sentido de la ley 12.161, se ha transformado en una participación sobre el producido, susceptible de elevarse al 50 % neto cuando la liquidación de la explotación supere el 12 % bruto que actualmente abonan las explotaciones de Y.P.F. a las provincias petrolíferas.

Promulgada con los matices apuntados, su análisis escapa del campo de lo estrictamente jurídico para ingresar en el mecos delineado de la política económica.

¹¹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Reunión 64, octubre 30 de 1958, pág. 5.

LA APARICIÓN DEL OTRO

Comentarios a la posición de Edmund Husserl
y su recepción en Ortega y Gasset *

OLGA MONZALVO

Subcargada de Filosofía e Historia
de las Ideas Filosóficas

I

La importancia que el tema reviste fué expresada por el mismo Ortega en un artículo aparecido en *La Nación* de Buenos Aires, en agosto de 1929, titulado *La percepción del prójimo*¹, con estas palabras: "... en esta problemática percepción del prójimo se organiza, se instaura un mundo social, el orbe de la convivencia. En ella hinca sus últimas raíces toda sociedad..." Completando su pensamiento y adaptándolo a nuestros particulares intereses, nosotros agregaríamos: ... y por ende, también en ella encuentra su fundamento el fenómeno social que absorbe los afanes del jurista: el derecho.

En contraste con lo expresado, la misión que nos hemos impuesto es bien modesta: destacar las infidelidades en que, a nuestro parecer, incurre el filósofo español al comentar (transcribiendo y criticando) a quien fué su inspirador en este tema: Edmund Husserl.

II

Escuetamente, la opinión de Ortega podría resumirse así: Para elucidar el problema de la aparición del otro hombre, es

* Los textos a que este comentario se refiere, son: *El hombre y la gente*, José Ortega y Gasset, *Revista de Occidente*, Madrid, 1937; y *Méditations Cartesianes*, Edmund Husserl, Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1947, Traducción de Gabrielle Pfeiffer y Emmanuel Levinas.

¹ En las *Obras Completas* figura en el tomo VI, página 153. —

menester partir de la vida como realidad radical; tal es, la propia vida, la vida personal de cada uno. La llamo radical en cuanto en ella se me aparecen forzosamente todas las otras realidades (de distinto grado; en general, secundarias). Entre éstas, el otro *Hombre*. Al enfrentarme con el otro, percibo su cuerpo físico en forma directa. A su vida interior, en cambio, no puedo acceder directamente. El primero me es presente, la segunda se me da en comprensión. Esta comprensión no es susceptible de volverse presente, a diferencia de los aspectos no percibidos de una cosa, que por un cambio de posición, pueden captarse en forma directa (ejemplo: una manzana; veo su cara anterior, la posterior se me da en comprensión; puedo volverla presente con un simple movimiento de rotación).

Analizando la tesis de Husserl, continúa Ortega: para enunciar lo que es el otro, Husserl se ve obligado a incurrir en continuas contradicciones: el otro es yo, puesto que es un yo, pero un yo distinto de mí yo, a pesar de lo cual es mi análogo, aunque un análogo en un sentido muy especial, pues tiene componentes idénticos a mí.

No nos parece que el párrafo a que se refiere Ortega sea motivo suficiente para hablar de contradicciones, máxime cuando él mismo usa parecido lenguaje dos páginas atrás, calificándolo en este caso de "paradoja"³.

Más adelante vemos: debo repudiar forzosamente un punto en la teoría de Husserl; su punto inicial. "... el otro Hombre, según Husserl, me aparecería porque su cuerpo señala una intimidad que queda, por tanto, latente, pero dada en forma de comprensión... la intimidad... es por naturaleza oculta: aun para el mero com-presentarse necesita de un cuerpo. ¿Cómo es entonces que yo creo tener delante, al ver un cuerpo humano, una intimidad como la mía, un yo como el mío — no digo idéntico pero, al menos, similar? La respuesta de Husserl es ésta: por una transposición o proyección analógica... En nuestro caso la transposición analógica, según Husserl, consistiría en esto: si mi cuerpo es cuerpo —carne porque yo estoy en él— en el cuerpo

³ "¿Qué queremos decir cuando decimos que tenemos delante Otro, esto es, otro como yo, otro Hombre? Pues ello implica que este nuevo ser —ni piedra ni planta ni mero animal— es yo, ego, pero que a la vez es otro, alter, que es un alter ego. Este concepto de alter ego —de un yo que no soy yo mismo que es precisamente otro, por tanto no-yo— tiene todo el aire de parecerse a un cuadrado redondo, prototipo de lo contradictorio e imposible... La paradoja es fenomenal, pues resulta que en el horizonte de mi vida, la cual consiste exclusivamente en lo que es mío y solo mío, y es, por ella, tan radical soledad, me aparece otra soledad, otra vida, en sentido estricto incommuniante con la mía y que tiene su mundo, un mundo ajeno al mío, un otro mundo".

del Otro debe estar también otro Yo, un *alter ego*. El fundamento de esta analogía, el término común, común en el sentido de similar, sería el cuerpo mío y el del Otro. Y, en efecto, la idea de Husserl es ésta: mi cuerpo es la cosa del mundo que me es más próxima, tan próxima que en cierto sentido se confunde conmigo puesto que yo estoy donde él está, a saber, aquí, *hic*. Pero yo puedo desplazarme y con ello desplazar el aquí, de suerte que puedo llevar mi cuerpo al sitio que desde aquí, *hic*, es un allí, *illic*. Ahora bien, desde mi aquí me aparece allí, *illic*, un cuerpo como el mío, que sólo se diferencia del mío por el aspecto que le da su distancia a aquí; por tanto, su estar allí. Pero esa diferencia no hace diferentes ese cuerpo del Otro y el mío, porque habiéndome yo desplazado o pudiendo hacerlo a ese sitio que ahora es allí, *illic*, sé que desde allí —*illic*— se ve el cuerpo aquí con algunas variantes. Si yo pudiese efectivamente estar a la vez aquí y allí, vería mi cuerpo allí lo mismo que veo el cuerpo del Otro."

En esto hay, según Ortega, un error garrafal: el de pretender que toda la diferencia que existe entre mi cuerpo y el del otro, reside en un cambio de perspectiva. Esta diferencia es para él insignificante, ya que mi cuerpo no se parece casi nada al del otro (más notable aun si el otro es otra, una mujer). Mi cuerpo se me da sobre todo, como instrumento de que me sirvo para entrar en contacto con las cosas. Es, pues, cuerpo orgánico, orgánico; me es principalmente desde dentro (me da dolores, me proporciona placeres). El cuerpo del otro, en cambio me es exclusivamente desde fuera.

Y concluye: no puede rebatirse mi argumento con la manifestación de que el hombre se ve desde fuera en los espejos, y cuando no los tenía, en objetos capaces de reflejar su imagen; pues el niño no se contempla primero a sí mismo y luego a los demás, sino todo lo contrario. Lo que me revela la intimidad del otro es, más que la forma del cuerpo, sus gestos y expresiones, que yo descubro primariamente en el otro.

Pero el sentido de las expresiones empleadas por Husserl no parece ser el que Ortega les atribuye. A fin de demostrarlo, desarrollaremos lo más fielmente posible su pensamiento:

Así como el lado visible de un objeto presenta (complementa, en el lenguaje de Ortega) su lado oculto, cuya estructura podemos anticipar primero y confirmar luego en posteriores presentaciones (ejemplo de la manzana), así el cuerpo del otro me presenta su vida psíquica, con la diferencia de que la confirmación por presentaciones posteriores es aquí imposible. La vida íntima del otro no puede nunca ser captada originariamente. Sólo su cuerpo, en tanto cuerpo físico, una cosa más entre las

cosas de mi mundo primordial (mundo reducido a "lo que me pertenece") es dado originariamente. Aprehendido de tal suerte, el cuerpo del otro es sólo un punto de intersección, la unidad de las múltiples apariciones de ese objeto. ¿De dónde surge, qué estructuras acusa, cómo se constituye entonces, el sentido específico de organismo, que, a pesar de lo dicho, ese cuerpo tiene? Si el único organismo que como tal me está dado originariamente, es el mío, es menester que entre ambos exista una semejanza capaz de fundar la concepción "por analogía" (apercepción asimilante) del otro cuerpo como un organismo. Esta apercepción asimilante no es exclusiva de la experiencia del otro. Así, cualquier apercepción en la cual captamos directamente un objeto remite, mediante su intencionalidad, a otra apercepción en la cual se había constituido por primera vez (creación primera) un objeto de sentido análogo. Se trata, en todos los casos, de una síntesis pasiva de asociación, no de un razonamiento por analogía. En la unidad de un acto de conciencia, se da la unidad de "semejanza", caracterizada y distinguida de la "identidad", en tanto sus contenidos se me aparecen como distintos. Esta unidad de semejanza es unidad de dos (pares) y por ello recibe el nombre de "apareamiento". La unidad de la pluralidad se funda en pares particulares.

Apliquemos a nuestro tema estas consideraciones generales: el otro entra en el campo de mi percepción; su cuerpo se asemeja al mío, debe, por tanto, experimentar con éste el fenómeno del apareamiento. Al superponerse e intercambiarse los elementos de esta apercepción, el cuerpo del otro recibe del mío su específico sentido de organismo. Pero, ¿qué es lo que hace que este cuerpo sea el cuerpo de otro, y no una repetición del mío propio? Si bien el fenómeno del apareamiento se produce en mi esfera primordial, la unidad que forman la presentación de la vida psíquica del otro y la presentación de su cuerpo se me da en una experiencia trascendente. La verificación de los horizontes presentados se realiza en forma indirecta por la concordancia de posteriores presentaciones — coherencia del comportamiento, tanto en su faz física como psíquica. Si mi anticipación de los horizontes presentados es decepcionada, concluyo de que se trataba de un organismo sólo en apariencia. Esta verificación indirecta no es exclusiva de la experiencia del otro (mi pasado sólo es verificable a través del recuerdo coherente).

Pero aun quedan por aclarar algunas estructuras. El apareamiento no se produce directamente entre el cuerpo del otro y el mío, sino entre sus modos de aparecer. Debido a que mi cuerpo me está dado en un aquí y todos los otros cuerpos en un allí, y que gracias a la libre posibilidad de desplazarme, puedo convertir cualquier allí (Allé) en un aquí (Aic), he constituido una

naturaleza espacial. Las cosas tienen por tanto distinto aspecto según que sean vistas desde aquí o desde allí. El modo de aparecer del cuerpo del otro evoca el modo de aparecer que el mío afectaría si yo estuviese allí (bien que *l'évocation n'aboutisse pas à un souvenir intuitif*).²

Como en toda asociación, si uno de los datos es el modo de aparecer de un objeto, el otro se completa convirtiéndose en fenómeno de un objeto análogo. De modo pues, que el apareamiento se realiza no sólo entre los modos de aparecer, sino también entre mi cuerpo y el cuerpo del otro en tanto unidades de sus distintas apariciones.

Toda vez que se produce este apareamiento, el cuerpo del otro presenta un *ego* que coexiste con el mío. Esta coexistencia es perfectamente compatible debido a que "mi *ego* primordial, que constituye para sí a otros *ego*, lo hace por medio de la percepción representativa, que, conforme con su sentido específico, jamás exige ni admite su confirmación por una presentación".³

El progreso constante de la asociación proporciona datos representativos siempre nuevos que enriquecen nuestro conocimiento de los contenidos variables del *alter ego*, verificables en la forma ya analizada, gracias a su unión con presentaciones constantes. El primer contenido determinado que se aprehende del otro es la estructura orgánica y el específico comportamiento de su cuerpo (aprehensión de sus miembros como manos que palpan, como piernas que caminan, etcétera). Seguidamente, los contenidos de la esfera psíquica superior sugeridos por el cuerpo y por el comportamiento del organismo, que resultan comprensibles en virtud de su conexión asociativa con mi propio comportamiento en circunstancias análogas (*Sinfindung*). Cada comprensión del otro conduce a nuevas asociaciones, abriendo nuevas posibilidades de comprensión; e inversamente, ya que toda asociación es recíproca, devela nuestra propia vida psíquica en su semejanza y en su diversidad.

Una última aclaración: según Husserl aquí no se trata, en absoluto, de la génesis temporal de la experiencia del otro, a partir de una experiencia de sí mismo que la habría precedido temporalmente.⁴

² *Méditations...* § 54, página 100.

³ *Méditations...* § 54, página 101.

⁴ *Méditations...* § 55, página 103.

III

Comenzamos esta exposición con el afán de poner de relieve lo que dimos en llamar infidelidades y que también podemos calificar como desinterpretaciones de la Quinta Meditación Cartesiana. Bien sabemos que la intención modesta no ha obviado la dificultad del tema.

Trataremos pues, de puntualizar aquí en forma paralela, las más notables diferencias.

Husserl; describe fenomenológicamente la constitución del *alter ego*; ha realizado pues, la inevitable *epoché*, o reducción fenomenológica;

Ortega; jamás hace mención de ella.

Husserl; el sujeto de dicha constitución es el *ego trascendental*, y su campo, la pura inmanencia en sus dos aspectos: *noético* y *noemático*;

Ortega; el objeto descripto es trascendente.

Husserl; puntualiza que su descripción es totalmente ajena

Ortega; se refiere expresamente a ella.

Husserl; la transposición analógica es un fenómeno de asociación que se da en *pura pasividad*. Es una síntesis de *apariciones*; éstas, mediante su intencionalidad propia, remiten a los objetos, que resultan así apareados indirectamente;

Ortega; habla de transposición analógica entre mi cuerpo y el del otro, con una somera mención acerca de los modos de aparecer.

Husserl; el modo de aparecer de un objeto evoca el modo de aparecer de otro análogo; esta evocación no es necesariamente ni un recuerdo, ni por ende, una imaginación de mi fantasía (actividades de mi conciencia que requieren la atención y por tanto quedan descartadas en una asociación puramente pasiva);

Ortega; en la página 156 del libro que comentamos, dice: "según Husserl, como puedo desplazarme y hacer de ese *ahí* un *aquí*, «me pongo imaginariamente en lugar del «otro cuerpo», y esta expresión, afirma, es literalmente de Husserl. Confesamos que a pesar de nuestra prolija búsqueda a través de las páginas de la Quinta Meditación, nos ha sido imposible encontrarla.

LA TEORÍA DE LOS INTERESES SOCIALES EN ROSCOE POUND

ALBERTO CIRIA

1) Sobre el *common law*

Difícil (si no imposible) resultaría el intento de esquematizar la teoría de Pound sobre los intereses sociales sin echar por lo menos una rápida mirada sobre algunos de los problemas que presenta el *common law*.

Un autor que ha realizado eficaz obra divulgadora, Oscar Rabasa, escribe: "El término *common law* se emplea en varios sentidos para designar: a) El derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América, así como de los demás sistemas en el mundo. b) El elemento casuístico del derecho angloamericano constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de las leyes promulgadas formalmente por el legislador. c) El derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados *common law courts* (*King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*) y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, en contraposición con el derecho constituido por la jurisprudencia de los tribunales de *equity* (derecho-equidad), almirantazgo, derecho marítimo, derecho canónico, etc. d) El antiguo derecho en Inglaterra y en los Estados Unidos, a distinción de los preceptos introducidos en épocas recientes, por la legislación o la jurisprudencia"¹.

Lo que Rabasa señala en su apartado b) nos permite acercarnos al meollo del trabajo del decano Pound, ya que precisamente sobre la labor judicial en su clasificación y reconocimiento de derechos —individuales, públicos y sociales, según el esque-

¹ OSCAR RABASA, *El derecho angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, pp. 25-26.

ma de nuestro autor ²— basa el maestro norteamericano su ya famosa teoría.

2) La función del juez en el *common law*

El tema ha sido lo suficientemente esclarecido como para no merecer en estas páginas más que una somera mención. Arthur von Mehren ha efectuado la siguiente comparación: "Es muy exacto afirmar que el juez es el héroe en el derecho anglosajón, mientras que los héroes del derecho romanogermánico son el legislador y el tratadista científico" ³.

Precisamente el juez —nombres ilustres como Hughes, Holmes, Cardozo, Frankfurter, son ejemplo de lo que esta palabra significa para el derecho norteamericano— es el encargado de ajustar el derecho al caso planteado, con la aplicación, por ejemplo, de un principio tantas veces recordado como el del *stare decisis*, que ofrece una flexibilidad inusitada para el que desconoce el funcionamiento del sistema del *common law*.

Si buscamos una mejor aclaración de las funciones judiciales en los dos sistemas legales más importantes del mundo occidental, tenemos que: "El derecho continental, para no caer en el arbitrio de los jueces, no ha tenido reparo en fundarse en el arbitrio del legislador. El derecho anglosajón, en cambio, para evitar la intromisión estatal en la vida de la sociedad, ha consistido de manera preponderante en un derecho hecho por los jueces" ⁴.

Esa tendencia a los hechos —si es que así puede decirse— está corroborada por otro autor, ya mencionado, cuando dice: "La educación jurídica en los Estados Unidos, dominada por el *case method*, acentúa la importancia del estudio de los hechos y al hacerlo así contribuye a educar al jurista en una concepción funcional de la actividad judicial. Esta acentuación es esencialmente, y también necesariamente, grande en las llamadas *National Law Schools* que no educan a sus alumnos para la práctica judicial en una determinada jurisdicción. Con una enseñanza basada en cuarenta y nueve derechos diferentes, el

² En *An Introduction to American Law*, por Roscoe Pound (en *Studying Law*, editado por Arthur T. Vanderbilt), Washington Square Publishing Corporation, Nueva York, 1946, pp. 379-82. Cfr. también, del mismo Pound: *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1932.

³ ARTHUR T. VON MEHREN: *Estudio comparativo de la función judicial en Francia y en los Estados Unidos*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1954, pág. 36.

⁴ JOSÉ PRIG BARRAL: *Estudio preliminar*, pág. XXXIV, a *Los grandes traducciones del pensamiento jurídico*, de Roscoe Pound, Ed. Ariel, Barcelona, 1955.

common law enseñado difícilmente podrá ser rigidamente dogmático" ².

Y más adelante, con respecto a la actividad de los jueces, afirma: "El common law es un monumento de los jueces del mismo. Ellos y no el legislador o el tratadista crearon el common law y aun gozan del prestigio derivado de este hecho. Históricamente, las actividades constitutivas de la función judicial en el mundo jurídico anglosajón han satisfecho, en general, las aspiraciones de la sociedad en este sentido" ³. Lo que corrobora nada menos que Radbruch cuando dice que la Suprema Corte de los Estados Unidos es "el más poderoso tribunal de justicia de la tierra" ⁴.

3) Pound, "fundador de la jurisprudencia sociológica" ⁵

Albert Kocourek, importante jurista norteamericano, afirma que "Roscoe Pound es, en la actualidad, la figura más grande en el campo del derecho y de la jurisprudencia, en el mundo de habla inglesa". Su vastísima producción escrita, además de una eficaz labor profesional (es decano emeritus de la Universidad de Harvard), no es demasiado conocida entre nosotros, salvo las traducciones españolas —ambas a cargo de José Puig Brutau— de *El espíritu del common law* y *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Nació en 1870 en Nebraska (E.E.U.U.), tres años después de que el Estado se hubiese convertido en uno de los integrantes de la Unión. Profesó en la Northwestern University, la Universidad de Chicago y la de Harvard. Entre sus obras principales figuran: *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), *Introduction to the Philosophy of Law* (1922), *Law and Morals* (1924), *The History and the System of the Common Law* (1939), *Contemporary Juristic Theory* (1940), etc. En 1947 se publicó un grueso volumen de homenaje a Pound con motivo de sus setenta y cinco años, con colaboraciones de René Capitant, Carlos Cassio, Jerome Frank, Hans Kelsen, Georges Gurwitsch, Werner Jaeger, Luis Recasens Siches, Jacques Maritain, Max Rheinstein, Huntington Cairns, Edwin W. Patterson, y muchos otros. Homenaje de doble valor, por la jerarquía de los homenajeados y la del homenajeado.

