

lecciones Y ENSAYOS

34

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

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

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

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

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

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

(LECCIONES Y ENSAYOS, Nº 1)

Ignacio Winkler

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. ROBERTO DURAZO

SECRETARIO GENERAL

DR. FRANCISCO A. DE LA VEGA

LECCIONES Y ENSAYOS

1967

Nº 34

INDICE

ESTUDIOS

CLEMENTE A. DIAZ: Las formas de manifestaciones del Derecho Procesal: La jurisprudencia	7
JUAN CARLOS MALAGARRIGA: Sobre la conveniencia de incorporar a nuestra legislación positiva regulaciones sobre los contratos bancarios de apertura de crédito y descuento	37
RICARDO J. VALENZUELA BELTRAN: El Poder Judicial de la Constitución de 1826	46
WALDO LUIS VILLAPANDO: Consecuencias político-sociales de la Reforma Protestante	65

ENSAYOS

ALBERTO CARLOS D'ALESSANDRO: Problemas económicos africanos	97
ELISA DÍAZ DE VIVAR: Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación	121
ANIBAL QUINTEROS MARENCO: La Constitución Italiana de 1947	139
CARLOS ERNESTO URE: Derecho Laboral Marítimo: El trabajo de los marinos	149

ESCRITOS JUDICIALES

HORACIO N. GARCIA MELE: Escrituras (Algunas nociones de práctica notarial)	168
--	-----

UNIVERSITARIAS

IGNACIO WENZKY: A propósito de un plan de estudios de Derecho	176
---	-----

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: ANEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ALBERTO MANUEL GARCIA, MARTHA GOURDY, FRANCISCA ANA SIQUIER VIDAL	197
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Winikoff

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Directora: Elisa Díaz de Vivar

Subdirectora: Felisa R. de Giralt

Secretario de Redacción:

Carlos A. Franzetti

Secretarios Adjuntos: María Esther Guaglianone y Jorge

Eduardo Bustamante

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

Secretario Coordinador: Mario R. De Marco Naón.

ESTUDIOS

LAS FORMAS DE MANIFESTACIONES DEL DERECHO PROCESAL. LA JURISPRUDENCIA *

CLEMENTE A. DÍAZ

Profesor adjunto de Derecho Procesal I

1. El concepto de *Jurisprudencia* es multívoco;¹ etimológica e históricamente designó la opinión de los autores,² pero paulatinamente se la ha transformado en la opinión de los tribunales a través de sus decisiones judiciales. Como fuente-manifestación del Derecho y en especial, del Derecho Procesal, la acepción más aceptable es la que considera la jurisprudencia como la reiterada y habitual concordancia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado sobre situaciones jurídicas idénticas o análogas.³

* En Revista Jurídica de Buenos Aires, N° II/56, se publicó las dos primeras partes de este trabajo.

¹ COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", B. Aires, a/f., p. 180; LUDER, "Concepto, función y técnica de la jurisprudencia", en La Ley, t. 37, p. 901, señalan las variadísimas acepciones del vocablo.

² Cf. ARANGIO RUIZ, "Historia del derecho romano", (trad. Pelsmaeker e Ibañez), Madrid, 1943, p. 151; v. YMAZ, "Meditación sobre la jurisprudencia", en La Ley, t. 98, p. 354. La frase de ULPIANO (Digesto, "De iustitia et iure") *iurisprudentia est ditiorum atque bonorum rerum notitia, iusti atque sancti scientia ac revere auctoritas*, opinión de los juristas, más que a los fallos de los tribunales, los cuales encuentran su antecedente histórico en el *edictum perpetuum*, v. ARANGIO RUIZ, op. cit., p. 187.

³ Cf. APTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", en La Ley, t. 81, p. 788; CARLOS, "Introducción al estudio del derecho procesal", B. Aires, 1959, p. 77; PALACIO, "Manual de derecho procesal civil", B. Aires, 1963, t. I, p. 44, señalan acertadamente la reiteración y la concordancia como elemento fundamental de la definición. La definición construida desde otro punto de vista, v. gr.: "interpretación y aplicación del derecho por los órganos jurisdiccionales del Estado" (LUDER, op. cit., La Ley, t. 37, p. 901) define el llamado "derecho de los jueces" (también, "derecho judicial", del *Gerichtsberechtigt*) como el conjunto de la doctrina legal contenida en las decisiones de los tribunales.

Se polemiza aún sobre si la jurisprudencia es o no fuente-manifestación del Derecho; ⁴ la posición racionalista afirma que la jurisprudencia no es fuente de derecho; ⁵ una variante racionalista sostiene que se trata de una fuente subsidiaria, ⁶ domina empero la opinión que sostiene que la jurisprudencia es fuente de producción dogmática del derecho procesal. ⁷ Es innegable que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho procesal y como tal contribuye al proceso de formación jurídica en tanto a ella se acude para objetivar el sentido jurídico de un fenómeno procesal. ⁸

El presupuesto estructural de la jurisprudencia consiste en una jerarquía jurisdiccional encargada de mantener el sentido constante y uniforme de las decisiones judiciales. Este presupuesto puede ser interpretado desde distintos puntos de vista:

a) Para algunos, especialmente en los países dotados de tribunales superiores con funciones casatorias, solamente es jurisprudencia la emanada del tribunal superior; ⁹

⁴ COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 171; ARA-GONESSES, "Proceso y derecho procesal", Madrid, 1960, p. 243.

⁵ Niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho procesal: PRIETO CASTRO, "Derecho procesal civil", Madrid, 1944, p. 26; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUÉMADA, "Derecho procesal", Madrid, 1951, t. I, p. 37; CLARIA OLMEDO, "Tratado de derecho procesal penal", B. Aires, 1960, t. I, p. 194, etc.

⁶ GUASP, "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil", Madrid 1948, t. I, p. 48; DE PINA y CASTILLO LARRASAGA, "Instituciones de derecho procesal civil", México, 1948, p. 13; ALSINA, "Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial", 1^a ed. B. Aires, 1941, t. I, p. 181; id. 2^a ed., B. Aires, 1956, t. I, p. 261; CARLOS, "Introducción", cit., p. 78; etc.

⁷ Ver KELSEN, "Teoría general del derecho y del Estado" (trad. García Maynez), México, 1950, p. 141; RECASENS SICHES, "Vida Humana, sociedad y derecho", México, 1943, p. 282; ARAGONESSE, op. cit., p. 357, formula una distinción entre el punto de vista estático en el cual la jurisprudencia no puede ser fuente de creación de normas jurídicas, y el punto de vista dinámico en el cual la jurisprudencia es la fuente principal de creación de normas jurídicas; DE LA PLAZA, "Derecho procesal civil español", Madrid, 1945, t. I, p. 42, deja en cambio a salvo lo relativo a la creación de derecho objetivo. FODDETTI, "Tratado de la competencia", B. Aires, 1954, p. 108, y PALACIO, Manual cit., t. I, p. 45, distinguen entre "jurisprudencia obligatoria" y "jurisprudencia no obligatoria".

⁸ Cf. APTALION, GARCIA OLANO, VILANOVA, "Introducción al derecho", 6^a ed., B. Aires, 1960, p. 339. COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 183, aclara estos conceptos, preguntándose: "¿Qué es lo que la jurisprudencia da a la decisión del juez?... Lo que el juez busca allí es objetividad..." La posición de COSSIO es sumamente interesante; para él, la jurisprudencia no es fuente de derecho ni es norma: es un hecho axiológico (p. cit., p. 181).

⁹ Esta tesis tiene amparo normativo en las legislaciones que admiten el recurso de inaplicabilidad de la ley o de la "doctrina legal"

b) Para otros, conviene distinguir entre "jurisprudencia" y "usos forenses";¹⁰ solamente es "jurisprudencia" la actividad decisoria material y sería uso forense la decisión o el conjunto de decisiones del tribunal referentes a las cuestiones procesales;¹¹

c) Las anteriores distinciones, sin embargo, no corresponden a la sistemática del derecho procesal argentino, en el cual, debido a la pluralidad de ordenamientos jurisdiccionales, el presupuesto de la jerarquía jurisdiccional, solamente implica la influencia de algunas sentencias judiciales sobre otras.¹²

2. La problemática de la jurisprudencia se condensa en torno al estudio de la función de la jurisprudencia, del valor de la jurisprudencia y de la técnica de la jurisprudencia.¹³

3. A) *Función de la jurisprudencia.* La jurisprudencia tiene una función integradora del ordenamiento jurídico¹⁴ y en este sentido, continúa la obra del legislador adecuando e individualizando el mandato contenido en la norma jurídica, mediante un proceso de subsunción que requiere una actividad específica para explicar, para suplir o para renovar; de ahí que se hable de la jurisprudencia explicativa, la jurisprudencia supletoria o la jurisprudencia renovadora, incluso de la jurisprudencia deformante, especímenes que solamente son la consecuencia de un fenómeno

(v. gr., art. 321 CPC., B. Aires); cf. GUASP, Comentarios cit., p. 47; DE LA PLAZA, "La casación civil", Madrid, 1944, p. 197; PRIETO CASTRO, "Derecho procesal civil", cit., p. 23; ARAGONESSES, "Proceso y derecho procesal", cit., p. 343, alude a la llamada "pequeña jurisprudencia", emanada de tribunales que carecen de funciones casatorias; v. también ALCALA ZAMORA y CASTILLO, "Ensayo de diferenciación entre la jurisprudencia y los usos forenses", en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1934, p. 260.

¹⁰ Sobre el particular, v. ALCALA ZAMORA y CASTILLO, "Ensayo de diferenciación...", cit. en Estudios, cit. p. 263 y agtes.; id. "Derecho consubordinario y función judicial", en Estudios cit., p. 477; etc.

¹¹ Esta opinión es sostenida por BOLDIANO, cit. por ALCALA ZAMORA, "Ensayo de diferenciación", cit. en Estudios, cit. p. 279; su fundamentación reside en la distinción entre la actividad de decisión y la actividad de dirección, la primera de carácter material, la segunda de carácter procesal. Aunque ALCALA ZAMORA critica con acierto esta distinción, hay que reconocer que encuentra poco legal cuando sistemáticamente los tribunales superiores se niegan a admitir el recurso fundado en violación de disposiciones procesales.

¹² Ver COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 168.

¹³ LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 901 y agtes., se refiere al "concepto, función y técnica de la jurisprudencia"; v. también su estudio "El valor de la jurisprudencia", en La Ley, t. 40, p. 69.

¹⁴ LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 903; BIELSA, "Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia", en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Rosario, Agosto 1942, p. 307, id. "La abogacía", B. Aires, 1945, p. 324.

no intelectual de mayor envergadura y que se enuncia en el conflicto entre *jurisprudencia interpretativa* y *jurisprudencia creadora*.¹⁸

Esta contraposición profundiza la cuestión hacia cuál es la función de la *jurisprudencia*: O, conservando el primado dogmático de la norma jurídica, se limita la función de la *jurisprudencia* a la interpretación, O, revolucionando la ingénita desconfianza del legislador liberal, se posibilita que la actividad decisoria judicial adquiera la vigencia de la norma jurídica. La decisión no es fácil ni sencilla, pues cualquiera sea la solución, no está exenta de peligrosas e inadvertidas proyecciones hacia campos no precisamente jurídicos; por otra parte, el problema resulta complicado porque, en el segundo supuesto, ya se puede hablar de la *jurisprudencia* como *fuentes-creación* de derecho.

a) *La jurisprudencia siempre es interpretativa*, dicen los partidarios del sistema liberal emanado del absolutismo legal del siglo XVIII. Herederos de los despojos de una derrocada monarquía de derecho divino, traspasaron su adoración mítica del rey hacia el pueblo soberano y de éste, a la ley;¹⁹ pero, frente al hecho concreto del fracaso práctico del *caralismo* legal, se vieron precisados a reconocer la posibilidad de la interpretación judicial de la norma jurídica, pero nada más que interpretación: "El juez debe siempre resolver según la Ley; nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la Ley" (art. 59 del CPC): *dura lex, sed lex*, frase en la cual se ha sintetizado la ingénita desconfianza del legislador hacia el juez.

¹⁸ Ver JIMENEZ DE ASUA, "La jurisprudencia no puede ser fuente del derecho para la escuela vienesa", en *La Ley*, t. 59, sec. 302, p. 188; ESMERIN, "La jurisprudencia y la ley", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, N.º 1, 1932, p. 17; y autores cit. infra.

¹⁹ No coincide con el texto REICHEL, "La ley y la sentencia" (trad. Milena Villagrass), Madrid, 1931, p. 5, aludiendo al absolutismo de la moderna ley constitucional: "Pero este absolutismo legal de los últimos decenios tiene tan poca relación con el monárquico, que más bien como fundamento del primero, nos ofrece una rotunda negación del último. El sistema de la omnipotencia legal es descendiente directo de aquél movimiento que se utilizó como defensa contra el absolutismo monárquico y le cavó la sepultura: el liberalismo constitucional. Pero sus últimas raíces ideales las encuentra este sistema ya en la filosofía política del siglo XVIII, especialmente en la teoría de la división de los poderes de Montesquieu". REICHEL no ha expresado con suficiente claridad su pensamiento: es indudable que el núcleo de ideas expresadas en la Revolución Francesa tiene su origen en una posición combativa y polémica del humanismo dieciochesco (Voltaire, Rousseau, Turgot, D'Alembert, etc.), pero la Revolución Francesa erige el primado dogmático de la ley, el absolutismo legal como sustitutivo del absolutismo monárquico.

²⁰ Son precisas y categóricas las palabras de MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes" (trad. Estevarez), París, 1926, p. 227: "Pero si

Este planteo originario ha sido superado por los juristas del constitucionalismo que, fundados en el dogma de la división de los poderes del Estado crean un sistema idealmente hermético donde cada poder tiene una esfera absolutamente delimitada de actividad, sin posibilidades de confusión: el Poder legislador hace la ley, el Poder jurisdiccional aplica la ley;¹⁸ cualquier tentativa de éste para inmiscuirse en la labor de aquél, constituiría un abuso de poder y conservando la prohibición axiológica del cit. art. 59 CPC., CF., le agregan el inexplicable "se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen", pues "sólo al poder legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos" (arts. III y IV, Tit. preliminar C. de Comercio), que se define como la autodefensa del Poder Legislativo contra el avance del Poder Jurisdiccional.

b) Es mucho lo que la posición tradicional en su apego por las fórmulas consagradas deja sin explicar. La división de los poderes del Estado es un lugar común constitucional que ha sido

los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley". FORTALEZ, en el Discurso preliminar", escribía: "Es preciso que el legislador vigile la jurisprudencia; ésta puede dar luz a aquél, que, a su vez, podrá corregirla; pero hay necesidad de una jurisprudencia. En esta inmensidad de asuntos diversos que componen las materias civiles, y cuyas sentencias en la mayor parte de los casos consisten más que en la aplicación de un texto preciso, en la combinación de muchos, los cuales conducen a la decisión, más no la contienen, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. A la jurisprudencia abandonamos los casos raras y extraordinarios que no pueden incluirse en el plan de una legislación razonable, los detalles harto variables y discutibles que no deben ocupar al legislador, y todos los asuntos que inútilmente pretendería prever o que una imprudente previsión no podría definir sin peligro. A la experiencia corresponde colmar los vacíos que dejamos..." (apud CERV, "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", 2ª ed., Madrid, 1923, p. 97).