² *Ibidem*, op. cit., p. 18. Para un estudio más a fondo de este tema particular, véase: La educación jurídica en los Estados Unidos, de Roscoe C. Pound (trad. de Alberto Ciria), en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año II, N.º 2, otoño 1956, pp. 131-58.

³ *Ibidem*, op. cit., pág. 37.

⁴ *George Rogerson: Introducción a la filosofía del derecho* (trad. de Wenceslao Rocas), Fondo de Cultura Económica, México, 1951, § 17, VI.

⁵ La expresión es de Puig Brutau, loc. cit., pág. XIV.

4) Su teoría de los intereses sociales

Como bien afirma el proleguista de la versión castellana del *Examen de los intereses sociales*, Ambrosio L. Gloja, "creo imprescindible, si se quiere entender este trabajo del decano Roscoe Pound, comenzar estableciendo el lugar que los "intereses sociales" ocupan en su doctrina del derecho. La plesa de una máquina pierde su verdadero sentido si se ignora el papel que ella desempeña dentro del todo de la máquina. Y los intereses sociales son una parte del orden jurídico, que a su turno es para Pound una parte del orden de la sociedad, objeto, éste, de la por él llamada *ingeniería social*"⁸.

⁸ Introducción, pág. 5, de *Examen de los intereses sociales*, de Roscoe Pound (trad. de Alberto Ciria), Ed. Perrot, Buenos Aires, 1959. Hemos tenido presente, también, el original *A Survey of Social Interests* (en: *Studying Law* cit., pp. 437-68).

INTERESES INDIVIDUALES	}	1.	PERSONALIDAD
		a) La persona física: la existencia física.	
		b) Honor y reputación: la existencia social.	
		c) Creencia y opinión: la existencia espiritual.	
		2.	RELACIONES DOMESTICAS
		a) Paterno-filiales.	
		b) Maritales.	
		3.	SUSTANCIA: LA EXISTENCIA ECONOMICA
		a) Propiedad.	
		b) Libertad de industria y de contratación.	
		c) Ventajas prometidas.	
		d) Relaciones ventajosas con los demás.	
		i) Contractuales.	
		ii) De negocios.	
		iii) Oficiales.	
		iv) Sociales.	
		v) Domésticas.	
		e) Libertad de asociación con los demás.	

Ante todo, bueno sería refrescar la noción que propone Pound del orden jurídico. Dice que es "un régimen de ajuste de relaciones y de ordenamiento de la conducta por medio de la aplicación sistemática y ordenada de la fuerza por parte de una sociedad políticamente organizada, para evitar fricciones en el uso y goce de los bienes de existencia y eliminar el desperdicio de los mismos"¹⁰. Dicho orden jurídico intenta, ante todo, regular los intereses en juego, que según manifiesta Pound —reconociendo el antecedente histórico de Ihering— pueden ser de tres clases: intereses individuales, intereses públicos e intereses sociales.

Los intereses individuales son "pretensiones, demandas o deseos comprendidos inmediatamente en la vida individual y mantenidos a título de esa vida"¹¹.

Los intereses públicos son "pretensiones, demandas o deseos comprendidos en la vida de una sociedad políticamente organizada y mantenidos a título de esa organización"¹².

Y, finalmente, los intereses sociales son "pretensiones, demandas o deseos comprendidos en la vida social de una sociedad civilizada y mantenidos a título de esa vida"¹³.

5) Fines.

¿A qué tiende el trabajo de Pound?

El problema del derecho natural, la justicia, los standards de valor, han preocupado a los juristas desde la más remota antigüedad hasta Kelsen. En síntesis, la cuestión de saber qué es lo que hace que el derecho sea derecho y no otra cosa, es el fundamento primero (o último en su caso) de toda ordenada ciencia jurídica.

¹⁰ POUND: *An Introduction*... pág. 379.

¹¹ POUND: *Examen...* cit., pág. 20. He aquí la clasificación que en otra obra (*An Introduction...* cit.) hace el estudioso de Harvard:

¹² POUND: *Examen...* cit., pág. 20. He aquí la correspondiente clasificación:

INTERESES PÚBLICOS	1.	{	INTERESES DEL ESTADO COMO PERSONA JURÍDICA
			a) Personalidad (existencia e integridad). b) Sustancia.
	2.	{	INTERESES SOCIALES DEL ESTADO COMO GUARDIAN DE LOS INTERESES SOCIALES.

¹³ POUND: *Examen...* cit., pág. 20. Véase el ensayo de clasificación en el texto, *infra*, § 4.

Pound comienza su tarea partiendo de la realidad, de la vida diaria que se ofrece ante el tribunal, y es bueno que así lo haga: Platón, Maquiavelo, Marx, Mannheim —cuatro entre cientos— miraron primero su contorno y de ahí construyeron: a la abstracción por lo concreto; nunca a la abstracción por la abstracción. Por ello el profesor norteamericano nos enfrenta al examen del orden jurídico y a una clasificación de los intereses sociales que legisladores, jueces y juristas han reconocido o se han visto llevados a reconocer en su experiencia jurídica¹⁴. Su campo de observación es el derecho angloamericano, con ocasionales remisiones al derecho romano y europeo.

Como guía a través de todo el complejo de intereses en pugna, Pound hace jugar el concepto de la "política pública" (*public policy*) que en esencia no consiste sino en generalizaciones de elementos dados singularmente en los casos en examen, que se elevan hasta convertirse en patrones o moldes de otros comportamientos jurídicos posteriores. Podría sintetizarse su idea si decimos que la "política pública" es la aplicación que hacen los jueces del "conjunto de valoraciones que esa sociedad sustenta explícita o implícitamente"¹⁵.

Pero la teoría de Pound "no significa ultrapasarse o reemplazar al derecho positivo. A ningún ciudadano se alienta para rebelarse contra una ley por estimarla contraria a su concepción de un interés social supremo. Decir, por lo tanto, que la teoría de los intereses sociales es solamente otro nombre para el "derecho natural" o las "facultades naturales" sería algo desacertado. Tampoco la teoría de los intereses sociales significa decir a los funcionarios que pueden ultrapasarse o ignorar las reglas del derecho positivo, aunque les ofrezca una guía para su aplicación. Los intereses sociales derivan de un régimen de derecho positivo y funcionan dentro del mismo"¹⁶.

La labor de Pound ha sido facilitada grandemente desde que, a partir del siglo pasado, comenzó a considerarse el derecho como "ajuste de necesidades por satisfacer". Añade nuestro autor que el "cuerpo del *common law* se forma de ajustes o compromisos de intereses individuales en conflicto, en los que nos volvemos a algún interés social, frecuentemente bajo el nombre de

¹⁴ En todo este desarrollo seguimos el claro enfoque de Edwin W. Patterson, *Teoría de los intereses sociales de Pound* (en *El Actual Presente Jurídico Norteamericano*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1961, pp. 211-42).

¹⁵ AMONSCO L. GONZ, *loc. cit.*, pág. 18.

¹⁶ PATERSON, *op. cit.*, pág. 227. Subrayado nuestro.

política pública, para determinar los límites de un ajuste razonable" ¹⁷. Y precisamente, estos "ajustes o compromisos" son de la misma realidad de la que extrae el jurista sus principios.

6) Esquema de clasificación de los intereses sociales.

Puede se detiene entonces en una larga clasificación de los intereses sociales, que ubica en seis campos de primera importancia. Un cuadro sinóptico que hemos sintetizado del *Examen de los intereses sociales* ¹⁸, aclarará mejor lo expuesto hasta ahora:

INTERESES	1.	{	EN LA SEGURIDAD GENERAL
			a) La seguridad general.
			b) La salud general.
			c) La paz y el orden público.
			d) La seguridad de las adquisiciones.
			e) La seguridad de las transacciones ¹⁹ .
	2.	{	EN LA SEGURIDAD DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES
			a) Domésticas.
			b) Religiosas.
			c) Políticas.
			d) Económicas ²⁰ .
	3.	{	EN LA MORAL GENERAL
	4.	{	EN LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS SOCIALES
			a) Uso y conservación de los recursos sociales.
			b) Protección y enseñanza de dependientes e incapaces.
			c) Rehabilitación.

¹⁷ Ferrer, *Examen...* cit., pp. 22-23.

¹⁸ Y de la clasificación que figura en *An. Introducción...* cit., pp. 380-81.

¹⁹ Los intereses d) y e), en una sociedad económicamente desarrollada.

²⁰ Ferrer añade estos intereses algo dubitativamente.

SOCIALES

5.

EN EL PROGRESO GENERAL.

- a) Progreso económico.
 - i) Libre uso de la propiedad.
 - ii) Libertad de comercio.
 - iii) Libertad de industria.
 - iv) Fomento de las invenciones.
- b) Progreso político.
 - i) Libertad de crítica.
 - ii) Libertad de opinión política.
- c) Progreso cultural.
 - i) Libertad científica.
 - ii) Libertad epistolar.
 - iii) Fomento de las artes y las letras.
 - iv) Promoción de la educación.
- d) En las circunstancias estéticas¹⁰.

6.

EN LA VIDA INDIVIDUAL.

- a) Libertad de la voluntad individual.
- b) Libertad de oportunidades individuales.
- c) En las condiciones individuales de vida.

Pero Pound, como buen sociólogo de su realidad, no ofrece solamente un frío esquema sino que a medida que clasifica (o intenta clasificar) intereses sociales de acuerdo con las decisiones jurisprudenciales, legislativas o doctrinarias, nos brinda un muestrario de ejemplos de "políticas públicas", como él acostumbra a decir, que se empeñan en sobresalir entre el conjunto de situaciones jurídicas de un orden legal dado. Así, verbigracia, "en lo que respecta al reconocimiento del interés social en la seguridad de las adquisiciones, nótese la insistencia de los tribunales sobre el *stare decisis* cuando están en juego las reglas de la propiedad"¹¹.

¹⁰ El autor indica que son de reciente sedimentación en el derecho positivo.

¹¹ Pound, *Essays...* cit., pág. 40. Sobre el *stare decisis*, véase supra, § 2.

O llega a reflexiones de tan profunda y actual vigencia como ésta: "No es demasiado dudoso vislumbrar el camino que deberá seguir el pensamiento jurídico del futuro inmediato. Pero parece avanzar el peso creciente dado al interés social en la vida individual concreta, en vez de sobre la libertad abstracta. Existe un énfasis sobre los reclamos concretos de seres humanos concretos. . . El derecho de familia, en el cual debe efectuarse un balance entre la seguridad de las instituciones sociales y la vida individual, se encuentra muy afectado por tales cambios". Más que a un jurista eminente, a un hombre de gabinete, nos parece estar escuchando, pero en sentido positivo, ya que se dirige hacia la vida y no hacia la muerte, el reflejo de aquellas líneas del inmortal John Donne: ". . . any mans death diminshes mee, because I am involved in Mankind; and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee"²⁴.

Completamos esta parte del trabajo para ubicar en toda su dimensión profesional y humana al decano Roscoe Pound con las palabras con que finaliza otro de sus ensayos: "El derecho hoy en día, en todo el mundo, trabaja bajo una dificultad que explica bastante el ataque contra las instituciones jurídicas y contra la justicia de acuerdo al derecho, que se ha manifestado durante una generación. La gente está descontenta con el derecho y anda deseosa de ensayar experiencias de gobierno sin derecho porque siente que, como se puede decir, el derecho no ha estado operando jurídicamente"²⁵.

Esta ubicación realista —en todo lo que el término conserva de serio en nuestros días y de ceñido a una investigación científica, en el sentido de un Locke, de un Dewey, de un Russell— le permite sobrepasar a Pound la categoría de simple jurista. Llegar a decir que "el derecho no ha estado operando jurídicamente" y comprender por lo tanto el descrédito en que ha caído entre el común de las gentes, intentar la averiguación de sus causas, buscar posibles remedios: ¡qué hermosa misión para el abogado, el juez, el legislador!

7) Conclusiones.

Cerramos las páginas de Pound con la idea de que búsquedas como la suya son importantes (y más aún: necesarias) en

²⁴ Pound, *Ensayos* cit., pág. 42.

²⁵ "La muerte de cualquier hombre me disminuye porque yo formo parte de la humanidad; por eso, no mandes nunca a preguntar por quién dobla la campana; está doblando por ti". En: *Essays* HAZIMOWAY, *For Whom the Bell Tolls*, pág. VII, Bantam Books, Nueva York, 1961.

²⁶ Roscoe Pound: Algunas reflexiones sobre la ciencia jurídica (trad. de Carlos Cassio), en "La Ley", 39-1047. Es de valor otro trabajo suyo, El derecho y la ciencia del derecho en las teorías recientes (trad. de Rodolfo Hiedel), en "La Ley", 29-827.

los estudios de derecho comparado, de filosofía jurídica y de pura dogmática. Su ubicación y selección del material, su sistematización, son pasos previos de toda nueva tentativa que haga más amplio el campo en que se mueva, el aprendiz de legislador, de juez o de abogado. Claro que su relatividad está dada por sus mismos límites. Un autor nada sospechoso de extremismo ha podido decir: "Si el Derecho está viviendo críticamente, la ciencia del Derecho no puede, sin duda, devolverlo a la salud. Son los poderes políticos los que tienen esa posibilidad. Pero la ciencia del Derecho puede, sí, iluminar el problema para que de verdad se sepa dónde están los engranajes dislocados"²⁸.

Por ello repetimos que Pound ha cumplido con su parte, que no es poca. Y su labor se ha desarrollado según el símil de Mannheim: "Durante siglos la práctica anglosajona ha consistido en modificar y remodelar las instituciones, siempre que se ha hecho inevitable cambiar de curso. Como las antiguas catedrales construidas por el hombre y reconstruidas en el curso de los siglos, añadiéndoles nuevas naves según el nuevo estilo de la época, pero sin destruir jamás las viejas, la estructura social ha sido reparada y renovada por un proceso de adiciones, arreglos y cambios en las instituciones"²⁹.

Una renovada "evolución creadora": síntesis de la labor de Roscoe Pound.

²⁸ CARLOS COSSO: Oliver Wendell Holmes. Su dimensión nacional y su dimensión universal, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año IX, N° 33, julio-agosto de 1954, pág. 609. El subrayado es nuestro.

²⁹ KARL MANNHEIM: *Libertad, poder y planificación democrática* (trad. de Manuel Durán Gil), Fondo de Cultura Económica, México, 1953, pág. 19.

COMENTARIO Y PERSPECTIVA DE LA OBRA DE TONNIES "COMUNIDAD Y SOCIEDAD"

ALEJANDRO H. DAGNINO

Todos los esfuerzos que se han hecho para comprender los fenómenos sociales revelan, en última instancia, estar estrechamente vinculados con la más importante — y problemática — de las cuestiones humanas, la antropológica.

Tönnies no estudia a la comunidad y a la sociedad como formas de sociabilidad, con estricto rigor científico, o sea con la generalidad¹ que es esencial a las disciplinas sociales.

Lo que ocurre es que la obra de Tönnies, en substancia, es un alegato y una solución propuesta a los problemas del hombre en la sociedad de nuestros tiempos. De los tres grandes problemas del hombre: el del hombre con las cosas, el del hombre con sus semejantes y el del hombre consigo mismo, se puede decir que tan sólo ha triunfado sobre el primero. No es aventurado afirmar que el hombre ha conseguido dominar a las cosas, pero el progreso en este aspecto de su existencia no se ha visto compensado con una evolución similar con respecto a sí mismo y a sus relaciones humanas. La prueba de esto nos la dan los libros de psiquiatría y los titulares de los diarios. Las formas orgánicas de convivencia humana directa se han disuelto progresivamente.

El hombre se encuentra en el mundo como un extraño. Más que actuar en la vida, se comporta en ella como un espectador, ante una civilización técnica que le queda grande. Comenta los adelantos de la ciencia pero no participa de ellos. El progreso se ha acelerado tanto que acepta todo como posible y la noticia

¹ El danés Harald Høffding le reconoce tal carácter, al atribuir a su clasificación la condición de "imperturbabilidad", o sea la aptitud de verificarse con exclusión de una situación concreta. Estamos de acuerdo con los que piensan que la "comunidad" no debe ser considerada de manera dogmática sino que debe realizarse para satisfacer una situación. Pero del hecho que se la admita como solución del problema de una época no debe inferirse que tenga validez universal. Si se la trata como *Forma de sociabilidad*, ello es posible. Pero si se la estudia como solución de un problema humano (como creemos que lo hace Tönnies), no puede ser más que una respuesta a determinada situación espacio-temporal.

trascendental como lógica. Se sabe parte de una máquina que no siente propia. Trabaja para personas que desconoce, consume productos que encuentra "hechos", que no elabora, y cumple decisiones que no define ni formula. No encuentra más que una frase más gráfica de su sentir que la de "paracaidista" en la civilización. La sociedad llena su vida pero no le proporciona seguridad. El hombre actúa en su partido político y en su sindicato. Es ciudadano de un Estado y aún es miembro de varios clubs. Tiene mil goces y mil necesidades nuevas. Ha estudiado, al menos cuantitativamente, muchos años. Su vida se desencadena en un maremágnum de intereses, aficciones y deseos; se le aparece plena y digna de orgullo. Sin embargo, cuando se encuentra con sí mismo advierte que está vacío; que se encuentra irremediablemente solo. Ha perdido la seguridad, vive la angustia de Kierkegaard, el vértigo de la libertad. Se lo presentan las alternativas, y ante la elección, la angustia lo frustra. Ha perdido el orden al que estaba sujeto íntimamente. Las formas orgánicas de sociabilidad, en las que la unión es más intensa, le ofrecen un hogar en la vida. Y aún en épocas de crisis, el sentirse partícipe de una comunidad restitula la seguridad que peligraba. En cambio, las formas mecánicas, de las que forma parte, lo han sumido en la soledad.

Sin quererlo, al hablar de la comunidad, empleamos el tiempo pretérito, y al hacerlo acerca de las formas societarias utilizamos el presente. Si bien es cierto que el cambio de la "comunidad" a la "sociedad" es en gran parte uno de los signos de nuestro tiempo, no debe tomárselo en sentido absoluto. No se trata de una evolución histórica causal, determinada e irrefragable. No son formas ni lógica ni históricamente escalonadas. Considerarlas como históricas conduce a una jerarquización que escapa al propósito sociológico.

Así como para Durkheim su "solidaridad mecánica" y su "solidaridad orgánica" son parte del devenir de la historia, para Tönnies su *Gemeinschaft* y su *Gesellschaft* se suceden en el tiempo en ese orden. Pero a estos conceptos sociológicos no los enuncia meramente como dos posibilidades de la conciencia humana, sino como dos etapas de la realidad social. Y no detiene ahí su determinismo sino que, desconociendo aún la recíproca influencia entre causa y efecto, llega a considerar al proceso como irreversible.

Algo semejante ocurre con las clasificaciones de Scheler y Von Wiese, que aprecian a las formas de sociabilidad con arreglo a una tabla de valores.

Scheler se equivoca al jerarquizar las formas de sociabilidad de acuerdo con una tabla de valores (amor: personalidad colectiva compleja; simpatía: comunidad vital; contagio: horda,

cálculo: organización), porque confunde los juicios de valor —extraños a la sociología— con los juicios de realidad. Y también porque adopta una posición monista y estable de la escala de valores cuando ésta bien puede ser variable y pluralista, especialmente cuando se trata de valores realizados por conductas colectivas. El mismo hecho social puede deberse a la realización de un sinnúmero de valores por parte del o de los agentes. Un grupo que realiza desmanes y grita por la calle, para un observador extraño, ¿es un grupo político?, ¿es una "hinchada" de foot-ball?, o ¿se trata de una fiesta de carnaval? En este caso, el grupo trata de realizar el valor, trata de liberarlo, de "desatario"; sin embargo pueden ser muchos esos valores, pueden cambiar en un instante, y su fuerza disminuir o aumentar.

Para Tönnies su "comunidad" es típica de los aspectos primitivos de lo social, y su "sociedad", propia de las formas evolucionadas. Pero no se contenta con establecer la primacía histórica de la "comunidad", sino que la prefiere a su "sociedad". Su error fundamental es considerarlas antitéticas cuando, como más adelante se verá, pueden ser compatibles y aún existir coetáneamente dentro del grupo. Por lo demás, a él, al igual que a todos los autores alemanes, "la evolución social se le aparece más bien como una regresión moral" ².

Es por todo esto que decimos que Tönnies mezcla la sociología con la filosofía de la historia. La sociología en sentido amplio (y a fortiori las formas de sociabilidad, ya que de ellas nos quiere hablar Tönnies), debe ser apta para verificarse en cualquier tiempo y lugar. Su abstracción y generalidad le otorgan esa cualidad.

Si bien la sociología útil a la historia, no se adapta a su curso. No podemos observar y describir determinada formación social y decir de ella que es tal forma de sociabilidad. Lo que sí podríamos afirmar es que en ella se da tal forma. Aún más, se desprende de sus ideas una velada doctrina política. Se puede decir que una doctrina tiene jerarquía política cuando incluye una crítica del presente combinada con una esperanza de perfección por medio de las reglas y métodos necesarios para obtener dicho propósito. Tönnies ni siquiera esbozó normas de técnica política, ya que así no se podría considerar el hecho de que en un libro posterior (*Principios de Sociología*) haya preferido la evolución a la revolución para salvar los "valores de la civilización" y puesto sus esperanzas en la "cultura general" y en el sentido de humanidad, en especial de los movimientos obreros internacionales. Pero por el profundo pesimismo que emana

² Geertz G. G. *Las formas de la sociabilidad*, Buenos Aires, pág. 17, 1941.

de sus juicios sobre la sociedad actual y por sus esperanzas de volver a las formas orgánicas de "comunidad"³ nos aventuramos a afirmarlo, sin que, se sobreentiende, sin otorgarle el carácter de "doctrina política", con rigor técnico.

Tönnies rechazó la calificación de "pesimismo social" que Höfding (a quien probablemente por eso le dedicara la 2ª Ed.) le hiciera a sus ideas cuando afirmaba que "en la vida actual sólo quería ver una cosa pasajera, perecedera". Sin embargo, entendemos que de su propia aclaración se desprende lo contrario. No cuando dice que su intención fue "propugnar sólo las reformas serias y radicales en lo social apoyando los hechos positivos del progreso, la ilustración y la civilización libres, no con la fantasía romántica de sus apologistas; pero si su pesimismo se nos hace evidente al considerar que "esa magnífica cultura nórdica, telúrica, imbuida de tradiciones y del cristianismo en su forma actual, se agotará, tanto más rápidamente cuanto menos pueda retrotraerse a los fundamentos sociales de comunidad, cuanto más se resuelva de una mera sociedad que no pueda prescindir de la regulación central del Estado, sin poder alterar positivamente su esencia"⁴.

Es ésta la idea central de Tönnies, que deja su impronta en todos los momentos de su obra. Ya Göta Brief (en 1921) había afirmado su prioridad con respecto a la *Decadencia de Occidente* de Spengler⁵.

La filosofía de la historia no puede formar parte de la sociología, como tampoco de la antropología. A estas disciplinas les interesan otros problemas, tales como: ¿qué es la "comunidad"? o ¿qué es el hombre?, pero no: ¿adónde va la sociedad? o ¿adónde va el hombre? La sociología y la antropología tienen la pretensión de comprender también al hombre a-histórico, al hombre que se comporta fuera de la evolución de sus semejantes, a la sociedad retrasada, o a la tribu del "valle perdido".

³ Resulta significativa la dedicatoria de su *Comunidad y Sociedad*: "A la juventud alemana (nueva y antigua) del Imperio, de Austria y del extranjero, animada de sueños creadores, dedico esta obra". Buenos Aires, 1947, pág. 7. (El subrayado es nuestro).

⁴ Este párrafo lo hemos tomado casi literalmente del prólogo a las Ed. 4ª y 5ª, ob. cit., pág. 10.

⁵ Esto desnaturaliza la crítica que le hiciera Gurwicht, cuando decía que imbuido del espíritu hegeliano había de la oposición entre "comunidad" y "sociedad" (tesis y antítesis, respectivamente), una aplicación del materialismo dialéctico, ya que la síntesis lógica sería el Estado (como lo era entre la "familia" y la "sociedad civil" para Hegel), porque si consideramos a la "comunidad" y a la "sociedad" como formas de sociabilidad, nunca podrían sintetizarse en una unidad colectiva particular o tipo estructural, y si lo hacemos como grupos particulares el Estado tampoco sería la síntesis, ya que estaría ubicado como forma expresa de sociedad. Confrontar G. Gurwicht, ob. cit., pág. 108.

Aunque acabamos de considerar a la sociología y a la antropología separadamente, no por eso le restamos validez a lo que dijimos al comienzo; que los esfuerzos para comprender los fenómenos sociales están estrechamente vinculados con la cuestión antropológica. Sobre todo en virtud de las modernas tendencias de la antropología filosófica. Ya a comienzos del siglo XIX, Feuerbach había dicho: "El hombre individual en sí no tiene la esencia del hombre, ni como ser moral ni como ser pensante. El ser del hombre se halla en la comunidad, en la unidad del hombre con el hombre, una unidad que se apoya en la realidad de la diferencia entre "Yo" y "Tú". Esto es palmario. El hombre no es aquél que conocemos por la introspección, sino el hombre que vive y, por lo tanto, se relaciona con los demás. Para conocer al hombre hay que juzgarlo en la totalidad de sus relaciones, no aisladamente —en el sentido del hombre consigo mismo—, sino de manera total, o sea, en la existencia en que el hombre se comporta, esencialmente, respecto a otras cosas que no son él mismo. Y cuando el hombre conoce al mundo como mundo, a las cosas como cosas, al lenguaje como tal, etc., y a sí mismo como conocedor de todo esto (lo cual es lo distintivo), hace sociología del conocimiento o sociología del lenguaje, etc., en suma sociología del "copenamiento humano". El hombre que conoce al mundo es el hombre con los hombres".

Basándose en Feuerbach, en Kierkegaard y especialmente en Husserl cuando decía: "la hombría consiste, esencialmente, en un ser hombre en entidades humanas vinculadas generativa y socialmente", Martín Buber, el gran filósofo israelí, enunció el principio "dialógico", la presencia esencial del prójimo como única posibilidad de acceso al Ser. Sostiene que el hombre anhela la comunidad, la existencia del hombre con el hombre, en esencia; y ésta sólo se da cuando entra en relación con otro hombre, de manera tal que se trascienda la esfera del Yo y del Tú, en una especie de inmanencia recíproca hacia lo que él llamó la esfera del entre, ya que lo que caracteriza al mundo humano es que él ocurre entre el ser y ser algo.

* Inspirado en Nietzsche y Goethe, Spengler, de neto pesimismo, toma por base a la desigualdad social para la realización cultural, y considera que la sublección de las masas para obtener las conquistas culturales marcará el fin de la civilización. Pasada la euforia de la época de la aparición de su obra, ésta es valorada hoy en su correcta medida y alcance, y hay quien la ha juzgado como patológica. ALEXANDRE REYES en Spengler y Marx. Un estudio de patología social, Buenos Aires, 1954; también puede verse R. BARRERA CALZADÓN, El pensamiento económico en la moderna filosofía de la historia, Buenos Aires, 1957, p. 10 y ss., y L. DE ROSSI, La filosofía de la historia, Buenos Aires, 1957, p. 48 y ss.

† Sobre esto es fundamental la obra de MARTÍN BUBER, Qué es el hombre, México, 1944, es. pp. 80 y ss., 140, 151, etc.

Por otra parte, no consideramos prudente incluir las innumerables formas de lo social en el exiguo criterio distintivo de Tönnies. Esto conduce muchas veces a la confusión⁴. Por eso preferimos las clasificaciones pluralistas, considerándolas como tentativas de captación de la realidad social; a tal punto llega su variabilidad.

También al proporcionar ejemplos de "comunidad" y "sociedad", v.gr. Estado, familia, aldeas, etc., Tönnies confunde las formas de sociabilidad con los tipos o estructuras sociales, ya que por ejemplo, en el Estado (sería un tipo "societario") pueden darse tanto relaciones sociales de "comunidad" como de "sociedad". En una forma particular de grupo se pueden combinar, y se combinan, diversas formas de sociabilidad.

La sociología estudia las relaciones del hombre con el hombre, y por medio de las formas de sociabilidad, las distintas maneras de estar ligados por el todo y en el todo social. Se puede decir que las clasificaciones de las formas de sociabilidad son tantas como autores hay. Pero sin embargo tienen casi todas un elemento fundamental en común: Tanto en la "comunidad" de Tönnies como en la masa, comunidad y comunión de Gurvicht, etc., existe la unidad estrecha e íntima del "Nosotros" colectivo. Pero ¿quiénes, legítimamente, pueden hablarse de "nosotros"? Cuando decimos, nosotros los estudiantes de derecho... ¿Realmente nos tratamos de "nosotros"? ¿Acaso trascendemos nuestro Yo y nos hablamos en verdad de "nosotros"? En realidad, no aportamos nada de nuestra individualidad a la otra persona. Permanecemos, íntimamente, encerrados en nuestra existencia. Figuramos como "nosotros", pero bien sabemos que no lo somos.

Todos hablamos de las masas, pero siempre como un algo al cual no pertenecemos. Y si interrogamos a aquéllos a quienes consideramos parte de una de ellas, podemos comprobar que entienden que la masa no les concierne. Es algo semejante a lo que ocurre en ciertos clubs; si nos acercamos y le preguntamos a un socio, "¿qué le parece el club?", nos contestará de seguro: "el club es muy lindo, pero el ambiente deja mucho que desear...", y si repetimos la operación con el total de asociados, las respuestas serán, en su mayor parte, similares. Por deducción obtendremos esta curiosa información: todos los miembros

⁴ Tönnies, en su *Introducción a la Sociología*, 1931 (hay traducción española del Fds. Cult. Econ. 1942) llega a la distinción de doce tipos de sociabilidad, con lo que se desvirtúa la crítica de simplista que le hicéramos. Sin embargo, G. Gurvicht le hace una crítica medular, porque confunde "comunidad" con íntimo y unidad social, "sociedad", con reflexión y relación social (fundada sobre la reciprocidad y el cálculo) y, eliminando esta confusión, se cae nuevamente en las dos formas de sociabilidad de la obra de su juventud (G. Gurvicht, *ob. cit.*, pág. 109 a 111).

de dicho club piensan que es una asociación de indeseables, excepto el socio requerido. Sin embargo, ellos se tratan de nosotros. Pero como ninguno se siente "nosotros", partícipes del común social, con todas sus fuerzas y sentimientos, se llega sin dificultad a que todos se sienten solos. Este ejemplo no cumple una función meramente irónica sino que es válido extenderlo a casi todos los grupos sociales sin que la generalización se traduzca en variaciones de importancia.

Sólo se pueden tratar de "nosotros" aquellos que han alcanzado la misividia. Quienes se han ascendido y dado por completo.

La "comunidad" de Tönnies, desde el punto de vista cuantitativo, permite la reunión constante y directa entre sus miembros, y cualitativamente es de manera tal que los que pertenecen a ella entienden hacerlo como resultado del destino y de la tradición¹. Esta unión se da de modo espontáneo, formando un todo concreto y vivo, por oposición a un acuerdo libre y reflexivo. Pero, por el hecho de que constantemente se realice el "nosotros" colectivo, no quiere decir que sea exclusivo de esta forma de sociabilidad.

El "nosotros" puede existir, si bien de manera fugaz, aún entre quienes no se conocen, ni se sienten ligados por ningún vínculo social. Para explicarlo es válido el ejemplo de Buber: cuando se entrecruzan las miradas de dos hombres que se protegen en un terreno durante el bombardeo, ahí hubo algo más que el Yo y Tú; esos hombres se pudieron tratar realmente de "nosotros" aunque después que suene la sirena vuelvan a ser desconocidos.

Todos los escritores que nos han hablado de la crisis de nuestra época Spengler, Ortega, Halbwachs, A. Weber, etc., tratan de corregirla, volviéndole la espalda al presente. Para liberarse de la masa, en el sentido ortegulano, el hombre "noble" (puramente en su aspecto moral) se separa de la masa. Trata de no caer en ella pero no hace nada para redimirla. Todos presagian el advenimiento de la catástrofe, pero ninguno se atreve a detenerla. Es cierto, las masas anónimas, y no los "pueblos", son fuerzas incontrolables —o demasiado controlables, para los demagogos—, cambiantes y díscolas, proscriben todo lo que tocan:

¹Deben entenderse los términos "tradición", "orgánico y vivo", etc., no en el sentido de herencia biológica sino de herencia social que no se transmite por la sangre, sino por la palabra escrita y hablada. Sobre esto puede verse V. Gonzalo Camín, *Los orígenes de la civilización*, México, 1954, pág. 274 y 38.

²M. Buas, *ob. cit.*, p. 109; del mismo autor puede verse también *Caminos de Utopía*, México, 1955, p. 180 y ss.

la política, la cultura, la moral social, etc. Sin embargo, hemos comprobado que en el subterráneo se dió, entre desconocidos de la "masa", la relación esencial del "nosotros" colectivo, de lo que caracteriza a la "comunidad". Esos hombres no estaban solos. Se comprendieron profundamente. Lo colectivo (en el sentido de la relación Tú-Yo) les pertenece. Los hombres que se tratan de "nosotros" no se dicen: se murieron tantos hombres, o se acabaron los viveres, sino se nos murieron tantos hombres o se nos acabaron los viveres. "Venos, pues, que también en el plano de la relación con una multitud de hombres existe una relación esencial que acoge a los que llegaron al fondo de su ser propio, que sólo puede acoger verdaderamente a ellos. Es el campo donde el hombre se libera realmente del *das Afen* (es la masa anónima de Heidegger). No es la separación lo que nos redime verdaderamente del "Se", sino la unión genuina" ¹⁴.

Lo contrario es lo que nos enseñaba el individualismo, el hombre se encerraba en su soledad porque creía que ésta significaba su personalidad, y para salvarse de ella no tenía otro recurso que glorificarla. El hombre encontraba que la mansión de su Yo era incommensurablemente grande e indeciblemente sola. No tenía nada con nadie, no era alguien con alguien. La otra parte de su vida, lo social, estaba enferma. En vez de la espontaneidad y pureza natural que esperaba encontrar en ella, se le aparecían formas reflexivas y arbitrarias. No podía sentirse ligado a lo extraño, a la máquina social. Al sentirse solo, evadido de toda comunidad orgánica, no tenía algo que hacer, algo que ser y por quién ser. Tanto podía hacer lo uno como lo otro, pero dudaba, y entonces la angustia lo consumía. Iba por la vida con la impronta de lo absurdo. Es ahí cuando la presión de sus instintos cobra valor e intensidad. Tiene las espaldas muy débiles para cargar con todos sus impulsos y problemas. Recurre a la contrapartida de su sistema, al colectivismo. Cansado de su soledad se abandona a la totalidad social, o a la "nadidad" social, se oculta en la sociedad entregándose a la "voluntad general", su actuar se hace irresponsable, no vive el "nosotros" sino que vive él y la sociedad.

He aquí donde cobra vigencia plena el "anhelo" de "comunidad"; libre de ficciones y abstracciones, simplemente el hombre con el hombre, de manera plena e integral.

ESCRITOS JUDICIALES

ACTA DE DEMANDA EN EL FUERO LABORAL (*)

CARLOS ENRIQUE MOUTIER ALBAO

//ciudad de Buenos Aires, a los días del mes de
de y siendo las horas comparece ante esta Comisión de Conciliación el Doctor Libro Folio
Matrícula Número con domicilio legal constituido en la casa de la calle Número¹ de esta ciudad, en representación (según consta en el poder de fs. 1)² y patrocinio de don con domicilio real en la casa de la calle
Número de

Abierto el acto y concedida que le es la palabra, el compareciente expone que:

En el carácter invocado demanda a don con domicilio real en la casa de la calle Número de por cobro de la suma de³ pesos (mín.⁴ c/l) moneda nacional de curso legal, que el mismo le adeuda en concepto de salarios, indemnización por falta de preaviso⁵, indemnización por despido, parte proporcional del sueldo anual complementario, y vacaciones no gozadas durante el último año.

Su mandante comenzó a trabajar a las órdenes del demandado el de de

(*) Conviene tener presente que la Cámara Nacional de Apelaciones de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal ha resuelto, en acuerdo plenario, el 17 de febrero de 1960, que a partir del 1º de marzo de ese año, no se recibirán demandas, contestaciones de las mismas, escritos de prueba o de cualquier otra naturaleza, que figuren impresos o en mimeógrafo. De esta prohibición están exentas las reparticiones nacionales.

Conviene tener presente que el acta debe redactarse en tiempo de verbo presente y no como errónea y frecuentemente se hace en pretérito perfecto.

¹ Dentro del límite de la Capital Federal.

² Si el otorgante fuere menor adulto, previamente deberá autorizar el acto el Ministerio Público del Trabajo.

³ En letras.

⁴ En números.

⁵ Hacemos notar que la indemnización se debe por falta de preaviso y no por preaviso, como errónea y frecuentemente se consigna.

Desde entonces y hasta la fecha ha trabajado bajo la dependencia del mismo a su entera satisfacción; no sufriendo correcciones disciplinarias ni más pausa en sus tareas que las expresamente autorizadas por las disposiciones legales.

El de de al intentar ingresar al lugar de trabajo, ello le fué impedido por el capataz del demandado y al tratar de obtener una satisfacción del principal, se le comunicó que habiendo hecho abandono del trabajo, era responsable de la ruptura del contrato de trabajo.

El actor no ha hecho abandono de trabajo, sino que por el contrario ha sido despedido intempestivamente.

La suma demandada se descompone de la siguiente manera:

Salarios impagos (desde hasta) mñn.	
Salarios desde el día de la ruptura hasta el último día del mismo mes ¹
Indemnización por falta de preaviso (dos meses) ²
Indemnización por despido (cuatro meses) ³
Proporción de sueldo anual complementario por el período que va del al
Proporción de vacaciones no gozadas durante el período que va del al
TOTAL	mñn.

El salario devengado por el actor ha sido uniforme durante todo su desempeño y asciende a la suma de pesos nominales mensuales.