¹⁸ COVIELLO, "Doctrina general del derecho civil" (trad. Tena), México, 1938, p. 33, sintetiza eficazmente esta corriente jurídica: Dado el principio de derecho público de la división de los poderes, la función del poder judicial no puede confundirse con la del poder legislativo; si éste crea las normas jurídicas, el otro está llamado únicamente a aplicarlas. Así es que toda decisión tiene eficacia para cada relación concreta y singular y no puede, en consecuencia, por mucho que se repita, adquirir carácter de norma general, capaz de regular la relación típica, abstractamente considerada... Basta pensar en los mismos límites que el legislador le ha señalado al intérprete: basta recordar el principio fundamental de nuestro derecho público o sea la división de poderes, para quedar convencido que el poder judicial no puede considerarse como el órgano de la conciencia jurídica social ni su obra como una verdadera fuente de derecho"; cf. DE RUGGIERO, "Instituciones de derecho civil" (trad. Serrano Sañer y Santa Cruz Tejeira), Madrid, S/A., t. I, p. 79; LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 808).

desplazado por el concepto científico de *división de funciones* como medio de explicar los actos de un Poder que tienen hipótesis de otro, v. gr. la actividad reglamentaria (normativa) del Poder administrador, la actividad judicial del Poder Legislativo, la actividad administrativa del Poder Judicial.

Pero el embate crítico ha estado a cargo de la justificación, que partiendo de una premisa funcional, ve en los llamados "poderes del Estado", momentos, etapas o estadios de un proceso de integración del ordenamiento jurídico,¹⁸ en los cuales la misión del legislador, cuando emite un mandato abstracto y general, es continuada por el juez cuando concreta e individualiza el mandato,¹⁹ previniendo que esta concreción e individualización es algo más que una mera aplicación en cuanto es la *manifestación de un momento dinámico en la formación del orden jurídico, y por lo tanto, crea Derecho*.

c) La doctrina tradicional por no admitir otro mandato que el del legislador, desemboca en el concepto, tal vez infecundo, de *jurisprudencia-opinión*, que si bien resuelve simplícticamente el problema de las funciones del legislador y del juez, no alcanza a

¹⁸ LEGAZ LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Barcelona, 1953, p. 432; id. KELSEN, Barcelona, 1933, p. 127.

¹⁹ Concebido el orden jurídico en la forma geométrica de una pirámide cuya cúspide está representada por la primera Constitución, se presupone la existencia de una gradación normativa, en la cual el orden de la grada inferior es instrumental respecto al orden de la grada superior, pero hasta cierto punto intencionalmente indeterminado pues "siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto" (KELSEN, "Teoría pura del derecho", trad. Tejerina, B. Aires, 1941, p. 127). COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 53, parafrasea el concepto: "El Derecho, entonces, no es algo hecho y concluido, sino algo que se hace siempre y quien lo tiene que hacer en sus términos inmediatos es principalmente el juez cuyos actos de voluntad integran la substancia misma del Derecho", ideas que posteriormente aclara el mismo COSSIO, "La plenitud del ordenamiento jurídico", B. Aires, 1947, p. 197. En esta obra, COSSIO sostiene que la cuestión reposa en un planteamiento estético del problema: no se trata de discutir si el juez puede crear o no una norma general, sino si puede crear derecho y la respuesta debe ser afirmativa porque el juez crea normas individuales: "El juez no legisla ni suple a la ley, pero dentro del espacio que le señala la ley, el juez se auto-determina. . . todo tramo de la dinámica jurídica es aplicación respecto de las normas más generales que lo fundamentan, pero es creación respecto de las normas inferiores que va a fundamentar, y así como el legislador cuando legisla aplica la constitución pero dentro de ella crea una norma, así el juez cuando juzga aplica la ley, pero creando dentro de ella una norma individual" (op. cit., p. 198); v. CARVELLI, "El juez como objeto del derecho", en La Ley, t. 52, p. 1019.

establecer una distinción dogmáticamente válida entre la función de la jurisprudencia y la función de la doctrina de los autores.

El manifiesto antagonismo hacia la doctrina tradicional tiene sus exageraciones: v. gr. la llamada "escuela de derecho libre"²¹ según la cual el juez no es una máquina de subsunciones, sino que frente a las situaciones que debe juzgar debe estar más preocupado por la prevalencia del valor "justicia", que por el valor "orden" establecido por la legalidad,²² pero, se ha señalado acertadamente que esta tendencia, "al despreocuparse en demasía de la vinculación necesaria del juez a la ley, elimina toda seguridad jurídica".²³

La "escuela de derecho libre" reacciona contra el culto de la legalidad, factor que no ha preocupado intensamente a los juristas anglosmericanos, quienes partiendo de un ordenamiento jurídico distinto, postulan que únicamente será derecho lo que el juez declare (*judge made law*).²⁴

d) En resumen, la jurisprudencia es mera interpretación de la norma jurídica, para la teoría tradicional; es creadora de normas, para la escuela de derecho libre y los analistas anglo-americanos; es creadora de Derecho para los justicicófilos kelsonianos y

²¹ Para una idea de *freirecht*, v. RESCHEL, "La ley y la sentencia", cit., p. 26 y sgts.; v. KANTORÓWICZ, "La lucha por la ciencia del derecho", en el vol. "La ciencia del derecho", B. Aires, 1949. Para la "escuela del derecho libre" la norma jurídica ideal no es la que resuelve una situación jurídica, sino la que confiere al juez la potestad de resolver la situación jurídica "como si fuera legislador"; RECASENS SICRES, op. cit., p. 325, cita el art. 73, C. Civil español: "si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años", y comentándola agrega: "Este es el tipo de regulación que propugna el llamado movimiento de derecho libre o libre jurisprudencia, el cual propone la disminución del derecho taxativo y su substitución por regulaciones de tipo supletivo".

²² El paradigma del juez para la escuela de derecho libre es PAUL MAGNAUD, presidente del tribunal correccional de Chateau-Thierry, cuyas sentencias contra la pena se hallaban inspiradas en una "interpretación humana" de la realidad social; v. el artículo de DASSEN, "El 'typex Magnaud'" en "Jurisprudencia, Argentina, 1963-III, sec. Doct., página 110.

²³ LEGAS LACAMBRA, "Filosofía del derecho", cit., p. 121.

²⁴ La escuela analítica ha sostenido que solamente en Derecho lo que los tribunales consagran. Hay, dicen, un Derecho "ostensible", pero no es verdadero Derecho; adquiere esa categoría, cuando el "derecho ostensible" es interpretado por un juez. "La verdadera posición en que me colocó, dice GRAY (según CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", trad. Ferrás, B. Aires, 1933, p. 100), es la que el Derecho es lo que los jueces declaran; que las leyes, los precedentes, las opiniones de los expertos, las costumbres y la moralidad son las fuentes del Derecho"; v. PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del derecho", Barcelona s/l.; POUND, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico", (trad. Fulg Brutau), Barcelona, 1950.

egológicos. Otros sostienen que la jurisprudencia participa en una etapa de la producción jurídica.²⁰

El problema de la función de la jurisprudencia tiende a transformarse en una polémica de palabras: la contraposición tradicional: creación de Derecho-aplicación de la ley, es neutralizada por los conceptos creación-individualización²¹ y aún por creación-interpretación.²²

²⁰ MERCADER, "La función interpretadora del juez en la sentencia", en *Jurisprudencia Argentina*, 1947-II, p. 504, dice: "No permito superar algunas reservas en cuanto al alcance de la idea de creación del derecho por el juez. Sin desconocer la decisiva importancia que para los ególogos tiene el sentido de la norma individualizada en la sentencia, puesto que para ellos esa norma es creada exclusivamente por el juez mediante la aportación de sus vivencias personales, yo prefiero adecuar aquel verbo a fin de que connota la acción de participar en las etapas de una producción jurídica, cuyos antecedentes, a mi juicio, siempre están dados por la creación de los titulares del negocio jurídico, antes del proceso". Esta tesis podría tener el respaldo de la opinión de la jurisprudencia sobre la función de la jurisprudencia: La Sup. Corte Nac. (27-XII-1944, Fallos, t. 200, p. 485, también en La Ley, t. 37, p. 517) dijo: "Si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la Ley en la relación de dependencia de la fundada con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley"; y posteriormente (Sup. Corte Nac. 18-XI-1949, Fallos, t. 215, p. 426, también en La Ley, t. 57, p. 328, y en *Jurisprudencia Argentina*, 1950-I, p. 282), aclarando sus conceptos, expresó que "no se trata", pues, de una equiparación lisa y llana de la jurisprudencia y de la ley sino del reconocimiento de su equivalencia en orden a la misión reguladora de una y otra respecto a las relaciones jurídicas que se finalizan atendiendo a la interpretación de las leyes pertinentes hecha por los tribunales, cuya función institucional es de tal naturaleza que sus decisiones interpretativas respecto a dichas normas tienen autoridad definitiva". En cambio se ha sostenido el criterio tradicional, por la Cám. Nac. del Trabajo, Sala III, 23-II-1948, La Ley, t. 43, p. 829; id. Sala II, 23-V-1948, La Ley, t. 57, p. 345; id. Sala V, 11-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 748; id. Sala V, 31-VIII-1962, La Ley, t. 108, p. 758 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-VI, p. 530); Cám. Nac. de Paz, Sala III, 27-VIII-1962, La Ley, t. 110, p. 474.

²¹ Es la teoría de KELSEN, "Teoría general del derecho y del Estado", cit. p. 140; la individualización de la norma legal mediante la sentencia judicial (lex specialis), habla sido un valor entendido por los procesalistas; para MORTARA, "Comentario del Codice e della leggi di procedura civile", 2ª ed., Milano s/f.; t. II, p. 244, la sentencia produce una novedad; para ROCCO, "La sentencia civil" (trad. Overjero), México, s/f., p. 58, es la regla particular del caso concreto; para CALAMANDUEI, "El juez y el historiador", en "Estudios sobre el proceso civil" (trad. Sentis Meléndez), B. Aires, 1948, p. 119, el juez transforma la norma abstracta en mandato concreto, etc.

²² El juez de Cámara IBÁÑEZ FROCHAM (Cám. 3ª Apel. La Plata, Sala II, 18-V-1954, La Ley, t. 76, p. 82), manifestó: "No tengo dudas de que la jurisprudencia es creación. Se aplica la ley, sin duda;

Si de creación se quisiera hablar con alguna precisión terminológica, incluso podría discutirse la *creatividad del legislador*; salvo que se conciba al legislador como el signo de la omnipotencia divina, que de la nada hace algo; *ex nihilo nihil fit*, su creatividad siempre parte de materiales existentes que le son impuestos por las circunstancias.³⁸ Lo que generalmente se denomina *creatividad de la jurisprudencia*, es en realidad el descubrimiento y reconocimiento de situaciones jurídicas, que no han sido expresamente previstas por el legislador, pero que en virtud de la plenitud herméutica del ordenamiento jurídico,³⁹ la jurisprudencia incorpora al mundo jurídico:⁴⁰ la jurisprudencia no ha logrado crear todavía una institución que no haya sido prevista

más no mecánicamente, sino mediante una labor intelectual, a veces ardua, que es la interpretación. La ley más su interpretación judicial constituyen el derecho del pueblo, decía RADBRUCH...

³⁸ POUND, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico", cit., p. 122.

³⁹ COSSIO, "La plenitud del ordenamiento jurídico", cit. *passim*. El art. 18, C. Civil, establece esta plenitud herméutica: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"; los partidarios de la "escuela epológica" han profundizado el sentido de este precepto, v. AFTALION-GARCÍA OLANO-VILANOVA, introducción, cit., p. 237; AFTALION, "Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil", en La Ley, t. 15, p. , y posteriormente incorporado a "Crítica del saber de los juristas", La Plata, 1931, p. 285 y sgtes.; YMAZ, "Acercos del art. 7 del Proyecto de reformas del Código Civil", en Jurisprudencia Argentina, 1947-II, sec. doctrina, p. 8, y luego incorporado a "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos", B. Aires, 1954, p. 243 y sgtes.

⁴⁰ Cf. CALAMANDREI, "La función de la jurisprudencia en el tiempo presente", en "Estudios sobre el proceso civil" (trad. Sentia Melendo), B. Aires, 1962, p. 236. "En nuestra jurisprudencia —escribe el prestigioso procesalista florentino—, salvo los poquísimos casos en que la misma ley remite expresamente a la equidad del caso singular, parece que todo fuera cuestión de hechos abstractos. La ley establece de antemano, en forma general e hipotética, cómo deben ser decididos todos los variadísimos casos que pueden surgir en el futuro. En la ley está todo: todo está previsto de antemano. El ordenamiento jurídico (así dice) no tiene lagunas. El sistema jurídico es como un inmenso castilero en el cual cada casilla contiene la previsión de un cierto tipo de hipótesis: el trabajo del juez consiste principalmente en la calificación de los hechos comprobados, es decir, en buscar cuál sea entre las miles de hipótesis previstas por la ley, aquella a la cual corresponde la hipótesis comprobada. Una vez encontrada esa coincidencia, el juez no tiene que hacer más que abrir la casilla individualizada en el castilero (así dice), el artículo del código que hace al caso), y dentro de ella encuentra, como una receta, la solución lista y pronta. Esta es el famoso mecanismo lógico en virtud del cual toda sentencia puede esquematizarse en un silogismo: la premisa mayor es la ley; la premisa menor, el hecho: basta que el hecho coincida con la previsión de la ley, para

por el legislador, aunque dentro de las estructuras normadas por el legislador haya descubierto y reconocido situaciones jurídicas que no se encontraban expresamente previstas; si a esta ponderable función de la jurisprudencia, se la denomina *creación*, entonces la jurisprudencia es creadora de soluciones jurídicas para situaciones no previstas por el legislador.¹¹

4. B) *Valor de la jurisprudencia.* ¿Qué valor tiene la jurisprudencia?, o en otras palabras, ¿qué significado adquiere, dentro del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia?