La demanda se incrementa con los intereses, costos y costas que se devenguen.

Funda su derecho en las disposiciones de la ley 11.729, decreto-ley 33.302/45 (ley 12.921), disposiciones aplicables del convenio número, y la siguiente jurisprudencia:

Por lo cual solicita:

1^o Se le tenga por presentado, parte y constituido el domicilio legal indicado.

¹ Si el despido se hubiere producido antes de fin de mes, se debe los salarios hasta esa fecha, aunque no se hubiere trabajado.

² Tener presente que el período de preaviso es de uno o dos meses, según se tenga una antigüedad menor o mayor de cinco años; pero la indemnización por su falta, es doble, o sea, de dos o cuatro meses.

³ Es de medio mes doble (un mes) por cada año de servicio o fracción que exceda de tres meses, pero nunca inferior a un mes doble (dos meses) ni superior a quinientos pesos doble (o sea mil pesos) por cada año de servicio.

2º Se designe la audiencia que establece el art. 47 de la ley 12.948 citándose a la misma al demandado en la forma, plazo, término, con la intimación y bajo el apercibimiento de ley.

3º Oportunamente se haga lugar a la demanda en todas sus partes, intereses, costos y costas.

Oído lo cual, el señor Presidente resuelve:

Téngase al compareciente por presentado, parte y constituido el domicilio legal indicado.

Designase la audiencia del día⁹ del mes de de a las horas, a fin de que las partes comparezcan a juicio de conciliación, el demandado conteste la acción, oponga excepciones si las tuviere y ambas partes ofrezcan las pruebas de que intenten valerse bajo apercibimiento de lo dispuesto en los artículos 62¹⁰ y 130¹¹ de la ley 12.948. Intervenga en estas actuaciones el señor Vocal

Con lo que y no siendo para más termina el acto firmando el compareciente previa lectura y ratificación de todo lo actuado después del señor Presidente y por ante mí, siendo las horas, de lo que doy fe.

⁹ La notificación de esta audiencia se practicará con una anticipación no menor de dos días y la audiencia deberá celebrarse dentro de los cinco días.

¹⁰ Si el demandado, debidamente citado, no concurre a la audiencia sin justa causa, o se negare a contestar la demanda, se presumirán como ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos alegados por el actor.

¹¹ Multa de diez a cien pesos, si debidamente citado, no compareciere sin causa justificada.



UNIVERSITARIAS

1

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA ALEMANIA ACTUAL

LEONARDO JORGE AREAL

Para una exacta comprensión del pensamiento jurídico alemán conviene conocer también el proceso científico desde su fuente, y por ello he creído oportuno el examen de la situación universitaria y pasar de ella a la práctica profesional y a la vida del tribunal en la ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo.

El problema universitario alemán gira en torno al papel del profesor y a la situación del alumno. ¿Cómo se forma un profesor alemán? He aquí el primer tema a considerar.

En la República Federal Alemana, un profesor universitario no se improvisa. Debe, ante todo, buscar un profesor de la especialidad que lo acepte como alumno, y realizar en su seminario los trabajos de investigación que se le indiquen. Allí, el contacto con el maestro es directo, y no solamente debe profundizar la rama del derecho a que piensa dedicarse, sino también los principios generales del derecho público y privado, la teoría general del derecho y la filosofía jurídica. La asistencia al seminario es obligatoria, y cada quince días se celebra una reunión de doctorandos para discutir los temas asignados por el profesor. Aprobados dichos estudios, redacta la tesis doctoral que debe defender públicamente ante el tribunal universitario. Egresado con el título académico de doctor, comienza la segunda etapa de su trabajo, que se materializa con la publicación de monografías y libros sobre temas de la especialidad. Cuando el profesor considera que la producción científica del aspirante a la docencia reúne notable preparación, somete la propuesta a la Universidad detallando la labor cumplida. Examinada ésta, la Universidad en pleno oye la disertación pública del aspirante y le otorga la venia docente. Ella comporta el derecho de enseñar en la universidad, actividad ésta retribuida con una discreta asignación (1.300 marcos), pero que no le confiere categoría de profesor, ni significa haber llegado a la culminación de la carrera docente. El docente libre debe continuar sus trabajos de publicación y estudio hasta que una universidad que necesita un profesor de su especialidad le ofrece el cargo de profesor ordinario. De ahí en adelante, nuestro ejemplo se convierte en profesor por

el resto de su existencia. La universidad le asigna una retribución que generalmente guarda relación con el número de horas semanales de clase que debe impartir y el número de alumnos que concurren a las mismas.

Esta retribución sólo aumenta con las asignaciones por antigüedad o con el aumento de la concurrencia estudiantil. ¿Cómo mejora el profesor su retribución? La dedicación del profesor a su especialidad, reflejada por su colaboración en las revistas científicas, alemanas y extranjeras, su participación en los congresos y sus conferencias en universidades alemanas, hacen que se lo conozca y que, cuando se produce una vacante en otra universidad, se le ofrezca el cargo de profesor ordinario con un aumento razonable de su retribución. La universidad en la que el profesor desarrolla su labor docente puede ofrecerle a su vez un sueldo equivalente para retenerlo, o dejarlo ir. No siempre depende de la voluntad de la universidad, ya que hay algunas que no tienen los recursos de otras, y que por este único inconveniente, ven con pena que un buen profesor se aleje de su claustro. Pueden darse en la realidad otros supuestos. Al profesor Botticher, por ejemplo, le fué ofrecido el cargo de profesor ordinario en la universidad de Múnich, vacante por la jubilación del profesor Leo Rosenberg, con un aumento de su retribución, aumento que la universidad de Hamburgo le ofreció a su vez para retenerlo. Prefirió quedarse en Hamburgo, y me hizo la reflexión que, como profesor, nunca tendrías otro llamado, pues al rechazar suceder a Rosenberg, que es el pontífice del derecho procesal en estos momentos, mal podían pensar otras universidades que iba a aceptar reemplazos menos prestigiosos.

¿Qué hace un profesor alemán? Los profesores deben dedicarse exclusivamente a su cátedra. En algunos casos, la universidad los autoriza a desempeñar la magistratura, pero lo corriente es que solamente se dediquen a la tarea de la enseñanza. Trabaja el profesor Botticher, para dar idea exacta del ejemplo que conozco a fondo, con cuatro ayudantes entre quienes distribuye las tareas de información científica, las didácticas, e incluso las de investigación. Los asistentes pueden, y en algunos casos ocurre, seguir cursos para obtener la venia docente, pero el sólo desempeñarse como asistente no confiere ninguna preferencia. Tiene también Botticher la dirección del Seminario de Derecho Procesal y Concursos, contando con personal bibliotecario especializado y taquígrafas.

Los profesores universitarios tienen un sólido prestigio que se traduce en el Tribunal: las partes en pleitos importantes pueden encargarle la redacción de pericias científicas sobre el objeto litigioso que se debate para ser agregado a los autos y ser tenidas en consideración por los jueces. Naturalmente, el número de ellas

está en relación directa con el prestigio del profesor y en idéntica manera su retribución.

La versación de un profesor universitario no se detiene en una especialidad. Comúnmente los profesores dan cursos de distintas asignaturas para las que tienen versación especial; el procesalista aislado no se conoce. En efecto: Rosenberg fué profesor de derecho romano, derecho civil y derecho procesal; Nikish es profesor de derecho procesal en Kiel y al mismo tiempo profesor de derecho del trabajo; Botticher es profesor de civil, trabajo y procesal y así podría hacer una larga lista.

Las tareas de enseñanza teórica están confiadas a un número pequeño de profesores. En la Universidad de Hamburgo el claustro de la Facultad de Derecho se compone de un decano y 16 profesores ordinarios, 2 extraordinarios y 5 honorarios, quienes dictan durante la semana 95 horas de cátedra a un promedio de 4 y media cada uno; bajo su dirección se imparten 20 horas semanales de ejercicios de aplicación, funcionando además a cargo de la Facultad 14 seminarios de investigación científica.

El profesor imparte la enseñanza teórica desarrollando los distintos temas sin abundar en muchas complejidades o teorías; los ayudantes, bajo su dirección, tienen a su cargo los ejercicios de aplicación, según veremos más adelante.

La guerra privó a la ciudad de Hamburgo de comodidades para la enseñanza, al destruir gran cantidad de edificios. Ello obliga en la actualidad a tener un edificio destinado a servir únicamente de lugar de clases y cada cátedra y seminario tiene a veces un piso o una casa para su labor científica. Está en construcción muy adelantada una moderna facultad de derecho de más de diez pisos, con todas las comodidades requeridas; la misma se encuentra dentro de un plan de conjunto que la ciudad tiene destinado para lugar universitario. El profesor ordinario, a los 65 años, pasa a situación de retiro, pero su actividad puede continuar todo el tiempo que le permitan sus fuerzas. La universidad, a su pedido, le asigna, en el semestre, días para que pueda desarrollar los temas que haya elegido dentro de su especialidad. Su situación de jubilado, así como no comporta su alejamiento de la universidad, tampoco significa la disminución de su retribución.

La importancia del estado de profesor universitario también tiene su reflejo en la Ley de Organización de la Justicia; ésta determina que se dan por cumplidas en él las condiciones requeridas para ser magistrado y que deben acreditarse de otra manera ante el Estado. En síntesis, la situación de profesor habilita, de por sí para ejercer la magistratura.

Veamos el otro elemento de ese binomio: el alumno. Para el joven alemán medio el proseguir estudios universitarios cons-

títuye un verdadero sacrificio; debe poner de su parte todos los esfuerzos personales económicos para superar los aspectos que paso a considerar. La enseñanza universitaria no es gratuita, el alumno debe abonar la tasa universitaria, que para los estudios de derecho asciende a 92 DM por semestre. Debe pagar igualmente un derecho por las lecciones teóricas y prácticas y el trabajo en los seminarios que asciende a la suma de 2,50 DM por semana y que significa por curso la suma de 40 DM. La consulta de libros en los seminarios tampoco es gratuita y el carnet mensual cuesta 2 DM. La Universidad tiene establecidas becas para estudiantes alemanes que, careciendo de recursos, quieran proseguir estudios, pero son sumamente reducidas, ascendiendo en la mayoría de los casos a 80 y 100 DM. Este importe es insuficiente para cubrir las necesidades de alojamiento, comida y pago de derechos. Puede, por comparación, decirse que un estudiante extranjero recibe, de las distintas fundaciones alemanas, ayudas mensuales que oscilan entre 300 y 500 marcos, y ello, sin embargo, no alcanza, en la mayoría de los casos, salvo que el extranjero se desempeñe en alguna clínica o establecimiento análogo.

Los libros de texto en Alemania son bastante caros en relación con los escasos medios económicos con que cuentan, en general los estudiantes; es por ello que las bibliotecas están sumamente concurridas. La organización de las mismas brinda al estudiante todas las obras necesarias de texto y de consulta, contando además con ediciones raras, incluso medioevales, para la labor de investigación cuando el profesor ordinario así lo hubiera indicado. El seminario de Derecho Procesal adquiere cuanta publicación aparece sobre esta especialidad que no figure entre sus obras, no teniendo para ello restricción económica alguna.

La Universidad presta al estudiantado distintos servicios asistenciales. Cuenta para ello con un moderno y cómodo edificio dentro del vasto plan de obras ejecutadas y en ejecución. Allí hay salas de lectura, salón de té, bar y salón comedor, la conocida "mensa estudiantil", de las que, la de Hamburgo, aspira a ser la mejor de la República Federal. Los estudiantes por 85 ctvs. de marco obtienen un plato único, que naturalmente cubre las calorías que el estudiante necesita para cumplir su labor, pero que nosotros, con régimen alimenticio totalmente diferente, hallamos tal vez escaso. En dicho edificio también existe un departamento especializado en la información universitaria alemana y europea y otro encargado del alquiler de habitaciones, que ayuda a solucionar el grave problema que aqueja todavía a Alemania pese a un prodigioso plan de reconstrucción cumplido con la minuciosidad y precisión, características fundamentales de toda la nación. Para obtener medios los estudiantes trabajan durante los

periodos de vacaciones —durante los cursos lectivos en materialmente imposible hacerlo— preparando a otros alumnos en alguna asignatura, haciendo de intérpretes, o acompañando a turistas en sus viajes por Alemania y finalmente realizando trabajos manuales de todas clases.

Es especial preocupación de la universidad el programar viajes de estudios dentro de Alemania y en los países limítrofes, para que los estudiantes completen su cultura; cuentan en tal propósito con la colaboración de los grandes establecimientos industriales y comerciales, quienes pueden descontar de sus liquidaciones de impuestos las sumas entregadas para la educación universitaria. Hamburgo, que es en estos momentos el puerto de la República Federal, tiene en su radio de influencia grandes consorcios que prestan enorme ayuda financiera a la Universidad y puede decirse que luego de la de Berlín y Munich, es tal vez la más importante de Alemania.

La población de la facultad de derecho no es muy numerosa, (carazo de estadísticas oficiales), pero me consta que en el curso de Derecho Civil desarrollado por el Profesor Botticher entre los meses de noviembre y marzo últimos estuvieron anotados alrededor de 400 alumnos. Los mismos deben concurrir a las clases teóricas y a las prácticas. Las primeras son de difícil control y el profesor firma al final del curso las libretas de asistencia. En cuanto a las prácticas, se lleva control por los trabajos de aplicación que deben realizar los alumnos.

Las salas destinadas a las clases teóricas son en plano inclinado y están dotadas de pizarrones y aparatos de proyección, pues son usadas en forma promiscua por varias facultades. Los profesores dictan su clase de pie ante un pequeño atril y algunos leen sus notas. Las clases en Alemania se aplauden, pero no batiendo palmas sino golpeando los nudillos sobre el pupitre. Esto es una vieja costumbre universitaria y se usa también en los actos académicos en que el rector de la Universidad y el decano de la facultad visten toga, sombrero y golilla medioeval y los atributos de su alto cargo: medalla, cadena y bastón.

Frecuentemente la facultad de derecho organiza ciclos de conferencias sobre derecho comparado, invitando para ello a distinguidos juristas extranjeros; a las mismas concurren cantidad considerable de estudiantes que llenan el aula magna de la universidad. Las otras famosas organizaciones estudiantiles, en Hamburgo, puerto internacional, ya no aparecen con el colorido y las costumbres exaltadas en el romanticismo alemán. Inmediatamente después de la guerra la propia universidad se empeñó en suprimir estas organizaciones, prohibiendo el uso de distintivos, sombreros y demás insignias en el recinto universitario, quedando relegadas en la actualidad, en la Universidad de Hei-

delberg donde eran tradicionales para la charla amistosa en los locales públicos, en torno a los jarros de cerveza.

No deseo dejar el tema del alumno y el profesor sin referirme brevemente a un personaje que juega muchas veces entre uno y otro. Me refiero al *repetidor*.

Algunas vueltas tuve que dar para llegar a comprender cabalmente la misión de este personaje extrauniversitario.

Los exámenes se realizan a base de ejercicios de aplicación del principio teórico, según se verá más adelante. El *repetidor*, que en el claustro universitario es una variedad de *réprobo*, es quien prepara a los alumnos para esa prueba. Debo aclarar que no se trata de personas sin preparación; son abogados y en muchos casos doctores, que prefieren dar un carácter comercial a su ciencia, ya que los afanes universitarios, aunque bien pagos, no hacen rico a nadie. El *repetidor* prepara su equipo de alumnos con tres o más meses de anticipación y cobra por ello una retribución que oscila entre los 300 y los 400 marcos por alumno. Su popularidad, pese al desagrado que despierta entre los profesores, es grande; esta industria ha llegado a ser tan próspera que algunos han intentado, con bastante éxito, el libro, y los seminarios tienen esas ediciones que si bien son espurias desde el punto de vista profesoral, dan por lo visto resultado práctico en la realidad. Lo curioso es observar el desguste por uso de esas pequeñas obras, frente a la de los grandes maestros que, pese a los muchos años de editadas, todavía crujen al abrirse. Existen grandes analogías entre el universitario alemán y el nuestro, más debo reconocer que son aquellos muy disciplinados, característica del pueblo alemán y con un gran sentido de la responsabilidad, dadas las condiciones muchas veces duras que tienen que superar.

Consecuencia de la amplia visión y la profundidad científica lograda por las universidades alemanas, es que sus aulas se ven frecuentadas por estudiantes extranjeros de todas las latitudes. Las distintas universidades y las fundaciones científicas tienen establecidas becas para que estudiantes, profesionales y docentes extranjeros puedan adquirir o perfeccionar conocimientos. Pero el asunto no termina allí; existe una fina preocupación por que el estudiante pueda superar los problemas de ambientación, agravados en muchos casos, por tratarse de personas que vienen de lejanas regiones del Asia, a quienes sus creencias religiosas le imponen costumbres sumamente distintas a las occidentales. El interés comprende también facilitarle en propiedad libros que servirán para la divulgación científica en sus respectivos países o en proporcionarles los medios necesarios para adquirir aparatos científicos con que aplicar luego sus conocimientos. Facilitan además a los extranjeros las posibilidades de conocer todas

las regiones y sus principales actividades económicas sin descuidar los espectáculos, prueba indudable de un criterio propio en materia de arte, considerando con razón que el conocimiento científico para ser exacto debe ir acompañado de una cabal información de las condiciones económicas, geográficas, sociales, artísticas, etc.

Asia ha recibido especial dedicación en este aspecto y como concreción de esa influencia científica, puedo decir en el campo del derecho privado el ordenamiento civil del Japón, ha adoptado muchas instituciones del derecho civil alemán, enseñándose éste como asignatura en la universidad de Tokio. Sobre las 204 becas que instituyó el año pasado la fundación Alejandro von Humboldt, Asia ocupa el primer lugar con 77 docentes universitarios, Europa con 68, América con 42, África con 15 y Oceanía con dos.

Universidades y fundaciones alemanas tienen suscritos convenios con distintas universidades europeas y americanas para el intercambio de hombres de ciencia y puedo señalar que un argentino ocupa la cátedra de Literatura Española en la Facultad de Letras de Hamburgo y dirige al mismo tiempo el Instituto de Investigaciones Ibero Americanas; me refiero al Profesor Eduardo Grossman.

Deseo finalmente referirme a la Universidad Alejandro von Humboldt de la ciudad de Berlín, hoy situada en la zona controlada por los comunistas. El otrora famoso centro que enorgullecía a los alemanes, es hoy un edificio sombrío, a cuyos cursos no pueden asistir estudiantes que no habiten la zona oriental, con lo que queda dicho que no hay acceso para ningún extranjero que quiera presenciar las clases o enterarse del funcionamiento de sus institutos de investigación. La labor comunista en materia procesal está concretada en la obra colectiva de los distintos profesores de las universidades controladas por ellos, bajo la dirección del Profesor Hans Nathan de la Universidad de Berlín, editada en esa ciudad en 1957, expresión cabal de que la colectivización alcanzó el dominio de las ciencias, en este caso la materia procesal.

Veamos ahora cómo se enseña derecho en la Universidad de Hamburgo.

Su enseñanza comprende un ciclo teórico y otro práctico que colocan al estudiante en las mejores condiciones para el ejercicio de su futura actividad de abogado o de juez.

El ciclo teórico, propiamente universitario, se cumple en la facultad y tiene una duración de 6 semestres. Se llama semestre al período lectivo de aproximadamente cuatro meses de duración comprendido entre los meses de noviembre y febrero (semestre de invierno); mayo a julio (semestre de verano). Sin

embargo en la práctica los estudiantes necesitan en general hasta 9 y 10 semestres para completarse este ciclo teórico.

Las asignaturas están distribuidas de la siguiente manera:

Primer semestre: Introducción a la ciencia del derecho, derecho constitucional, historia del derecho alemán (hasta el final del siglo XVIII), sistema de derecho privado romano.

Segundo semestre: Derecho civil (parte general), derecho civil (obligaciones), derecho político, historia del derecho romano, historia del derecho constitucional (a partir de la revolución francesa), derecho penal (parte general), economía política.

Tercer semestre: derecho civil (contratos), derecho civil (reales), derecho penal (parte especial), derecho del trabajo, filosofía del derecho, ciencia financiera.

Cuarto semestre: derecho civil (familia), derecho civil (sucesiones), derecho comercial, derecho administrativo (parte general), historia y sistema de derecho privado alemán.

Quinto semestre: Papeles de comercio, derecho marítimo, derecho procesal civil, derecho procesal penal, derecho administrativo (parte especial), derecho internacional público.

Sexto semestre: derechos de autor y patentes, derecho eclesiástico canónico, derecho internacional privado.

El profesor desarrolla las distintas asignaturas en clases teóricas en tanto que los asistentes adiestran al alumnado a su aplicación al caso concreto mediante ejercitación práctica. Durante el ciclo teórico no existen exámenes parciales o finales sobre cada asignatura en particular. Pero el alumno, para tener por cumplida la asignatura debe aprobar 4 ejercicios de aplicación, de los cuales realiza 2 en la facultad denominados *Klausuren* y otros 2 en su casa (*Hausarbeiten*). Dichos trabajos son prolijamente revisados y anotados por los Asistentes y el Profesor, quienes al margen hacen constar todas las observaciones que merecen y en algunos casos que me ha tocado ver exceden en extensión a la prueba misma. De este modo se determina el aprovechamiento particular y también general del alumnado en cada asignatura. La inscripción en el semestre comporta la inclusión en las listas de las materias correspondientes, pero el alumno no está obligado a cursar todas, pues debe asistir a clase, y es necesario que el profesor firme la libreta universitaria. Esto en realidad es de difícil control y los profesores muchas veces saben que firman libretas de quienes no han concurrido, pero donde queda constancia indudable es en los ejercicios de aplicación. La inasistencia a las primeras queda reflejada frecuentemente en el resultado de estos últimos.

Cuando se aprobaron los trabajos de aplicación de las distintas materias que componen la carrera deben rendirse pruebas generales de capacitación (*Übungschaine*) sobre: derecho civil

(parte general, obligaciones, contratos, reales, familia y sucesiones), derecho penal, derecho constitucional y otra asignatura a elección del alumno. Sobre cada una de ellas se realizan 2 pruebas en la facultad y dos en la casa. Estas pruebas tienen por objeto determinar la formación jurídica general lograda y se realizan también sobre la base de ejercitación de los principios teóricos al caso práctico. El alumno debe conocer el procedimiento para hacer efectivo, en la realidad, el caso planteado.

El alumno abandona entonces la facultad y se presenta al *Oberlandesgericht* (Superior Tribunal local) a rendir el primer examen para obtener el título de *Referendar*. Debe abonar en este momento la suma de 100 DM en concepto de derechos.

Es necesario acreditar, ante la comisión examinadora integrada por magistrados y profesores de la facultad, condiciones generales de capacidad y a tal efecto debe presentarse una monografía en el plazo de 6 semanas sobre un tema que fija el tribunal examinador.

Aprobado este trabajo, el alumno es sometido a tres de aplicación (*Klausuren*) sobre temas de derecho civil, penal y derecho público y cuando todos estos se estiman suficientes, se está en condiciones de rendir el examen final, Primer examen de Estado (*Staatprüfung*). Este examen dura por reglamento 5 horas y se examina al alumno públicamente sobre las distintas asignaturas.

En dicha prueba se exige del alumno certeza en las respuestas que pongan en evidencia sólidos conocimientos, pero se evita el exceso de teoría y las preguntas capciosas, y se elimina por completo la posición personal que tengan los profesores en los debates doctrinarios sobre la institución.

Si la comisión examinadora encuentra que el alumno falla en alguna asignatura puede determinar que éste curse hasta dos semestres nuevamente en la Facultad. Luego de un segundo rechazo no pueden volver a presentarse, sino con una excepcional autorización del Ministro de Justicia. Las calificaciones van de 1 (sobresaliente) a 5 (insuficiente).

Aprobado el examen el alumno obtiene el título de *Referendar*, que no es universitario sino estatal, y que acredita haber terminado los estudios teóricos de derecho.

Como se aprecia, el estudiante ha sido instruido en los principios teóricos y su aplicación al caso concreto, pero carece de nociones de la vida del tribunal. La enseñanza ha estado a cargo exclusivo de la Facultad, el contralor de ella a cargo de ésta y el Poder judicial; la enseñanza práctica que viene a continuación estará a cargo de los magistrados judiciales y los abogados únicamente.

Este segundo ciclo tiene una extensión mayor que el anterior, abarca como mínimo 7 semestres. Durante ese período el futuro abogado o juez debe concurrir diariamente al Tribunal para presenciar y participar en la labor que en él se realiza. Ello se hace en forma ordenada, de tal manera que el alumno pueda conocer y actuar gradualmente en el mecanismo judicial. En efecto puede confiarse a los estudiantes pequeñas defensas en asuntos de menor cuantía (*sonstgericht*) e igual se procede ante los tribunales ordinarios, naturalmente siempre bajo la supervisión de los funcionarios judiciales. A los tribunales civiles, penales, comerciales se suceden los de apelación y también los fueros especiales (trabajo) o de jurisdicción voluntaria (Plazas de Estado, abogados y notarios).

Me ha tocado observar en algunas audiencias a jueces rodeados de estudiantes que luego de la vista pública requieren de ellos la opinión sobre el problema de fondo o de forma que revista interés en esa causa y del que puedan extraerse conclusiones que formen la experiencia del futuro profesional. Esta participación activa se completa con diversos trabajos que les encarga el magistrado, quien al final de las semanas que reglamentariamente debe durar el curso ante ese tribunal, puede dictaminar sobre el aprovechamiento que han tenido los alumnos a su cargo.

Los estudiantes durante este segundo período de la enseñanza tienen fijado un plazo de vacaciones de 18 días por año. Los tribunales no penales tienen feria judicial durante el período 1 de agosto - 15 de septiembre de cada año.

Finalizada la experiencia con los jueces, abogados y notarios el alumno debe rendir el segundo examen de estado, de idéntica índole al anterior. Para presentarse a esta prueba debe abonar una tasa de 120 DM. Al examen propiamente dicho es previa la presentación de una monografía (término 4 semanas) que tiene por base un proceso ya terminado, al que se le ha retirado la sentencia. El alumno debe hacer un estudio del mismo desde el punto de vista procesal y preparar un proyecto de sentencia. Debe cumplir también 4 pruebas (*Klausuren*) que tienen por base la relación sumaria de un proceso y en los que debe proyectarse una sentencia. Los mismos comprenden: derecho civil y aplicación del derecho procesal civil; derecho penal y aplicación del derecho procesal penal, derecho público y meras resoluciones en inscripciones comerciales.

Con el resultado satisfactorio en estas pruebas el alumno debe presentarse al examen oral donde debe acreditar conocimientos teóricos y amplia experiencia práctica. El examen tiene fijado también por Reglamento una duración de 5 horas. Se egresa con el título de *Assessor*. En caso de ser rechazado se aplican las normas ya detalladas para el primer examen.

Con su título de *Asesor* el estudiante se encuentra en la encrucijada: será abogado o juez.

La iniciación de la vida profesional es particularmente dura en Hamburgo. El alquiler de las oficinas es alto (más o menos 1200 DM mensuales) dado el sistema de nuevas construcciones allí imperante; los gastos de instalación elevados y también debe contarse los sueldos de algún escribiente o empleado. Tiene entonces que calcularse un gasto fijo de 2000 DM. Todos estos inconvenientes propios del período de iniciación, retraen al *Asesor* de ejercer la profesión en forma independiente.

Los más capaces, con mayores condiciones, son agregados a los distintos tribunales como ayudantes, más tarde como jueces auxiliares y luego como jueces profesionales. No debe olvidarse que como han desfilado por los distintos tribunales, los jueces han podido apreciar sus condiciones, dedicación y talento y quedan pues incorporados al tribunal en esta primera selección.

Otros en cambio se dedican a asesorar a las empresas comerciales o industriales e integran el sector de altos funcionarios en la industria, el comercio o la banca.

Los menos deciden dedicarse al ejercicio de la abogacía y en consecuencia deben todavía llenar determinadas condiciones.

En efecto, para la inscripción en la matrícula profesional que lleva el Colegio de Abogados, debe acreditarse haber trabajado en el estudio de un abogado inscripto, por lo menos seis meses. También se da por cumplido este requisito a quien haya desempeñado tareas en cualquiera de los distintos tribunales. Recién entonces se está en condiciones de ejercer la profesión.

Desee puntualizar que ha sido propósito perseguido de estas páginas dar una idea del sistema de enseñanza que se imparte en Alemania Occidental, en general y en el Estado de Hamburgo en particular, sin hacer sobre el mismo juicio de valor, ni menos comparaciones con nuestro sistema.

Pero desee dejar indicados algunos temas que son plenos de sugerencias, tales como: actividad docente de los magistrados, activa intervención de los abogados en la formación de los jóvenes juristas y la enseñanza práctica a través del conocimiento personal del alumno de todos los tribunales sin distinción de fueros e instancias, que someto a la reflexión del lector.

Buenos Aires, mayo de 1959.

LOS INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN

HUMBERTO QUIROGA LAVIE

Abordamos el problema de la investigación científica, sin otro fin que explicitar conceptos ya bien conocidos, para, de esa forma, hacer posible una reestructuración en el enfoque actual de los Institutos de Investigación que funcionan en la Facultad.

Ocurre con frecuencia, que los fenómenos que manejamos como objetos de nuestra ciencia, y que representamos en sí otras tantas verdades indiscutidas, caen en la vorágine de la confusión y del apresuramiento, perdiéndose de vista a los ojos de quienes las manejan. De aquí, la necesidad de plantear nuevamente ~~los problemas con claridad, a pesar de todo lo peripetúico que~~ parezca.

Toda investigación científica requiere, un objeto de estudio determinado y un método adecuado; el deslinde del primero, hace a la claridad necesaria para evitar confusiones; la aplicación del segundo, persigue la obtención de resultados satisfactorios.

Lo dicho es una conclusión meramente lógica, sin un contenido axiológico dado; para que la investigación adquiera, en las ciencias culturales sobre todo, conclusiones definidas, es preciso adoptar un juicio de valor ante los problemas que se presentan. Esos juicios de valor, no pueden emitirse aislados, sin sujeción a un conjunto de principios coordinados que conformen una doctrina general; lo contrario lleva a la disgregación de fuerzas en diversos sentidos.

Comenzar a investigar sin tener en cuenta estos presupuestos, es, sencillamente, frustrar en su nacimiento el intento; los resultados no serán más que la suma de datos inconexos; estaremos en presencia del enciclopedismo académico y fomentaremos la erudición agobiadora.

Por otra parte, el fin primero de toda investigación es la solución de los problemas existentes; ello implica que sólo se lograrán exitosos resultados, cuando las conclusiones sean originales. Mas, por mucho cuidado que se tenga en obrar con el suficiente rigor metodológico, en discriminar con claridad el objeto y en pretender originalidad en los resultados, poco y nada

se logrará si no se cuenta con el elemento humano indispensable: el investigador. En efecto, investigar presupone, de parte de quien lo hace, el conocimiento acabado de la materia objeto del estudio, es decir, una información bastante completa del tema, que le permita ir directamente a la consideración de las cuestiones planteadas. De aquí surge lo imperioso de distinguir la investigación del mero estudio, tomado éste en el sentido de aprehensión de conocimientos; esta distinción debe quedar bien clara, pues por no hacerla se cae, en nuestra Facultad, en una lamentable confusión de ideas, sobre la cual volveremos luego con mayor detenimiento.

Pero, además, debe el investigador, sobre todas las cosas, saber investigar. Esto, que pareciera caer por su propio peso, es preciso recalcarlo, pues ocurre con frecuencia que se pretende hacerlo sin una formación previa en ese sentido.

Cabe considerar ahora, la forma de realizar la tarea; o se trabaja individualmente sin recurrir al auxilio de los gabinetes especializados o se acude a éstos para recibir su aporte y trabajar en conjunto. Ambas maneras de encarar la investigación no son excluyentes; por el contrario, se complementan recíprocamente. En toda actividad científica es imprescindible la maduración de conceptos, el pensar y repensar los planteamientos, el escudriñar con paciencia los problemas; por otro lado, no es menos necesaria la información adecuada de lo sostenido por los demás y la consulta bibliográfica existente, todo lo cual no puede ser realizado sino individualmente. En el otro sentido, el trabajo en conjunto realizado por los Institutos no debe ser desechado, porque en éstos "los investigadores" aprenderán a investigar, obtendrán datos siempre necesarios, en los ficheros y en las bibliotecas y, sobre todo, podrán exponer sus conclusiones, para que, de esa forma, el diálogo ayude a esclarecer los problemas.

Hemos llegado, pues, al nudo de nuestra cuestión: la consideración concreta de los Institutos de Investigación. A ellos nos referiremos en adelante, aplicando nuestras conclusiones a los de la Facultad de Derecho.

Antes que nada deberemos ubicar estos organismos en el plexo de la Universidad, para aclarar de este modo la posible vinculación entre ambos. Como bien observa Ortega y Gasset, la Universidad, *strictu sensu*, no debe cumplir otra función que la preparación profesional y cultural del estudiante; solamente como forma de continua integración científica, se justifican los centros de investigación en zona paralela a aquélla, pero sin llegar a formar parte de su estructura específica. Vale decir, entonces, que el punto de partida ha de ser considerar a los Institutos desvinculados de toda tarea docente profesional; se evita de

esta manera la mentida y utópica pretensión de preparar científicos, descuidando así la buena formación de profesionales.

No significa ello, despreocuparse de los futuros investigadores y de sus vocaciones e inquietudes, significa sólo que es en absoluto inconducente la instauración de un régimen de actividades obligatorias dirigidas a todos los estudiantes sin discriminación, con la esperanza de despertar en ellos la vocación por la ciencia. Nada más erróneo; de todos los que concurren a la Universidad a lograr una capacitación para ejercer una profesión, sólo uno de cada mil abordará la investigación siguiendo el dictado de sus aptitudes; de los demás, los menos intentarán hacerlo, fracasando a la postre o resultando pésimos trabajadores de gabinete, mientras los restantes olvidarán pronto las pruebas que con falta de interés hicieron por obligación.

De lo dicho no surge tampoco que sea conveniente suprimir los Institutos de Investigación, sino que se pone en evidencia la utilidad de su estructuración independiente, para que a ellos se acerquen con libertad todos los que sientan vocación y aptitud; ésa será la única forma de reunir equipos idóneos para el trabajo. De este modo, la ciencia brindará su constante aporte a las disciplinas estudiadas en la Universidad, puesto que, las materias de estudio, jurídicas y sociológicas en nuestro caso, tienen que nutrirse con el producto del trabajo científico, al cual se debe recurrir en cada emergencia de la enseñanza.

Vayamos, ahora, a la estructura, contenido y funcionamiento de los Institutos, en este caso, con referencia más concreta a los de la ciencia jurídica. A tal efecto, debemos distinguir en cada uno el aspecto substancial de los elementos aptos para su funcionamiento.

Aplicando los supuestos señalados anteriormente, lo substancial en la investigación está dado por la clara determinación del objeto y la apropiada aplicación del método. Para fijar el objeto, será necesario tener bien claro un doble aspecto en toda disciplina jurídica; por un lado, el orden normativo que constituye el objeto del derecho, y por otro, el conjunto de fenómenos humanos y sociales que, regulados por el derecho, integran el objeto de otras ciencias que, a su vez, van determinando la continua creación de aquél; tal es el caso de la Sociología, la Historia del Derecho, la Filosofía, la Economía, la Estadística, el llamado Derecho Comparado, etc.

Vale decir, pues, que los Institutos deben dirigir sus estudios en dos sentidos: hacia las normas y su interpretación y hacia los fenómenos que configuran la política legislativa, con lo cual se cumplirá una función altamente beneficiosa, cual es promover la reforma del orden jurídico en todos sus aspectos.

teniendo como base los resultados de las investigaciones realizadas. En ese sentido, cada Instituto deberá estar al tanto de las necesidades sociales, para que de tal manera, se pueda acudir a ellos en busca de asesoramiento ante la eventualidad de un cambio en la legislación; se llenará en esta forma, el gran vacío que han dejado hasta ahora estos organismos.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico precisa adecuarse a los dictados de la infraestructura que regula; para ello no se puede dejar librada la creación de las normas a la ignorancia de los legisladores, sobre todo tratándose de problemas técnicos; el ejemplo actual de la Ley de Locaciones Urbanas es por demás elocuente, porque no obstante la importancia y trascendencia de la cuestión, no se ha dejado escuchar la opinión del Instituto especializado. Este silencio, que se ha hecho general en emergencias similares, es el resultado de una despreocupación notoria de muchos de quienes han tenido y tienen a su cargo la tarea de investigar.

Queda, a su vez, un último tema sumamente importante en materia jurídica, al cual los Institutos deben abocarse intensamente, es el referente a la técnica legislativa, cuya falta de aplicación por nuestros legisladores, ha originado códigos y leyes sumamente defectuosos.

Hemos analizado el objeto, refirámonos ahora al método. No cabe, sin duda, por el carácter limitado de este trabajo, realizar un estudio sobre metodología científica, máxime si se tiene en cuenta que se debieran analizar varios métodos, según sea la ciencia en la cual los vamos a utilizar; pero lo que sí se precisa destacar, es la necesidad de enseñar a los futuros investigadores esos métodos de la investigación.

Para ello es esencial la existencia de seminarios, en donde no basta que se dé información bibliográfica de un tema, ni que el profesor relate su tratamiento por terceros, sino fundamentalmente, que se planteen los problemas con claridad, que se presenten las disyuntivas con precisión y que se den los medios lógicos para solucionarlos. En una palabra, que se enseñe la manera de usar y aplicar en cada caso la deducción, la inducción o cualesquiera otro método científico; en ese sentido, es importante destacar, que de nada vale la simple mención de un sistema si no se lo aplica. Un ejemplo de lo más evidente, lo dan los problemas derivados de la interpretación jurídica, los cuales se complican aún más por el desconocimiento de cómo utilizar, sólo uno al menos, los numerosos métodos de interpretación que se han esbozado, aparte que de suyo el tema presenta carices que no siempre han sido tratados con el rigor necesario. Puede, sin temor, entenderse que lo que hace un jurista sea lo que es, está dado por su real condición de intérprete; si no sabe inter-

pretar un código o cualquier otro conjunto de normas, será un comentarista, acertado o no, que dará opiniones de política legislativa, pero no será un jurista.

De aquí la importancia de preparar a los investigadores del derecho antes que nada como juristas, pues, esta capacitación científica resultará mucho más provechosa, que la realización de pseudo monografías, como las exigidas sin ninguna orientación en nuestra Facultad. Si se quiere despertar la inquietud y la vocación por la ciencia, cosa muy difícil por otra parte, no se transforme tan noble anhelo en un requesito burocrático a cumplir por el estudiante como una rutina; no insistamos en promover la información enciclopédica sino la formación integral; hagamos de cada Instituto un centro real de investigación, alejado del enciclopedismo informativo, pero que tienda a capacitar nuestro futuro hombre de ciencia. Para ello, no queda otro camino que enseñar a investigar, pues recordemos, que conocer el manejo de una herramienta es la única manera de poder utilizarla.