Ya no se trata de establecer cuál es la función de la jurisprudencia, sino que la cuestión consiste en determinar si la reiterada decisión concordante de los tribunales superiores sobre un

que la conclusión surja por sí sola. Es verdad que no siempre, pese a la infinita riqueza del casillero, se consigue encontrar, porque la realidad es siempre más rica que toda previsión, la casilla que exactamente corresponda al caso que decidir; y que en tal hipótesis se encuentra o la jurisprudencia que agregue al sistema una nueva casilla suplementaria. Pero es verdad también que este trabajo de suplemento jurisdiccional es considerado tradicionalmente por nosotros, no como obra de creación, sino como obra de interpretación: es decir, como búsqueda, en la ley general y abstracta, de algo que ya está allí por voluntad del legislador y que se trata no de crear *ex novo*, sino de descubrir y reconocer. Nuestra jurisprudencia es esencialmente conceptual: la aplicación de la ley al caso práctico es, ante todo, interpretación de la ley, o sea, descubrimiento, dentro de la norma jurídica, que tiene por definición forma y valor de máxima (es decir, de proposición general y abstracta), de otras normas más sutiles y circunstanciadas, pero también ellas formuladas a semejanza de la norma de la cual derivan, como máximas generales y abstractas. Cuando yo trato de traducir a imágenes visuales este método tradicional de la jurisprudencia conceptual, pienso en el trabajo de quien, de una cuerda, tratara de desenredar, poco a poco y con paciencia, los hilos retorcidos de que está ella compuesta: la cuerda sería la ley y los hilos, cada vez más sutiles, que poco a poco los intérpretes consiguen aislar al descomponerla, serían las máximas jurisprudenciales. Pero en definitiva, cuerdas e hilos, son lógicamente de la misma fibra y el juez, al separar aquellos hilos, no aporta nada suyo, aparte de su paciencia y su precisión de buscador¹².

¹¹ Difícilmente se encontrará en los repertorios jurisprudenciales la hipótesis de jurisprudencia verdaderamente creativa. Como muy bien dice ALSINA ATIENZA, "El respeto a la ley en el pensamiento de Héctor Lafaille", en La Ley, t. 124 (Ed. del día 13-X-1966), "en la mayoría de los casos, dichos fallos son apenas una demostración de la fluidez y plasticidad del derecho y de su maravillosa poder de adaptación", después de un análisis de la llamada "jurisprudencia deformante"; en cierto sentido, es coincidente MAFFIA, "Legislación judicial", en La Ley, t. 119, p. 1230, cuando a pesar de su posición filosófica admite que "la creación de normas generales es función específica de la legislación y la costumbre", pero cuando llega al análisis de la praxis judicial sobre "el convocatorio que consiste de la convocatoria de acreedores después de la publicación de los edictos", llega a sostener que ese convocamiento judicial es algo más que una sentencia (id. p. 1234), cuando no se trata ni más ni menos que de un supuesto de interpretación

punto de derecho impone a los miembros inferiores de la jerarquía jurisdiccional el deber de mantener inalterable ese sentido interpretativo.

Si la respuesta fuera negativa, se estaría en presencia de una institución que difícilmente podría diferenciarse de la doctrina de los autores: la *jurisprudencia-opsión*,²² cuya significación dentro del ordenamiento jurídico como forma de manifestación del Derecho Procesal dependería del poder de convicción del antecedente.

Si la respuesta fuera afirmativa, se estaría en presencia de la *jurisprudencia-normativa*, equiparable a la norma en cuanto a la obligatoriedad, que si por un lado choca contra la independencia volitiva de los jueces inferiores,²³ por otro lado erige al

del art. 11 de la ley 11719, "pedido condicional de quiebra", en el cual no se crea un nuevo derecho ni una nueva situación jurídica, sino que se aplica una norma preexistente a una situación jurídica dada (v. el fallo en La Ley, t. 117, p. 451, también en *Jurisprudencia Argentina*, 895-1, p. 820). Una interesante concepción en COSSIO, "Impugnación egológica de la escuela de Derecho libre en La Ley, t. 115, p. 878, refiriéndose a la creación de individualización. Efectivamente, por más que se analice la labor de la jurisprudencia difícilmente se encontrará un caso que tenga la significación de una verdadera creación de derecho, en el sentido ético del creador. Generalmente, la jurisprudencia aplica el derecho creado por el legislador; la mayor parte de las veces, la jurisprudencia, descubre y reconoce que algunas situaciones jurídicas que pudieron no ser previstas con dogmática exactitud por el legislador encuentran cabida dentro de la sistemática legislativa; y dentro de estos extremos, con las debidas limitaciones se podrían adherir a la opinión de aquellos que sostienen que el juez, en la sentencia, participa, según unos, o *interpone*, según otros, uno de los momentos de la creación jurídica, en la individualización normativa.

La interesante tesis expuesta por BULYGIN, "Sentencia judicial, creación del derecho", en *Revista La Ley*, ed. del día 7 de noviembre 1956, gira en torno a una premisa fundamental: el juez no crea normas individual, sino norma general, pero "son relativamente raras las veces en que los jueces tienen oportunidad para crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definitivos, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto... Cuando el juez decide qué ha de entenderse por locutorio público o interés saurario no dicta normas, sino define conceptos...". Conforme lo dice en el texto, el juez no crea *ex nihilo*, sino que descubre y reconoce que una situación jurídica concreta encuadra dentro de la norma, a lo cual llega mediante un conjunto de razonamientos que parten de conceptos y definiciones.

²² En el lenguaje común es frecuente la incorrecta sinonimia entre "jurisprudencia" y "doctrina de los tribunales", lo cual produce evidentes confusiones conceptuales, dado que entonces la estratificación de las fuentes-manifestación del Derecho serían: la norma, por una parte, y la doctrina, por la otra, y ésta se subdividiría, según su origen y el sujeto emisor, en "doctrina de los tribunales" (*Gerichtsrach*) y "doctrina de los autores" (*Juristenrecht* o *Professorenrecht*).

²³ Con referencia a la independencia interior del juez, los autores

juex en legislador quebrando el equilibrio de los poderes del Estado.³⁴

a) Dentro del conjunto de valores que se involucran en el problema del Derecho, la jurisprudencia encuentra su concordancia dentro de la estimación orden, que presupone la estabilidad jurídica,³⁵ cuya ruptura importaría una seria perturbación en la vida jurídica³⁶ de la comunidad, que no estaría

han sido severísimos al señalar una disyuntiva casi heroica, pero que es la única alternativa para salvaguardar la independencia de una conciencia. AYARILAGARAY, "Sentencias obligatorias", B. Aires, 1938, p. 70, nota 21, citando a RADBRUCH, sostiene que "el juez es sujeto de la ley y no de su libertad interior"; en igual sentido, GARCIA MAYNEZ, "Introducción a la lógica jurídica", México, 1931, p. 143: "Hay situaciones en las cuales la posición del sujeto debe orientar su conducta en su sentido específico, normativamente impuesto por esa misma posición. Queremos referirnos a los problemas de conciencia que se plantean al juzgador... El juez no es sólo juez, sino persona y como tal tiene derecho a seguir la voz de su conciencia, si antes dejó de ser juez". (p. 144).

³⁴ Cuestionó la validez constitucional de la jurisprudencia normativa, SARTORIO, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", en La Ley, t. 98, p. 789 y sgtes., a quien de inmediato respondieron GOTTHEIL, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", en La Ley, t. 98, p. 874 y sgtes.; SIDART CAMPOS, "Relaciones de la jurisprudencia vinculativa con la división de poderes y la igualdad jurídica", en La Ley, t. 98, p. 479 y sgtes.; compartiendo la opinión de SARTORIO, MERCADER, "Sobre la obligatoriedad de los fallos plenarios", en "Derecho del Trabajo", B. Aires, Enero 1933, p. 5. A la tesis de SARTORIO, se le puede oponer con éxito la tesis constructiva de BOTTICHER, "La igualdad ante el juez", en Revista de Derecho Procesal, 1935, 1ª parte, p. 144: "Lo delicado en cuanto al problema es solamente el hecho de que en el Estado moderno la balanza de la justicia no se halla en manos de un único juez, sino que debe ser codada a muchos jueces, cada uno de los cuales está llamado a interpretar independientemente la ley. Si no existe un texto claro e inequívoco de la ley, el juez se debe avarar, que obligue precisamente a llegar a la resolución igual de casos iguales, una aplicación desigual de la norma puede impedirse, o, por lo menos, reducirse sólo por medio de disposiciones especiales previstas en materia de organización de los tribunales. Esto puede lograrse por medio de una vinculación de los tribunales a la jurisprudencia, es decir, vinculación, a decisiones anteriores sobre casos iguales y, en particular, a las que hayan sido dictadas por tribunales superiores..."

³⁵ Cf. COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 185; en el mismo sentido, GORPHE, "Las resoluciones judiciales" (trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo), B. Aires, 1933, p. 36: "La constancia de las resoluciones proporciona la seguridad en las relaciones de los negocios; además es muy apreciada por los litigantes y por los hombres de negocios; éstos la defienden particularmente a fin de estar en condiciones de orientar a sus clientes y darles su parecer sobre las probabilidades del proceso".

³⁶ La Sup. Corte Nacional tuvo oportunidad para pronunciarse sobre este aspecto. In re García Rams (Sup. Corte Nac., 3-XI-1948, Fallos, t. 212, p. 232) declaró que "la institución de un tribunal al que le es

compensada por la discutible incoercibilidad de la independencia volitiva de los jueces inferiores.²⁷

Conceptualmente, hablar de jurisprudencia obligatoria es pleonástico. Cuando es obligatoria para los jueces que dependen jerárquicamente de aquél, no hace sino dar forma normativa a lo que constituye un elemento esencialmente conceptual de la jurisprudencia. Esta implica la expresión de una valoración vigente, que debe ser acatada por los componentes de la jerarquía jurisdiccional en tanto no exista una modificación substancial de esas valoraciones; la imperatividad del acatamiento puede tener o no forma normativa, pero ninguna conclusión jurídicamente válida puede deducirse según que ese acatamiento tenga o no concreción legal: siempre existirá la imperatividad en tanto es de la esencia del instituto.^{28, 29}

encamado como función exclusivamente propia de él, la decisión final de las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, importa atribuir a la interpretación que este tribunal haga de ella una autoridad que no es sólo moral sino institucional, es decir que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que lo perturban los tribunales inferiores que precinden pura y simplemente de aquella, sin pretender que la singularidad del caso haga implícitamente lo decidido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ni intentan reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia"; poco tiempo antes, *in re Santos* (Sup. Corte Nac., 6-X-1948, Fallos, t. 212, p. 31, también en *La Ley*, t. 54, p. 366) había dicho que "el apartamiento por el tribunal apelado de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en materia de interpretación de la Constitución Nacional, mencionando dicha jurisprudencia, pero sin controvertir sus fundamentos y con el agravante de invocar para ello el deber de aplicar la Constitución, modo típico de expresar que se repara así el incumplimiento a ese mismo deber en que el Superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de la autoridad de aquel Alto Tribunal lo que autoriza a la Corte a agerrebir a los jueces que han integrado dicho tribunal apelado". Conc. Sup. Corte Nac., 13-XII-1948, Fallos, t. 215, p. 420, también en *La Ley*, t. 57, p. 335 y *Jurisprudencia Argentina*, 980-I, p. 388.

²⁷ En el caso no existe un cercenamiento de la independencia judicial ni violación de las garantías constitucionales, como sostiene SARTORIO, "La dictadura judicial", en *Jurisprudencia Argentina*, 958-II, sec. doct., p. 19; id. "La obligatoriedad de los fallos plenarios...", cit. en *La Ley*, t. 96, p. 807. Desde el punto de vista constructivo, es indudable el mérito de las aportaciones de la "escuela ecgológica", para la dilucidación de este problema; v. APTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente del derecho", cit. en *La Ley*, t. 81, p. 772; GOTTHEIL, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", cit. en *La Ley*, t. 98, p. 877; LINARES, prólogo a AYARRAGARAY, "Sentencias obligatorias", cit., p. 13.

²⁸ AYARRAGARAY, "Sentencias obligatorias", cit., p. 32, hace una distinción entre *controversio* y *obligatoriedad*; LINARES, prólogo cit., p. 8, habla de *valor objetivo* y *valor orgánico* del precedente. Sin embargo, el valor conceptual de la jurisprudencia supera estas categorías.

²⁹ Este sentido conceptual de jurisprudencia fue punto de manifiesto-

El acatamiento de la jurisprudencia imperante es distinto a la imperatividad (obligatoriedad) de la ley. Esta, como acto de poder-autoridad obliga sin razonar y aunque no convenza: *dura lex, sed lex*; la jurisprudencia obliga en tanto, como expresión del sentir de la comunidad, adquiere un positivo poder de convicción; el juez está obligado a su acatamiento, no porque el legislador así lo disponga, sino porque la jurisprudencia significa un nuevo tipo de autoridad; su apartamiento solamente es justificable cuando medien razones muy poderosas y se las demuestre.⁴⁹

b) La incoercibilidad de la libertad espiritual del juez es un problema académico; la realidad indica que los jueces aceptan y

to por COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", *cit.*, p. 180, al decir: "Y si de ese modo, en sucesivas paréntesis, por abstracción, vamos quitando todos los valores jurídicos fundados y superiores hasta quedarnos con sólo el valor Orden, veremos que todavía permanece intacto el sentido de aquella influencia estimativa que llamamos jurisprudencia y, a la inversa, eliminando este valor aunque conservando cualquier otra cosa del dato originario, el sentido de aquella influencia estimativa se pierde. En efecto, si el orden es la repetición, en cuanto las cosas que se repiten van dibujando ellas mismas un plan; de tal manera que si el valor orden se da positivamente como estabilidad con la repetición de las cosas y la influencia de un fallo sobre otro significa mantener esa repetición, quiere decir que al repetir un fallo lo que otro ha dicho contribuye a crear el valor orden con signo positivo, que es jurídicamente estabilidad en la repetición; y quiere decir que podrá haber jurisprudencia injusta, insegura, etc., como hay leyes injustas e inseguras, pero lo que no puede haber es jurisprudencia que sea desorden.