Hasta aquí queda dicho todo lo atinente al aspecto substancial de los Institutos, pasamos a considerar los diversos elementos que se precisan para su correcto funcionamiento.

Montar adecuadamente un laboratorio de investigación, presupone siempre grandes erogaciones, a las que hay que sumar las provenientes del mantenimiento y las de su continuo desarrollo. Esa es la razón de que, algunos países, entre los que se destaca Alemania, hayan adoptado el sistema de Fundaciones privadas, lo que hace posible una gran solvencia económica, acorde con las exigencias del caso. En nuestro país, como los Institutos dependen administrativa y financieramente de la Facultad, se hace imposible la realización de trabajos provechosos por la carencia de elementos apropiados. De ahí que sería de gran utilidad otorgarles cierta autonomía en ese sentido, a fin de que dispongan de fondos para investigadores, bibliotecas y publicaciones, que de otra forma no pueden sostener. Éste es un primer enfoque pragmático, que lamentamos no poder ignorar; veamos ahora los demás elementos.

Todo Instituto estará integrado normalmente por: un material humano idóneo (investigadores y colaboradores); un material de trabajo apropiado (libros, revistas y referencias bibliográficas) y una organización formal interna.

Ya subrayamos más arriba, la importancia de una verdadera formación científica en el investigador, distinguiendo en esa oportunidad la investigación de la mera aprehensión de conocimientos. Volvemos sobre el punto para recalcar el equívoco en que caen nuestros Institutos al pretender investigar cuando en realidad sólo estudian, lo cual es una tergiversación lamentable,

porque en realidad uno es el presupuesto de la otra. Aclaremos, para no pintar un cuadro equivocado de la situación actual de estos organismos, que la de estudio vale sólo para unos pocos de ellos, pues la mayoría se hallan sumidos en una inoperancia total.

Surge con claridad entonces, que faltando el investigador no se puede investigar. La realidad en la Facultad, que nos ha llevado a hacer estas consideraciones, está por cierto, en ese sentido, lejos de cubrir las más mínimas exigencias. Sufrimos las consecuencias de un mal que ha llegado a ser endémico en el ámbito cultural de nuestro país: el enciclopedismo; en efecto, no es preciso ser muy hábil observador para descubrir en los profesores en general, salvadas honrosas y alentadoras excepciones, carencia manifiesta de idoneidad científica; su preparación se reduce a la mera suma de conocimientos, adquiridos en incontables lecturas. Mentes impotentes para resolver los problemas con rigor e incapaces de crear y descubrir nuevos planteamientos, para poder cumplir con la humana necesidad de trascendencia que tiene el hombre. He aquí la explicación del mito personificador del intelectual en nuestro país, que hace, que el hombre sin preparación y estudio se vea abrumado por la cantidad de datos que nuestros estudiosos poseen, fruto, no hay duda, de mucha dedicación y sacrificio, pero que al fin de cuentas no resultan útiles para progresar realmente.

Se debe, por lo tanto, integrar los institutos con investigadores que centralicen allí sus tareas, para evitar como a menudo ocurre actualmente, que el profesor trabaja e investiga por su cuenta desechando la labor de equipo. No cabe duda que corresponde a la Facultad, por su parte, arbitrar los medios para que la investigación se realice eficientemente y atraer de esa forma, un mayor interés hacia ella.

En otro plano de cosas, refiriéndonos ahora al material de trabajo adecuado, citaremos el ejemplo del Instituto Max Planck, en Alemania, dedicado al derecho Extranjero e Internacional, que posee una biblioteca de 90.000 volúmenes; destacamos así, la importancia que tiene una completa biblioteca en estos gabinetes de estudio. No se verá, por ende, facilitada la labor en los nuestros, desde que en su mayoría carecen de elementos tan indispensables, alcanzando la más completa, en el Instituto de Derecho Penal, solamente a 3.000 volúmenes. Otro punto digno de señalar es la atención que se le debe dispensar al trabajo de traducción, pues acontece con mucha frecuencia, que los libros de más imprescindible manejo están escritos en otro idioma.

Los ficheros son, a su vez, herramientas de continua consulta en un laboratorio jurídico; a ellos se debe acudir en auxilio cuando se esté desorientado sobre la bibliografía de algún

tema, por eso no se concibe un Instituto sin ficheros ordenados, prácticos y completos como se da en observar en la Facultad.

Por último, para redondear esta descripción que hemos hecho de los Institutos de investigación, queda por considerar lo que llamamos su estructura formal interna, vale decir, la organización, distribución y dirección de sus elementos. Como primera medida al respecto, deberá distinguirse con claridad cada actividad, organizando a tal fin, diversas secciones especializadas de acuerdo con la materia a estudiarse. También es saludable que respecto a la Dirección, estos organismos mantengan una continuidad en el criterio con que se ha enfocado la labor, para permitir, de esa manera, una obra provechosa; de ahí que aconsejemos una más larga duración en los cargos de las autoridades que los dirigen.

No podemos ocultar, por otra parte, que inútil sería pretender que marche normalmente un Instituto, si no comienzan por cumplir con las mínimas obligaciones de asistencia aquellos que los tienen a su cargo; de aquí lo beneficioso del sistema de investigadores *full time*, que con éxito se ha implantado en nuestro Instituto de Derecho Penal.

Debe señalarse al fin, la importancia de una simplificación en el funcionamiento administrativo de los Institutos, para no caer, de lo contrario, en una lenta y engorrosa burocracia, agudizada en nuestra casa de estudios por los trámites con las monografías obligatorias.

Concluimos, de este modo, la reseña de datos que más merecería resaltarse, sobre la organización, contenido y funcionamiento de un gabinete de investigación; seguramente han dejado de tenerse en cuenta algunos puntos, pero lo cierto es que lo más importante, a nuestro juicio, se ha dicho.

En todo momento, al hacer el análisis precedente, hemos tenido a la vista la realidad que se vive en la Facultad, pues, desde un comienzo vislumbramos la posibilidad de un cambio substancial en sus Institutos de Investigación; y si ahora, al finalizar, tenemos que llegar a una última conclusión, ella no puede ser otra, que aquellos organismos no han cumplido, ni cumplen, los suspicados fines con que fueron creados, por lo cual es imperiosa su reestructuración esencial.

ESTADÍSTICA DE EGRESADOS

(Años 1949-1958)

En los números 9 y 10/11 ofrecimos las estadísticas de exámenes y de cursos de promoción de los años 1957 y 1958. Tal como lo adelantáramos, continuamos aquí el acopio de datos que nos propusimos brindar.

Aunque mucho más breve, ésta que hoy publicamos es de inevitable consulta para quienes, ya desde la cátedra, ya desde la tribuna universitaria, se preocupan por los problemas de la Facultad.

L. V.

Años	Abogacía	Notariado	Procuración	Doctorado	Total
1949	241	82	118	9	450
1950	249	158	63	12	482
1951	170	29	19	34	242
1952	147	10	13	35	205
1953	184	12	12	30	238
1954	213	10	18	24	265
1955	188	17	33	14	252
1956	259	25	34	18	336
1957	277	39	45	37	398
1958	341	70	72	21	504

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: Guía Anual 1938. Departamento de Publicaciones, Buenos Aires.

Un nuevo fruto del esfuerzo desarrollado por el Departamento de Publicaciones de nuestra Facultad y de sus colaboradores, encabezados por su Director, Ignacio Winicki, es esta Guía que comentamos. Se encuentra incluida en el plan de publicaciones regulares que el mencionado organismo se propuso realizar. Su aparición, concretada en 1937, llenó la aspiración de informaciones periódicas que hasta entonces no se había encarado en nuestra Facultad. Su ausencia durante el año 1938, obedeció a motivos circunstanciales actualmente superados.

Dentro de una presentación que juzgamos magnífica, encontramos diversas notas de interés para el estudiante. Debemos cuidar que dentro de un continente hermoso no nos encontremos con un contenido pobre.

Le aseguramos que realmente "quienes ingresen y todas aquellas personas que directa o indirectamente están vinculadas a nuestra Casa, podrán utilizar estas páginas con igual provecho".

Noticias referentes a la Historia, las Carreras, Planes de Estudio, Organización y Cuerpo Docente, Organización Administrativa, Docencia Libre, Ingreso, Sistemas de Promoción, Institutos, Enseñanza Práctica, Habilitación de Títulos, Premios, Escuelas de Asistentes Sociales, Biblioteca, Departamento de Publicaciones, Extensión Universi-

itaria, Departamento de Educación Física; completado con un índice. Todo ello presentado casi fuerosamente e ilustrado con fotografías de la Facultad (se de lamentar que se trate de fotografías ya aparecidas en la Guía de 1937, en la que, por otra parte, estaban mejor distribuidas).

Noble esfuerzo de Publicaciones. Es de desear que se lo complete con algunas medidas. Es necesario mantener su continuidad (haciéndolo conocer a comienzos de cada año); debe tener un contenido ágil y vivo que pueda ser de gran utilidad para el estudiante que se inicia, y se encuentre de pronto en el marco frío de la Facultad. Asimismo debe proporcionar informaciones de interés para los otros dos claustros: profesores y egresados, para servir de vehículo a la integración de los tres. Es indispensable consultar a los interesados acerca del contenido de la Guía, así como mantener al día la información, evitando toda mención anacrónica. Queremos que la misma tenga vida y efectiva circulación entre profesores, egresados y alumnos.

Saludamos con beneplácito esta actividad y nos congratulamos en ponerle de manifiesto. Destacamos que la compilación informativa estuvo al cuidado de Fernando Barranco y Vedia.

L. V.

LIBROS Y REVISTAS

José M. Marius Urquijo: *Los proyectos españoles para reconquistar el Río de la Plata*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1958.

Reconforta el espíritu, encontrarse con obras que reivindiquen la verdadera investigación científica, en épocas en que la improvisación es frecuente y desahogada. La aparición de este nuevo trabajo de José M. Marius Urquijo, contribuye a hacer efectiva esa reivindicación, a la vez que llena un gran vacío en la Historia Hispano Rioplatense post-revolucionaria.

El tema, virgen todavía a la investigación histórica, en muchos de sus variados aspectos, no había merecido hasta ahora, un tratamiento integral tan completo como el realizado por el autor en la presente obra. En efecto, hecha la salvedad de los informados estudios de Roberto O. Frabeschi, Ricardo Cañete Bola y Diego Luis Molinari, sobre los conclamados reyes españoles al Río de la Plata, y del excelente trabajo de Juan F. de Lázaro, referido a la proyectada expedición de Cádiz, no encontramos, entre la bibliografía especializada, obra alguna que trate en particular-particular el tema. La originalidad es, pues, el principal mérito y la más destacada virtud del presente estudio, que de esa forma, se constituye en obligada fuente de consulta para ulteriores inquietudes.

El aporte más fecundo, en ese sentido, está dado en primer lugar, por la reconstrucción de la enredada trama de proyectos particulares que España consideró, en mayor o en menor medida, para reconquistar los dominios perdidos; y, en segundo término, por la forma clara y objetiva con que se han dado a conocer las alternativas de la gestión de Casa Florio, emba-

ador de la Corte en Río de Janeiro, empeñado en preparar el terreno a la frustrada expedición restauradora. Constituye, también, un valioso esfuerzo de la Corte en Río de Janeiro, empeñado en preparar el terreno a la frustrada expedición restauradora. Constituye, también, un valioso esfuerzo la recopilación de testimonios y opiniones, oficiales y particulares, que pintan el clima psicológico del Río de la Plata.

El libro enfoca tres aspectos fundamentales: la política gubernamental española; la situación del Río de la Plata, en especial la de la embajada en Río; y los proyectos particulares tendientes a la reconquista. Sirve de marco al relato histórico, la prosa sobria y elegante en que está escrita, carente de expresiones o giros rebuscados; a su vez, el hábil desarrollo de los hechos mantiene un interés difícil de lograr en exposiciones basadas, en su mayor parte, en documentos, resultando que lo que a menudo suele ser pesado y aburrido, aquí se muestra ágil y ameno. Asimismo, no se ven descuidadas las exigencias metodológicas, pues, gracias a una ajustada y objetiva interpretación de cada documento, logra el Autor trasladarse espiritualmente, al tiempo y al lugar de los acontecimientos; se obtiene, con ello, una mayor fuerza comunicativa de lo que se nos quiere transmitir.

Consideraremos ahora los diversos enfoques realizados en el libro. El primero de ellos, se refiere a la posición del gobierno ante la revolución americana. En ese sentido, destaca claramente que la concepción predominante en la Me-

trópico, era la vuelta de las colonias insurrectas a la protección de la Corona. Esta pretensión, apartada de las realidades de ultramar, señala el Autor, fué sostenida antes que nada por la terquedad de Fernando VII, que, de esa forma, "inmovilizó por más de una década la actitud española hacia América y fomentó artificialmente un semillero de planes imposibles o de medidas estériles..."

Observa Marlius Urquijo, que el firme propósito, imperante en la Península, de recuperar la hegemonía perdida, se debe a la adulencia reinante alrededor del Monarca que, con el objeto de alargarlo describale una situación insistente e imaginada. Valioso es, para tal fin, el acopio realizado por el Autor, de informes, declaraciones y manifiestos que, solicitados por las autoridades metropolitanas o presentados oficialmente, aseguraban el desaliento de los revolucionarios, la existencia de un fuerte partido españolista en América y, sobre todo, el firme deseo de la madre patria. Señalase, también, la existencia de voces disonantes que, por excepción informan objetivamente sobre lo que aconecía en ultramar; ejemplo de ello, son las memorias de Miguel Cabrera de Navarra, la de Valentín Ortigosa y el despacho de Francisco Magañón.

Para hacer posibles los planes o pretensiones de la Corte, se relata la política española en el sentido de buscar apoyo en otros estados: Portugal, Francia, Inglaterra y en general las potencias de la Santa Alianza, fueron dando un mentís a las esperanzas metropolitanas de lograr la ansiada ayuda.

El segundo aspecto enfocado por el Autor, es el de la gestión de Casa Flores, embajador en Río de Janeiro. Doblemente importante son las conclusiones a que aquí se llega, pues, además de la trascendencia que cobra lo realizado por el diplomático, se dan elementos y datos indispensables para un ulterior estudio biográfico.

En los largos cuatro años de labor, Casa Flores buscó con habilidad y empeño, preparar el ambiente ante la llegada de la expedición; para ello, utilizó, con la colaboración de su lugarteniente Feliciano del Río, de todos los recursos a su alcance en el arte del "espionaje, del soborno y la propaganda". Pero todas sus tentativas fueron vanas; Alvarez, Puryrradón, Artigas y José Miguel Carrera, uno a uno defraudaron las esperanzas de obtener apoyo entre los americanos.

También, se hace referencia, al partido Fernandista en Montevideo, el cual, por la situación estratégica de la Banda Oriental, constituyó el punto más destacado de la política de Casa Flores; entre los hechos más salientes apuntados, cabe destacar: la ayuda que en aquella ciudad se le dispensaba a los realistas provenientes de Buenos Aires o los que huían de las Bruzacas, y las luchas intestinas entre los mismos españoles, que, sumada la indiscreción del cabecilla Juan Jacinto de Vargas, originó la expulsión de los más importantes adeptos a Fernando, con lo cual se desvaneció la esperanza más firme del ministro español.

Acercada la revolución liberal de Riego, muestra Marlius Urquijo, como su habilidad y maquiavelismo político, le permitieron a Casa Flores "variar el rumbo y disponer sus velas para aprovechar, los nuevos vientos que soplaban desde Madrid". Para ello, el sagaz diplomático, dispuso difundir por el Río de la Plata el manifiesto de Fernando VII, en el cual "comunicaba a los habitantes de ultramar, haber jurado espontáneamente, la Constitución de Cádiz...". Por otro lado, no dejó la embajada en Río, de expandir la preponderancia del monarca, tratando, de este modo, "reconstruir el otrora poderosa partido españolista de la Banda Oriental". En tal sentido, relátase, en forma minuciosa, la liberación de los prisioneros orientales de las cárceles portuguesas, lo cual tendió por objeto ganarlos a la causa del rey, señalando el Autor aquí, con

acierto y agudeza, la paradójica situación de los americanos a quienes, a la vez que se los encarcelaba, se los buscaba y alagaba al juraban la Constitución liberal: era ofrecerles "la libertad personal para que olvidasen la libertad de su patria".

Pero, por más empeño que pusiera Casa Flores, en lograr la consecución de sus planes, estériles fueron todos sus esfuerzos, verdad esta reflejada por el Autor con expresivas palabras: "Su figura pasa por nuestra historia como una rueda que girando vertiginosamente en falso fuera incapaz de transmitir a parte alguna los efectos de su dinamismo".

Llegamos finalmente a la última parte del libro, la que considera los proyectos particulares de reconquista. Se estudian, aquí, veintidós proyectos, que poseen entre sí semejanzas y diferencias; los hay de los más variados aspectos, unos escritos por americanos, otros presentados por españoles; unos basados en el poderío militar de la Corona, otros seguros en que bastaría la organización de una empresa comercial; en fin, unos realizados con propósitos interesados y hasta canalésicos, otros bajo el impulso de restaurar la unidad de la patria.

La recopilación de estos proyectos, aparte de su valor como investigación histórica, da lugar a que el Autor esboce una pequeña nota biográfica de cada proyectista, sacando así del anonimato a numerosos personajes, virtuosos unos, pero ambiciosos, sin escrúpulos y de desvergonzada actitud, otros. Asimismo, se destaca la gran derrochación de la Secretaría de Estado,

respecto a la situación existente, y se muestra el alto grado de desorganización del gobierno metropolitano. Ejemplo de ello, es la duplicidad española, señalada por Maritxu Urquijo al comentar el granizo proyecto de Gravier del Valle, pues, a la vez que se envía a los comisionados regios a pactar con los criollos, se encomienda a del Valle tratar con los antirrevolucionarios para derrocar a los partidarios de la Independencia.

Por otra parte, aunque es cierto que poco y nada importaron esos proyectos, dado que, sea por su inaplicabilidad o sea por el interesado fin que contenían algunos, fracasaron o fueron desechados por la Corte, es también evidente, como lo apunta el Autor, que esta exuberante literatura contribuyó "a mantener vivo y en tensión el ideal recuperador...", añadiendo que "por el sólo hecho de presentarse, aunque no se llevasen a cabo, los proyectos daban a la Independencia un matiz de transitoriedad...".

Se cierra la edición, con las notas que se fueron citando a lo largo de todo el libro, las que, en número superior a trescientas, contienen innumerosísima documentación del Archivo General de Indias, del Archivo Histórico Nacional de Madrid y del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores de España, a más de copiosa bibliografía; constituyendo, finalmente, la última puntada del trabajo, un Índice Honomástico, que facilita la ubicación de cada uno de los personajes nombrados en la obra.

HUMBERTO QUIROGA LAVÉ

J. Y. CALVE: *El pensamiento de Carlos Marx*. Ed. Taurus, Madrid, 1958.

La revolución comunista, a diferencia de otras, como la de 1789, que manifiestan en forma expresa sus pretensiones filosóficas y sociales, se declara únicamente práctica, menospreciando, incluso, aquel tipo de postulados. Sin

embargo —y así lo hace notar Calvez—, sus efectos son quizás más universales que los de ninguna revolución filosófica o social en la historia.