"Esto nos permite a nosotros decir, explicitando la esencia que buscábamos, que hay jurisprudencia en los fallos de contenido concordante sea esta concordancia actual o potencial; y que la jurisprudencia consiste en tal concordancia, la que a su vez consiste y gira en torno al valor orden, primer sentido axiológico de toda norma jurídica. Podemos ir con esto definiendo y aclarando nuestro problema. Es claro, entonces que conservar esta concordancia es realizar el valor orden; en lo cual se ve el sentido jurídico que tiene el hecho de que un juez resuelva un caso de igual modo que antes se hiciera, sin más razón que el precedente. Pero podemos llegar a otra cosa: la concordancia de un fallo con otro, no sólo puede ser actual, sino también potencial, en el sentido de que el fallo de un tribunal superior, siendo el que decide del orden, por anticipado, permite afirmar concordancias futuras. Puede darse jurisprudencia, entonces, cuando se entiende una ley de determinada manera, aunque no haya habido ningún fallo de segunda instancia, si los de primera la han entendido de una manera que se repite. Pero también, en forma más visible, cuando se trata de un tribunal superior hay una concordancia no actual sino que se actualizará, por la razón de que el tribunal superior tiene la valoración jurídica suprema y la va a imponer. Si conservar la concordancia existente es realizar el orden, a fortiori lo es concordar con el fallo del cual depende el orden".

⁴⁹ AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", *cit.* La Ley, t. 81, p. 778: "Los jueces no ignoran que un precedente jurisprudencial recibido desde antiguo y repetido sin discrepancias y con amplia generalidad, con la conformidad comunitaria que

acatan la jurisprudencia de los tribunales superiores y más aún, la desean.⁴¹

El juez se encuentra inmerso en la comunidad; es sensible a sus vivencias y la sentencia siempre es la expresión de un plexo de ideas que le vienen dadas por la comunidad,⁴² estableciéndose en el juez una intimidad con la conciencia social,⁴³ lo que con frase feliz se ha denominado la *premis mayor inarticulada*.⁴⁴ El juez trata de interpretar, a la vez, el sentir de la comunidad y el sentido del caso particular, para lo cual descubre las valoraciones vigentes en los hechos externos que traducen esas valoraciones colectivas, especialmente en las determinaciones de conducta (ley-costumbre-jurisprudencia) que ponen de manifiesto aquellas valoraciones mediante un proceso de conceptualización para el cual está habilitado porque el legislador le ha impuesto el deber de administrar justicia.⁴⁵ El juez busca y descubre esas valoraciones vigentes con el objeto de adquirir por comprensión el sentir de la comunidad y cuando aquéllas surgen de la jurisprudencia, se imponen inexorablemente al juez con la fuerza de un imperativo categórico,⁴⁶ siempre que su sensibilidad espiritual no acuse la mutación de las valoraciones que el legislador expresamente prevee cuando permite dejar a salvo la opinión personal (art. 27, D. L. 1285/1958).

supone, no debe dejarse de lado en forma inconveniente. Poderosos motivos lógicos o axiológicos ha de tener el juez para apartarse de un precedente semejante y es menester que: a) por el error lógico de la conceptualización jurisprudencial; b) por el cambio de las valoraciones vigentes; c) por el cambio de las condiciones de existencia, o d) por la repulsa comunitaria a los órdenes jurisprudenciales anteriores; o por otra razón igualmente decisiva, sea evidentemente cuestionable al asentimiento comunitario a la jurisprudencia, de tal manera que, para romper esta *vis obligatoria* 'habrá que demostrar que el consentimiento comunitario que acompaña hasta ese momento a la jurisprudencia se basa en una supuesta fuerza de convicción y que, al destruir ésta, simultáneamente, se despoja a la jurisprudencia del respaldo que significa el acatamiento general' (Ib. p. 376).

⁴¹ CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", cit., p. 121, piensa que "la adhesión al precedente debe ser la regla y no la excepción...; la labor de los jueces se vería aumentada casi hasta el agotamiento si cada sentencia anterior pudiera ser reconsiderada en cada caso"; CARNELUTTI, "Jurisprudencia consolidada", en "Cuestiones sobre el proceso penal" (trad. Santos Melendo), B. Aires, 1961, p. 301, comenta irónicamente lo que llama "la comodidad del jugar".

⁴² AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. en La Ley, t. 81, p. 373; COSSIO, "Oliver Wendell Holmes. Su dimensión nacional y su dimensión universal" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año IX, N.º 39, p. 674.

⁴³ Cf. COSSIO, "Oliver Wendell Holmes", cit. loc. cit., p. 674, dice que no bastan, para que un juez sea un buen juez, "la honestidad y el saber del juez para que dicte una buena sentencia; el juez tiene que contar además con lo que el caso que juzga contiene dentro de sí como significación societaria...".

No se pretende ignorar el valor de las disidencias fecundas⁴⁷ que acusan siempre una exquisita sensibilidad del fenómeno jurídico; pero no puede admitirse que la ruptura del equilibrio solamente tenga por objeto mantener flameante la bandera de la independencia volitiva del juez.

c) No existe peligro en que el juez se transforme en legislador utilizando como instrumento la jurisprudencia normativa;⁴⁸ en tal sentido se ha dicho que ella conculca el principio de la separación de los poderes.

Esta opinión pudo tener origen en quienes, buscando la fundamentación de la jurisprudencia normativa, la equipararon a las llamadas "leyes interpretativas"⁴⁹ (rectius: leyes aclarato-

⁴⁷ La denominación se debe a Oliver Wendell Holmes; SILVEIRA, "La premisa inarticulada en las sentencias", en Revista de la Facultad de Derecho de México, Enero-Marzo 1954, N° 21. El juez llega a su función con un complejo sistema de ideas y prejuicios y su obra, es decir, la sentencia que dicta, reflejará esas ideas y prejuicios; el problema consiste en determinar qué prejuicios pueden ser admitidos y cuáles rechazados; en principio, el juez dispone de una sola forma para administrar justicia: Por la ley y con la ley, pero la realidad enseña que el juez está influido, en cada caso, por distintas corrientes de pensamiento, no siempre jurídico y a veces injustificable; el sentimentalismo judicial, el rigorismo legal, los factores externos, etc. Se ha dicho que el sentido de las formas jurídicas de expresión varía con el intérprete y que el texto legal es un marco en que caben múltiples posibilidades hermenéuticas; frente a esta realidad concreta, GARCÍA MAYNEZ, "Introducción a la lógica jurídica", cit., p. 104, opone un terminante: "Si esta tesis fuese correcta habría que renunciar al ideal de un conocimiento jurídico objetivo y tendríamos que ponernos en tela de juicio la coherencia lógica de los ordenamientos legales".

⁴⁸ AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. en La Ley, t. 81, p. 775.

⁴⁹ Ver AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. La Ley, t. 81, p. 775, transcripción sub nota 46, supra.

⁵⁰ Refiriéndose a Holmes, gran disidente en la Corte Suprema de los E.E.U.U., COSSIO, "Oliver Wendell Holmes", cit. loc. cit., p. 572, escribe: "Durante los primeros catorce años de su alto desempeño, Holmes estuvo prácticamente solo; sus votos eran la permanente disidencia de un solitario..."; en la R. Argentina, todavía se recuerdan las disidencias de BERMEJO, en la Corte y de COLMO, en la Cámara; v. BOFFI BOGGERO, "Alfredo Colmo", en Jurisprudencia Argentina, 1959 VI, p. 44; GUAGLIANONE, "Alfredo Colmo", en Jurisprudencia Argentina, 1965-VI, p. 11.