Por ello, una problematización de los primeros principios del mar-

xismo se ha hecho imprescindible, y tanto los partidarios de Marx como sus adversarios han realizado ensayos en tal sentido.

No es de desear el hecho, ya señalado por Lefebvre, de que algunos de los trabajos más importantes sobre este tema pertenezcan a autores de inspiración cristiana. El que nos ocupa reúne características que le confieren un valor sobresaliente, y ha de resultar sin duda un extraordinario aporte para la comprensión del problema comunista.

Se expone con un máximo de objetividad el pensamiento de Marx en forma seria y documentada —la obra contiene una de las bibliografías más completas sobre la materia— y se lo critica desde un interesante punto de vista, intrateóricamente. Significamos con este último que el A., hilvanando los razonamientos según el método de Marx, en base a las premisas fundamentales de su sistema, y "en función del punto de partida de su intento", lo lleva a sus legítimas consecuencias y señala los aspectos en que no es coherente consigo mismo. Esta crítica puede, pues, oponerse al mismo Marx sin obligarlo a aceptar otros puntos de vista que no sean los suyos, ni imponerle "ideologías" que él ya ha denunciado como alienaciones.

El plan general de desarrollo de la obra coincide con la génesis y evolución del pensamiento de Marx en su propia vida. "Por una parte, la crítica de las alienaciones; por la otra, el proceso de rehabilitación del hombre mediante el movimiento comunista. Entre ambas, como en el centro de la vida de Marx, la toma de conciencia del propio método, de la forma de desarrollo, como unidad de la teoría y la praxis, o como praxis dialéctica".

Se critican sucesivamente, por lo tanto, las alienaciones religiosas y filosóficas —más bien "teológicas" o apariencias de fenómenos más profundos—; la alienación política, la social, y aquella de la cual

derivan las otras, la económica. Al comienzo de cada capítulo, se exponen sucintamente las tesis marxistas sobre la materia, que luego se desenvuelven. Al final, el A. señala las dificultades a su juicio existentes en el razonamiento, pero sin emitir juicio aún, desde que el propio Marx se remite a ulteriores fundamentos.

Luego se justifica esta regresión. Se expone el método, sus relaciones con los que lo han precedido e inspirado —especialmente Hegel y Feuerbach—, hasta llegar al núcleo del sistema: estructura de lo real, materialismo dialéctico, relación de objetivación; dialéctica de la historia, materialismo histórico, relación de alienación.

Hecho esto, Calvez encara la forma en que Marx suprime las alienaciones, y el efecto de esta supresión: eliminada la económica, necesariamente concluyen las demás; caen las trabas que impiden al hombre rehabilitarse en su ser genérico, y la historia llega a su fin, o, si se quiere, comienza verdaderamente.

Las leyes de desarrollo del régimen capitalista, que lleva en sí el germen de su propia destrucción, manifestándose en la baja tendencial del porcentaje de beneficio, en la producción de crisis periódicas más, y más graves, en la concentración de los capitales, y en la pauperización creciente de un número cada vez mayor de personas, lo llevarán a una ruina inevitable. Bastará en la revolución a los proletarios manifestar activamente la universal negación que sufren pasivamente para concluir de hecho con el antiguo régimen. Las medidas prácticas que deberán adoptarse consistirán en la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, y la instauración de la dictadura del proletariado.

Vendrá después el comunismo, sociedad perfecta donde se concilian todos los antagonismos y donde se realza la vida genérica del hombre, que ya no estará en lo sucesivo esclavizado de su ser indivi-

dual. En ella, el Estado Político queda suprimido, para ser identificado con la sociedad real; ésta ya no es un límite, fuera del cual la libertad podría expandirse; es ella misma la libre expansión, en todas direcciones, de los deseos del hombre.

Concluye la obra con una sección crítica de la cual se destacan dos capítulos que estimamos fundamentales.

Uno de ellos se refiere a las relaciones existentes entre la doctrina cristiana y el pensamiento de Marx. El A. destaca como casi todos los dogmas cristianos son rechazados expresamente en esa doctrina. Vaya a título de ejemplo la oposición —y la semejanza— existentes entre la misión redentora de Cristo, universalmente negado al morir en la Cruz siendo Dios hecho hombre, y la del proletario, también negado universalmente, como Marx nos lo ha descrito.

El otro contiene la crítica del A. al pensamiento de Marx. Partiendo de la apropiación primitiva, que éste atribuye a una violencia ocasional, inconsciente en cierto sentido, es decir, a un hecho ajeno al mecanismo de las fuerzas productivas —apropiación de la plusvalía, etc.— muestra la insuficiencia del materialismo histórico para explicar plenamente la alienación económica, y atribuye esta consecuencia a que la teoría del valor, expresión marxista más generalizada de los fundamentos de la vida económica, no contiene de antemano la teoría de la plusvalía. La supresión de una forma de apropiación de ésta sólo significa la supresión de una forma de alienación económica, pero no elimina las condiciones de posibilidad de su existencia, que puede alguna vez darse de hecho nuevamente por otras medidas — por ejemplo, por una deficiente planificación de los consumos.

Ello revela, afirma Calvez, la existencia en la filosofía económica de Marx de dos planos que no se recortan plenamente: una teoría general de las condiciones fun-

damentales de la vida económica del hombre, y una teoría particular del devenir histórico de un sistema económico determinado. "El primer tipo de dialéctica, que se nos manifiesta como fundamento universal de lo real, corresponde a la objetivación del hombre; el segundo tipo, vinculado aparentemente con el capitalismo, corresponde a la categoría de la alienación. Ambos planos son, en realidad, inconmunicables; se tropiezan con una discontinuidad en lo real que imposibilita ulteriores conclusiones acerca de la sociedad comunista, siendo ésta, como lo es, una determinación absoluta y ya definitivamente lograda. La única solución viable, entonces, es aceptar la primera forma de dialéctica, y Devaria hasta sus conclusiones lógicas que implican sin embargo, el abandono de la segunda".

Señala el A., con J. Hyppolite, que la raíz de estas dificultades está en la errónea relación que establece Marx entre objetivación y alienación; ella sólo lo conduce a una explicación dualista de la existencia, "frente a la cual el racionalismo hegeliano conservaría sus prerrogativas". Si la supresión de la alienación supone la de la objetivación ¿Cómo puede decirse que ésta última sea el fundamento de lo real?

Además, en el hecho mismo del fin de la alienación económica hay serias dificultades. La condición de ese proletario metafísicamente negado es en sí incomprensible. La muerte es la única universalidad negativa a la que el hombre pueda acceder de un modo puramente natural, y no se puede contar con seres muertos para realizar una revolución. Por lo demás, ni siquiera esta universalidad sería perfecta, desde que la naturaleza jamás nos sea más que un universal determinado y particular.

La clave de estas fallas, concluye Calvez, habrá que buscarla en la lógica de Marx, o sea, en la ciencia que debe ser el eje del socialismo científico. Hay en ella un postulado, o un "idealismo", por

paradójica que esta palabra pueda parecer aplicada a Marx, que es precisamente la afirmación de un naturalismo absoluto en el hombre, y de una determinación particular absoluta en lo dialéctico.

Lo Absoluto es inmanente a la historia, como lo pretendía Marx, sin dejar de ser superior, como él lo desconocía. La incoherencia aparente de esta afirmación desaparece si se considera que "la historia tiene una dimensión de la inmanencia, en la cual se revelan

las determinaciones sucesivas que ocurren con arreglo a leyes de conflicto y síntesis; pero que esta dimensión no puede ser real más que mediante otra dimensión que constituya la referencia a un Absoluto trascendente respecto de la historia, del cual se recibe ésta, y del cual se recibe la primera alteridad que pone en marcha su mecanismo".

PIERO DE ELEANO

Hosaco A. García Buzarec: *La interpretación de la ley tributaria*. Abellido-Perrot, Buenos Aires, 1966.

El autor de este trabajo, profesor asociado (recientemente confirmado al ocupar el segundo lugar, en el concurso de profesores asociados, detrás del Dr. Juan Carlos Loqui) de la cátedra de Finanzas y Derecho Financiero de esta Facultad, cuyo titular plenario es el Dr. Guillermo Abumada; profesor también en La Plata y presidente de la Asociación Argentina de Estudios del Derecho Fiscal, es un joven y talentoso estudioso de la materia y especialmente del Derecho Tributario, en el cual resume (compartiendo la opinión de Dino Jarach) todo el Derecho Financiero.

En septiembre de 1966 se realizaron en México, organizadas por la Universidad Autónoma de México y el Instituto Mexicano de Derecho Fiscal, las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (las primeras se celebraron en Montevideo en octubre de 1964). García Buzarec, también asistente a Montevideo, concurrió a ellas, representando a las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata y a la institución que preside. La delegación argentina se completó con Carlos Giuliani Ferragge, Juan Carlos Sorondo y Francisco Martínez.

En las Jornadas de México se plantearon tres problemas: el proceso contencioso tributario, la in-

terpretación de la ley tributaria y la codificación del derecho tributario. Para el segundo de estos temas, presentó el Autor, el trabajo que nos ocupa y que ahora ha sido editado por Abellido-Perrot para su colección de Monografías Jurídicas.

La importancia e interés del asunto los hemos podido constatar a través de la clase del Curso de Promoción sin Examen (primer semestre de 1969) en que se trató. Fue un debate magnífico entre el profesor y los veinticinco alumnos, demostrativa de la eficacia de estos cursos.

El A. manifiesta que el problema de la interpretación se ha abordado en relación con la ley tributaria por dos razones: 1) por considerarse que la norma tributaria es de naturaleza especial; 2) por la existencia de métodos generales y particulares cuya superioridad es discutida. Luego analiza brevemente (el trabajo tiene 77 páginas) las distintas interpretaciones: restrictiva, estricta o declarativa, lógica o extensiva; más adelante se refiere a dos métodos propios del derecho tributario (con ellos se procura investigar el fin perseguido por la ley, a través del análisis de la función que debe tener la norma, o del contenido de la naturaleza de las relaciones que regula): la interpretación funcio-

nal (Grisolli) y la interpretación económica. Ninguno de estos dos justifican una revolución en la hermenéutica jurídica, pues como todos tienen un idéntico fin: determinar qué quiso decir la ley.

Como conclusión, el A. señala que el problema consiste en determinar la aplicabilidad o no de los distintos métodos respecto de las normas tributarias, el orden de prioridad entre ellos, el correspondido, y el alcance y eficacia que atribuimos a los que consideramos aptos. La respuesta está dada en cinco puntos, de los cuales destacamos lo siguiente: todos los métodos son aptos para las normas jurídicas en general; la ley tributaria sustantiva y penal debe encuadrarse dentro de aquellas que merecen tratamiento especial (responden a una particular exigencia: *malum tributum et poena sine lege*); la ley tributaria debe interpretarse indagando su fin; la analogía no es admisible; el principio de legalidad y las garantías constitucionales son los límites infranqueables donde debe detenerse todo proceso interpretativo.

Mario A. Comasco: El problema del juez.

El texto de una conferencia pronunciada en la Municipalidad de Lobs en junio de 1957, forma el contenido de este apéndice, de interesante y amena lectura.

En él, su autor encara con habilidad varios asuntos, que los une bajo el rubro común de "El problema del juez". En efecto, la obra comienza con una reflexión sobre lo que podríamos llamar la visibilidad del juez en la esfera social. El político actúa cobrando notoriedad y cuando la alcanza, "dificilmente nos equivocamos pensando que se trata de un buen político". El juez, por el contrario, en sus constantes aplicar leyes a casos concretos, actúa silenciosamente. Es que juez y político, difieren fundamentalmen-

Recordamos aquí las recomendaciones votadas en México: 1) se afirma el principio de legalidad; 2) respetado éste, todos los métodos son aplicables; 3) exclusión de los criterios apriorísticos, tanto en favor del Fisco como del contribuyente; 4) las teorías de la "interpretación funcional" y de la "realidad económica" podrán aplicarse, cuando sea necesario, pero siempre con sujeción a los principios jurídicos que deben regir la interpretación.

Consideramos que García Belunze ha tratado este tema, de interés no sólo doctrinario sino práctico, pues es la función del intérprete la que da vida y realidad a la norma jurídica, con la claridad que le es habitual. Recomendamos su lectura. Asimismo agregamos que estamos esperando que el A. nos brinde un libro completo sobre la materia, de la que está tan desprovista la bibliografía nacional.

José Mirasol

Juan Abledo-Ferrás, Buenos Aires.

te; el primero sólo necesita convencer (y únicamente al vencido, de que la sentencia es justa), en cambio, al político no le basta "con operar sobre la inteligencia de sus conciudadanos... precisa ganar su elección."

Por eso dice el A. que cuando el público pone su atención en una forma más o menos constante en un juez, es presumible que "ese juez no se comporta como tal". Es que, la gente suele confundir "el buen hombre con el buen juez". Estas reflexiones traen inactivamente a nuestra memoria (aunque el A. no lo menciona) al juez Magnaud. Y cabe aquí una reflexión: ¿qué es un buen juez? La respuesta surge clara conforme a la opinión de Odeño que compartimos:

no. La humanidad de sus fallos recordados hasta la sociedad e incluso puestas como ejemplos, no hacen sino mostrarnos la bonhomía (valga el galicismo) de este juez, que sin embargo no cumplió su verdadera misión de tal, porque, ya cuántos valientes impuneados quedarían sujetos nuestros derechos, si proliferaran magistrados como éste? Tal vez pensando en estos mismos peligros, es que Díaz de Guájaro incluyera en el octavo mandamiento de su Decálogo de los Jueces: "No busques popularidad". (Enrique Díaz de Guájaro, *Jueces y Abogados*, en J. A., 1968-III; Sec. Doct.; pág. 91 y reproducción bajo el título de *Abogados y Jueces*, Ed. Perrot; 1969; pág. 58).

Inicia luego el autor un recorrido fugaz por la historia y su análisis se limita a seguir la forma cómo los pueblos han instituido al juez y cuáles eran las funciones que a éste competían. Son las páginas menos interesantes del opúsculo. Así presumimos debe haberle parecido al auditorio (recuérdese que es una conferencia) que no

era versado en derecho, y así nos resulta a nosotros, quienes podemos recurrir a otra obra del autor (*Lecciones de Derecho Procesal*) para conocer más acabadamente su opinión al respecto.

Lo que podríamos llamar tercera y última parte de la conferencia, está dedicada a dejar traslucir a través de algunas anécdotas, cuál es el problema del juez. Aquí tiene el autor oportunidad una vez más, sin proponérselo seguramente, de trasuntar su innegable vocación por la magistratura (que durante tantos años desempeñara). Decimos una vez más, porque habíamos ya recogido igual impresión a través de sus enseñanzas desde la cátedra.

En esa dualidad incontrovertible diríamos, que es el hombre juez, reside toda la cuestión. Que él trate de ser justo, que si lo consigue "habrá logrado una hazaña"; he aquí el camino para la solución de este delicado y diario problema.

CARLOS A. LACOMARINO

Mario Justo López: *La representación política*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

El Dr. Mario Justo López, desde hace algún tiempo viene entregando sucesivamente al alumnado, ciertos trabajos de verdadero interés, como el que acá reseñamos. Esta actividad es ciertamente laudable, pues en nuestro criterio, el profesor universitario no debe ceñirse a su clase o curso —como tampoco a tomar exámenes— sino que debe brindar al estudiantado ciertas complementos que son parte integral de la enseñanza, entre ellos libros y artículos de interés estudiantil.

El libro que Abeledo-Perrot presenta en una buena edición, clara y sin errores, —con rara actualidad— está como lo dice el mismo A. dedicado a los alumnos que cursan su materia: Derecho Político.

El libro tiene dos advertencias, una preliminar y otra final, en las cuales el A. expone los fines de su obra. La guía general que sigue el Dr. López nos parece más adecuada para la explicación, que la expuesta por el programa vigente de la citada materia de estudio. Comienza por la representación política y termina con la representación proporcional, pasando por los conceptos de mandato representativo y mandato imperativo, representación funcional y representación familiar; para cada uno de estos puntos el A. dedica un capítulo. Debemos señalar que los mencionados temas se desarrollan en una forma muy amena, podríamos decir que con la amabilidad de una clase; ahor bien, el alumno que recurra a este trabajo (74 págs.)

no espere encontrar ideas originales ni doctrinas nuevas sino que como el A. lo manifiesta, una exposición de teorías y definiciones —esta es una de las fallas; en ciertos momentos cuando se hacen imprescindibles faltan definiciones claras y concisas— con la aclaración de ciertos puntos que generalmente hemos encontrado dificultad en estudiar, ya sea por la poca bibliografía clara o por la abundante bibliografía intrascendente. Como capítulo aparte el Dr. López expone brevemente el con-

cepto de sufragio, cuando hubiera sido conveniente una extensión mayor dada la importancia del tema.

El libro finaliza con un apéndice muy útil, los antecedentes históricos de la representación popular, y tanto en él como en el desarrollo completo de la obra, el autor hace uso de una gran cantidad de notas que le quita agilidad, cuando esas citas bien podrían estar incorporadas al texto.

MARIO R. DE MARCO NAÓN

Roasco Pouso: *Ensayos de los intereses sociales*. Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1958.

En mayo de 1951 Roasco Pound publicó un ensayo titulado *A theory of social interests*, que reelaborado por el autor fue nuevamente publicado en 1963 por la *Harvard Law Review*. Sobre esta versión realiza el Centro de Derecho y Ciencias Sociales la publicación que nos ocupa. Su traducción, a cargo de Alberto Ciria, lo difundirá en nuestro país en la primera edición castellana de que nosotros tengamos noticia.

La mencionada institución estudiantil llena cumplidamente con su colección de Cuadernos*, la misión que se propuso de brindar "una útil y valiosa contribución al estudio de los temas jurídicos, sociales, políticos, económicos y universitarios". A través de sus diversas secciones nos ha hecho conocer valiosos trabajos de Francisco Aya la, Ernesto Krotoschin, Julio Chysnarte, Gregorio Sotter, Juan José

Sabrall y ahora Roasco Pound (Cuaderno N° 7).

En esta oportunidad se destaca la preocupación con que se ha tratado de presentar un trabajo claro y accesible al precederlo con una Introducción de un especialista en la materia: el Dr. Ambrosio L. Gioja. Sin esta introducción no sería fácil llegar a comprender al maestro norteamericano, sobre todo en esta oportunidad en que su exposición es una pieza separada del edificio integral de su teoría.

En breves palabras, Gioja nos conduce desde un planis general de la doctrina de Pound, a la ubicación de los intereses sociales dentro de ella y finalmente, en un intento de caracterizarlos, a sus reflexiones sobre esos objetos que Pound llamó "intereses sociales".

Los intereses sociales tienen correcta ubicación en los "ideales recibidos" por una sociedad o con-

* Si bien compartimos el pensamiento del autor de la nota con respecto a los méritos de estos Cuadernos, señalamos que el N° 8 (el siguiente al que aquí se comenta) reproduce, con autorización de los interesados, el artículo de Marco Aurelio Ricalde titulado *La metodología del Código Civil en materia de contrato*, publicado originalmente en *Lecturas y Ensayos*, N° 4/5, pág. 45; este detalle no aparece mencionado en dicha publicación del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, en ese entonces bajo la presidencia de Diego May Zubiría. Dejamos anotada la circunstancia.

(Nota del Consejo de Redacción).

junto de valoraciones que ella presenta. Dichos ideales recibidos forman parte junto con otras dos categorías, del conjunto de reglas que regulan la acción de los organismos judiciales y administrativos. Ambas, reglas y actividad judicial y administrativa, son parte del orden jurídico total, a las que cabe llamar también, derecho. Esta palabra tiene, pues, dos significaciones: una designa la totalidad del orden jurídico, otra, una parte de él.

El punto de partida de Pound es la idea de que el derecho es un ajuste de necesidades por satisfacer. Recoge la distinción sugerida por Ihering, de intereses individuales, intereses públicos e intereses sociales, definiendo a éstos como "las pretensiones, demandas o deseos comprendidos en la vida social de una sociedad civilizada, y mantenidos a título de esa vida". Pero las pretensiones o deseos de los individuos no tienen una utilidad rígida en alguna de estas categorías. Pueden ser considerados desde distintos puntos de vista. Cuando se trata de comparar unos con otros, es menester hacerlo en el mismo plano, preferiblemente en su forma más generalizada: la de intereses sociales. De tal modo los tradicionales intereses individuales pueden ser considerados, por ejemplo, como interés social en la seguridad general, co-

mo interés social en la vida individual, etc.

Se hace necesario entonces una clasificación de los intereses sociales, para la cual Pound ha de recurrir a la experiencia, rememrándose de ella a los principios generales. Tal experiencia se traduce en este artículo por un análisis de numerosas situaciones. La clasificación a que arriba se compone de: intereses sociales en la seguridad general, i.e. en la seguridad de las instituciones sociales, i.e. en la moral general, i.e. en la conservación de los recursos sociales, i.e. en el progreso general e i.e. en la vida individual.

El todo inserto puede ser considerado como interés social, estamos entonces en situación de decidir cuál es el de mayor valor, apreciándose en un mismo plano. Tal decisión no tiene carácter absoluto, sino que dicha valoración se acomoda a las situaciones de lugar y tiempo.

Si bien no podemos considerar este comentario como suficientemente ajustado a las posibilidades del artículo y de su autor, remitimos a mejor suerte: *La teoría de los intereses sociales en Roscoe Pound*, por Alberto Ciria, en este mismo número de *Lecturas y Esayos*.

LEANDRO VIVET

Luz Juárez en Asta: La universidad corporativa y sus problemas. Publicación, Nº 87 del Instituto Social de la Universidad del Litoral, Santa Fe, 1966.

En una de las excelentes publicaciones de la Universidad del Litoral, conocemos la conferencia que Jiménez de Asúa pronunciara al inaugurarse el Aula Alberdi de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales santafesina.

Los estudiantes sentimos un gran respeto por la figura del ilustre catedrático español, respeto acreditado en el reciente homenaje que, con motivo de cumplir setenta

años, le brindasen las agrupaciones estudiantiles de nuestra Facultad. Sin embargo, muchos de nosotros no compartimos en modo alguno su enfoque del problema universitario.

Por cierto hacemos nuestros sus juicios acerca de la universidad norteamericana o de los decanos y antisociales colegios ingleses. Pero salvo estos puntos de contacto y alguna innovación sobre la

que no abrimos juicio (los cuatrecientos propuestas por Buenos Aires, y en Buenos Aires implantados ya por ciertas facultades), disintimos en el resto. Y disintimos porque aquí se advierte un inexplicable sentimiento de desprecio y hasta de rencor hacia los jóvenes argentinos, hacia la *Reforma Universitaria* y hacia el país, más doloroso aún por venir de quién viene.

Apenas entra en materia, el estudio de "la presente crisis". Aquí manifiesta que "si hubiera habido una estructura cultural más sólida en la República Argentina y más vocación por el estudio, cuando tuvimos que marchar de la Universidad atropellada por la dictadura, se hubieran fundado "Institutos" varios fuera de ella, como muchos deseábamos."

¡Pero es que toda libre actividad intelectual fué perseguida! No que faltase vocación. Preguntemos sino qué destino corrieron la Universidad Democrática y Autónoma, el Colegio Libre de Estudios Superiores, el Instituto Libre de Segunda Enseñanza, el Instituto de Medicina Experimental, y otros. O vegetaron lánguidamente o fueron borrados del mapa. Atribuir ese eclipse a la débil estructura cultural argentina, permitiría acusar al propio Jiménez por no fundar ningún "Colegio Libre" en la España de Franco...

Con igual zafra enjuicia a la Reforma. "Supongamos —dice no muy convencido— que (sus postulados) fuesen en su hora sobremediana oportunos y necesarios... Lo que nadie podrá negar es que si bien logró destruir aquellos viejos estilos no ha logrado alumbrar otras formas universitarias". Esto es inexacto. Nos consta que antes de 1938 Jiménez de Asúa no habría podido enseñar en la Universidad argentina, que hizo imposible la vida a Nicolás y a otros otros espíritus. Sin embargo, ahora puede, y gracias a la acción de profesores y estudiantes reformistas, que en el Consejo Directivo casi impusieron su discutida contratación. Esto debe saberse, y Asúa no debería

olvidarlo, como tampoco que cuando fué desterrado de España en 1934, los consejeros estudiantiles de Derecho obtuvieron un voto de noble adhesión; y lo obtuvieron violentamente, frente al decano tímido y vacilante.

De ello surge que la Reforma ha logrado alumbrar formas nuevas; y si no ha conseguido el triunfo absoluto es por la constante obstrucción reaccionaria, que limita sus efectos. Tampoco los socialistas (Asúa confiesa serlo), "alumbraron formas nuevas" en España, si vamos al caso... Y ¡quién podría acusarlos?

Pero Jiménez de Asúa no se detiene aquí. Después de deslizar un garrote contra "el cubismo y la llamada pintura abstracta" (garrote que demuestra una incompreensión que debiera ocultar pudorosamente), arremete contra los estudiantes, a cuya falta de "actitud disciplinaria" imputa nuestros males más graves.

En primer término, y trayendo a colación un caso muy especial en que determinado pensador argentino negó —dice que arbitrariamente— ser discípulo de otro, generaliza que "aquí los jóvenes prefieren ser todo, autodidactos, improvisados, ignorantes, con tal que no se diga que son discípulos de otro." Suposición aventurada y ofensiva; porque además en el caso recordado, mediaban circunstancias personales y hasta políticas muy atendibles, y... porque una golondrina —o dos—, no hacen verano.

Pero fundamentalmente a Jiménez le irrita la "insistencia estudiantil" a clases. "¿Para qué quieren una Universidad maravillosa, con profesorado excelente, si no concurren a escuchar sus lecciones?"

Y nosotros preguntamos: ¿Cómo sabe que si el profesorado fuera excelente no concurrirían? ¿Y los cinco mil inscritos en cursos de promoción sin examen, que no tienen cabida, no desmenten aquella tesis? ¿Y si el sesenta por ciento de los alumnos no tuviera que tra-

bajar, y si las clases se dictaran en horarios cómodos... para los estudiantes, y no para los profesores que los fijan a capricho y no siempre los cumplen?

Es preciso esperar largamente al profesor impuntual, hacer "cola" en las oficinas burocráticas, sufrir la grosería y los errores de los empleados, para comprender ciertas "amargas verdades". Por ejemplo, que toda nuestra organización repose en una cabal falta de respeto al discípulo. ¡Si está basada en lo bohemio, en la tómbola, en el juego de la lotería! Se nutre, como hace años apuntara Decodoro Roca, en "respuestas oficiales a preguntas mucho más oficiales todavía. Se nutre de diálogos preconcebidos. Se nutre de premios y

castigos, hábitamente llamados estímulos."

¡Comprende esa frustración, esa esterilidad, el profesor Jiménez de Asúa? Así lo creemos; de lo contrario, no quedaría sino pensar que, efectiva y dolorosamente, "un europeo no es capaz de captar las necesidades de la Universidad argentina".

Y para concluir, un último aserto que subrayamos y no compartimos: "Los profesores son malos, claman los estudiantes. Acaso sea cierto, puesto que me incluyo entre ellos".

Decíamos que no lo compartimos. Y se nos ocurre que el propio Jiménez de Asúa tampoco...

HOMACIO J. SANCHEZETTI

García Doray: *Intercepciones de las comunicaciones telefónicas (Los cuadros de escucha). Estudio Comparado. Revista Internacional de Juristas, T. I, número 2, La Haya.*

Anuncia ya en el título el A. el contenido de este interesante artículo. Dividido en cuatro partes, la primera de ellas se refiere al Comité de Consejeros Privados que se constituyó en Gran Bretaña en 1907, con el objeto de examinar: a) cómo el Secretario de Estado ejercía la facultad de interceptar las comunicaciones telefónicas, en virtud de qué competencia, con qué objeto y fin se hizo; b) hacer las debidas recomendaciones con el objeto de determinar en qué ocasiones puede ejercerse ese poder, y cuándo los informes obtenidos por esos medios pueden ser utilizados y divulgados. El Comité llegó a la conclusión de que, salvo las personas autorizadas por el Secretario de Estado, los particulares sólo interferían comunicaciones con el correspondiente permiso. Agrega el A. que la aplicación de leyes existentes sobre cuadros de escucha ha planteado algunas dificultades, que han llevado inquietud a la opinión pública, dado que hay otros medios para interceptar co-

municaciones, como micrófonos, magnetófonos y emisoras de onda corta.

Al hacer referencia a la legislación comparada, señala que no obstante considerarse en el Estado de Nueva York, un crimen el conocer el contenido de un mensaje gracias a la complicidad de un empleado de teléfonos y telégrafos, jamás se llegó a considerar ilegal la práctica de interceptar comunicaciones con el objeto de descubrir un crimen, pese a no haber nunca autorizaciones oficiales para ello. En 1942 una ley estableció los requisitos para hacer efectiva la interrupción. Se debía presentar una demanda ante uno de los jueces de Condado o de un tribunal de general sessions. La misma debía ser hecha por un procurador de distrito o procurador general o por un oficial de policía de alguna categoría. Además se debía: a) jurar que existían razones para creer que la prueba del crimen podía ser obtenida de ese modo; b) indicar el número de la li-

nea telefónica y designar las personas cuyas comunicaciones debían ser interceptadas. El juez podía exigir pruebas y el permiso no podía ser superior a seis meses. El mismo Estado de Nueva York prohibió la interceptación por los particulares y en 1948 calificó como delito el simple hecho de hallarse en posesión "de un medio, de un procedimiento, de una máquina o de un aparato destinado o habitualmente utilizado para interceptar las comunicaciones telefónicas".

Una serie de casos resonantes, llevados a la justicia, impusieron la creación de un comité Legislativo Mixto del Estado de Nueva York. Las investigaciones pusieron de manifiesto que gran cantidad de particulares habían instalado aparatos para interceptar comunicaciones, llegando a utilizarse las informaciones así obtenidas para chantaje. Había particulares que hacían una industria de tal actividad. En cuanto a su utilización por los funcionarios públicos se comprobó que no se había requerido la autorización judicial, y en otros, los jueces la habían otorgado con demasiada ligereza. Dicho comité recomendó adoptar las siguientes medidas: a) que toda interceptación no autorizada debía considerarse delito; b) ese recurso debía ser utilizado cuando hubiese autorización del tribunal; c) no se debía permitir el aporte de pruebas obtenidas ilegalmente.

Seguidamente el A. pasa somera revista a las legislaciones de Italia, Austria, Alemania Occidental y Dinamarca. En este último país, la medida comentada puede utilizarse cuando se trate de delitos que merezcan pena superior a los ocho años de prisión, tales como traición, espionaje, delitos contra la seguridad del Estado, etc. No estaban incluidos el robo y el asesinato. En Suecia la interceptación no puede tener una duración supe-

rior a una semana. Lo mismo que en Dinamarca, la medida puede adoptarse sin permiso judicial, sólo en casos excepcionales, debiendo rechazarse inmediata autorización al funcionario competente. Luego se analizan algunos aspectos tangenciales del problema en Suiza y Francia.

En la parte final del trabajo el A. analiza las conclusiones del Informe del Comité de Consejeros Privados del Reino Unido. Las mismas son calificadas de "no muy convincentes". No se discute en Inglaterra la facultad de interceptar las comunicaciones telefónicas; pero lo que a juicio de Doherty es grave, y al nuestro también, es la conclusión de que "el Poder Ejecutivo no debería en modo alguno estar limitado por los tribunales". A esta conclusión se llegó luego de examinar los casos y cantidad de veces que el Poder Ejecutivo hacía uso de esa facultad. Siguiendo con esa postura, el Comité llegó a la conclusión de que la mejor garantía para los derechos individuales residía "en última instancia en la responsabilidad del Secretario de Estado". No se estudió el problema de la admisibilidad de la prueba, dado que en Inglaterra el juez puede rechazar aquellas que perjudiquen injustamente al acusado. El Comité aconsejó, con el objeto de calmar la inquietud de la opinión pública, la publicación de las estadísticas de las interferencias realizadas.

La conclusión final del A. señala la necesidad de tener muy en cuenta las legislaciones de los países Escandinavos y del Estado de Nueva York, con el fin de asegurar las garantías individuales y evitar posibles excesos. En resumen, podemos recomendar la lectura íntegra de este artículo, como del total de esta serie, enjuiciosa e informada revista.

OSCAR H. PÉREZ

El autor, profesor en la Universidad de Chicago, examina en este artículo la constitución de los E.E.U.U. y los motivos que la han hecho una constitución viviente, o sea, durable, adaptable a la evolución de la situación política y radizada en los sentimientos populares. Comienza el A. por analizar la historia de dicha constitución y cree que el texto constitucional no fué el fruto de razonamientos lógicos, sino el resultado de un compromiso político. Manifiesta además, que, esa, entonces, —los, homo—, breves más criticados en esa época— no la consideraron como un documento modelo, ni tampoco el texto satisfizo a todos ellos, sino que trataron de elaborar una constitución esencialmente práctica que fuera posible adoptar en ese momento y modificar luego, y es esa una de las razones que llevaron a los congresales de los trece estados a votar en su favor.

Kerwin señala repetidas veces el hecho de que esta constitución es ante todo práctica, y aclara que el documento que fué presentado en su forma final al Congreso, aunque procaico, era práctico. Al trazar un paralelo entre la Constitución norteamericana y las francesas promulgadas durante y después de la Revolución Francesa —documentos preparados con el máximo respeto por la razón y por la lógica— considera que los constitucionalistas americanos fueron superiores a sus colegas franceses pues demostraron poseer un sentido práctico que, según Aristóteles, debe ser la base de toda política. Por todo esto el texto dejó a la sombra algunas cuestiones, como por ejemplo la del alcance de sus normas, que nos permite ver —sobre todo a través de la doctrina de los poderes implícitos— la adaptación de la constitución a una sociedad en continua transformación. Este carácter requiere sin embargo la capacidad de comprender los límites

y las posibilidades de un texto no fíctil. Por lo tanto se llega a la conclusión que, el feliz resultado de la constitución norteamericana va unido también a la madurez de la sociedad americana que mostró tener sabiduría política y saber mantener —también en los tiempos presentes favorables a una centralización política— un justo equilibrio entre los poderes locales y el poder central. Este es otro de los grandes factores que han hecho de la Carta Constitucional norteamericana una constitución, notable, si el pueblo no la hubiera comprendido, no sería hoy el más antiguo acto escrito que gobierna los destinos de un pueblo libre después de 148 años. Ella no se ha manifestado fija e invariable sino que se ha ido transformando poco a poco, especialmente en los momentos difíciles por la interpretación de las Cortes, por la nueva legislación y por la extensión del poder ejecutivo.

En cuanto al hecho que los poderes centrales tienden a un mayor campo de acción el A. considera al mismo como un fenómeno mundial de estos últimos 75 años, y observa que en los E.E.U.U. los problemas militares, diplomáticos y económicos presentes y futuros, requieren más que muchos países un ejecutivo verdaderamente eficiente. Citando la frase de Edward Corwin dice: "La presidencia en cualquier momento es aquella cosa que depende en medida considerable de la persona del presidente" y trata de mostrarnos que si bien en los E.E.U.U. han habido muchos presidentes verdaderamente mediocres y también grandes hombres, se puede establecer sin embargo un común denominador: todos ellos han sido respetuosos de la Constitución y fíeles servidores de ella. El A. considera a los norteamericanos como verdaderos herederos de sus antecesores ingleses de la tradicional doctrina de la

"inevitabilidad de una evolución gradual en cuestiones políticas" y dice que dicha doctrina está muy arraigada en la constitución y es por eso que una de las virtudes más grandes que atribuye a la misma es el de ser adaptable a las diversas circunstancias políticas que atraviesa su país.

Profundamente convencido de ello menciona un párrafo de Tocqueville: "En el examen de la constitución de los E.E.U.U. que es la más perfecta constitución federal que existe (escribe en 1830) es sorprendente la variedad de nociones y de capacidad de discernimiento necesarios para el pueblo que esta constitución debe regir. El gobierno de la Unión depende casi íntegramente de ficciones legales; la

Unión es una nación ideal que existe, por así decirlo, en el pensamiento, cuyos límites y extensiones pueden ser sólo comprendidas por el intelecto".

Al finalizar su ensayo, Kerwin expresa su confianza en la constitución y espera que ella pueda hacer frente a los graves problemas presentes y futuros.

Por otra parte consideramos que es oportuno al terminar esta reseña citar la frase que al respecto expresó Woodrow Wilson: "La constitución de los Estados Unidos no es simplemente un documento evocativo sino un vehículo de vida y en su espíritu se va siempre el espíritu del tiempo presente".

MARIO R. DE MARCO NAÓN

CARLOS M. BORDAIN y CARLOS A. GARRIS: *La enseñanza y la práctica del derecho en los E.E.U.U.* Publicación del Servicio Informativo de los Estados Unidos de América, Buenos Aires, 1959.

Una nueva publicación sobre la enseñanza del derecho en el norte de nuestro continente. El tema, interesante, no lo negamos, ha sido uno de los preferidos por los autores en los últimos tiempos. Lecciones y Ensayos, no pudiendo permanecer ajena a esta inquietud, dió cabida a una de sus manifestaciones. (Ver en el N° 15/11, el artículo de Marcelo Montserrat y Ricardo Monner Sans titulado *El estudio del derecho en la Universidad de Harvard, con especial referencia al derecho público*).

Esta obra que se agrega a la serie, es quizás digna de atención especial, por estar redactada en un estilo novedoso; sus autores la substituyen. Sesenta preguntas y respuestas sobre el tema.

Dividen su trabajo en tres partes. La primera dedicada a un aná-

lisis somero del *common law* (indispensable para comprender el resto); luego se refieren a la enseñanza del derecho (el tema trillado); finalmente, en la tercera, encontramos algo distinto: la habilitación en el ejercicio de la abogacía.

Bien presentada, con un índice temático de utilidad, se complementa con una buena bibliografía. En suma, un trabajo sin mayores pretensiones pero que llena su finalidad: divulgar. El mayor mérito es lo asignamos a su estilo claro y conciso y al mencionado sistema de preguntas. Claro está que siempre falta la pregunta que quisiera hacer el lector...

L. V.

1

Este volumen se terminó de imprimir
el día 8 de Octubre de 1969 en los
Establecimientos Gráficos E.O.L.H.,
Callejón N° 5565 — Buenos Aires.

**Dirección y Administración: DEPARTAMENTO
DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2263
BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

Precio del ejemplar \$ 15.—