⁵¹ Cona. SOLER, "Derecho penal argentino", B. Aires, 1945, t. I, p. 137; COUTURE, "La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios", en "Estudios de derecho procesal civil", B. Aires, 1948, t. I, p. 191; SARTORIO, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", cit. en La Ley, t. 36, p. 799 y sigtes.

⁵² AFTALION, "Prostitución, proxenetismo y delito", en La Ley, t. 18, sec. doctr., p. 101; PORTO, "Jurisprudencia obligatoria y casación como fuente del derecho penal en la Argentina", en La Ley, t. 68, p. 913.

rias): el juez, sin embargo, no aclara la ley ni fija su interpretación auténtica; la interpreta y la aplica en la sentencia.⁶⁰

5. En resumen, el valor de la jurisprudencia consiste en su uniformidad, independientemente de la existencia de una norma que la declare obligatoria y también independientemente de la forma de manifestación de esa interpretación, o del tribunal del cual emana tal interpretación. El problema que se presenta en la administración de justicia cuando dentro del organismo un juez o un grupo de jueces, quebran la uniformidad, opinando y sentenciando en forma distinta que los restantes, es un problema de técnica, que el legislador resuelve creando un procedimiento para uniformar la jurisprudencia a través de la decisión de un tribunal especial, la cual decisión se impone obligatoriamente para sus componentes por el principio de mayoría y para los jueces inferiores, por el principio de jerarquía.⁶¹

En el régimen actualmente imperante "la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria" (D. L. 1285/1968, art. 27).⁶²

⁶⁰ Cf. BIDART CAMPOS, trabajo cit., lo. cit.: PROCULO, nota de fallo en La Ley, t. 103, p. 580: "lo de la división de poderes es demandado solemne para el caso".

⁶¹ Es innecesario subrayar que puede existir jurisprudencia uniforme que no emane de un tribunal en pleno o tribunal plenario o con funciones casatorias; pero el legislador está justificado en su propósito de obtener la uniformidad jurisprudencial para obtener la cual, frente a la pluralidad de los órganos jurisdiccionales, no le quedó otro camino que el procedimiento del tribunal plenario, como lo hizo en La Ley 7055, art. 6, que con rigurosidad y correcta concepción omite toda referencia a la obligatoriedad la cual se encuentra presupuestada en la finalidad perseguida.

Con anterioridad al año 1949, y con la sola excepción de la Ley 13024, art. 23, inc. b, que establecía "la doctrina aceptada por la mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de paz", el carácter obligatorio de la jurisprudencia del tribunal pleno había sido reconocido por la jurisprudencia, sin que existiera una ley que así lo dispusiera; con voto Dr. Barroquero in re Mr. Céliand, Cam. Civ. 1ª, 30-IV-1941, La Ley, t. 24, p. 893 (también en Jurisprudencia Argentina, t. 74, p. 890); PODETTI, "Tratado del proceso laboral", Bs. Aires, 1948, t. I, p. 153, analizando el art. 17 de la ley 12948, aprob. D. L. 32.347/1948, reconoce que esta disposición legal establece implícitamente la obligatoriedad de los fallos plenarios para las salas; v. FERNANDEZ GIANOTTI, "Importancia de los fallos plenarios para la estabilidad de los derechos", en La Ley, t. 31, p. 74 y sgtes.

⁶² Los precedentes nacionales de este precepto están dados por:

Lo que en la norma transcrita se ha destacado es su predicado referente a la aplicación obligatoria, relativizada, por una parte a los miembros de la jerarquía jurisdiccional, y por otra, mientras subsisten las condiciones (valoraciones colectivas) que motivaron su implantación; esta relatividad bastaría para acallar las críticas que la equiparan a la obligatoriedad de la ley. Aún, más, se observa que el valor óptico de la jurisprudencia no reside en su obligatoriedad impuesta normativamente, sino en su uniformidad: la jurisprudencia es obligatoria porque es uniforme. El enunciado inverso: "la jurisprudencia es uniforme porque es obligatoria", es un problema de técnica de la jurisprudencia.²²

²² Los antecedentes nacionales de este precepto están dados por: a) Al crearse dos cámaras de apelaciones en lo civil, la Ley 7055, art. 6º, se refiere a la reunión de ambas cámaras en tribunal para decidir las contiendas de competencia entre ellas, "e igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las cámaras entendiera que en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable" concepto que es ratificado por la Ley 12330, que dispone el funcionamiento de las cámaras en salas, cuyo art. 5º establece: "A pedido de la mayoría de los miembros de una cámara podrá convocarse a tribunal pleno, a efecto de dictar resolución definitiva en un asunto, cuando esa mayoría estimara conveniente fijar la interpretación de la ley o doctrina legal aplicable. Si anteriormente otro tribunal pleno hubiera resuelto un caso semejante para convocar nuevo tribunal pleno, será necesaria la conformidad de las dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras en lo civil y de la en lo comercial en su caso".

b) El art. 23 de la ley 11924 dispone: "La Cámara de Paz se reunirá en pleno. . . b) Para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. La doctrina aceptada por la mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de Paz. Sin embargo, el presidente procederá a convocar nuevamente a la Cámara cuando la mayoría considere necesario la revisión de dicha doctrina. Mientras se dicta sentencia en el tribunal pleno quedarán paralizadas todas los demás expedientes en los cuales se plantea la misma cuestión jurídica. Los comaristas deberán dar preferencia inmediata y absoluta en el despacho al expediente que haya motivado la convocatoria".

c) En el mismo sentido, se expresa el art. 17 del D. L. 32347/1944, ratificado por Ley 12948, referente a los Tribunales del Trabajo: "La Cámara se reunirá en pleno para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la Ley o de la doctrina aplicable".

d) En este intervalo se sanciona la constitución de 1949, cuyo art. 33, tercer párrafo, establece: "La interpretación que la Suprema Corte de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

e) Como consecuencia de la constitución del año 1949, se dicta la Ley 13998, cuyo art. 28 es el antecedente más próximo del vigente art. 27 D. L. 1285/1958.

²³ Cons. Cám. Nac. Civil, Sala B, 21-VI-1956, La Ley, t. 83, p. 242 (también en Jurisprudencia Argentina, 1957-I, p. 134), declaró: "Esa

6. C) *Técnica de la jurisprudencia.* La jurisprudencia tiene una técnica cuya preocupación es la de mantener la constancia y repetición de la interpretación de la ley y de la llamada "doctrina legal", mediante un sistema de procedimientos tendientes a obtener ese resultado; dentro de esta técnica corresponde al estudio de las mutaciones jurisprudenciales (cambios o virajes de la jurisprudencia y variantes de la jurisprudencia), para concluir, después de analizar los efectos de la jurisprudencia, con el estudio de los peligros de la jurisprudencia.

7. a) *Sistemas de procedimiento.* Para obtener la unificación de la jurisprudencia y eventualmente, para mantener la uniformidad de la jurisprudencia,⁵² el legislador debe necesariamente establecer un tribunal superior que por vía de recurso extraordinario tenga la potestad de fijar unitariamente la interpretación de la ley, sea por:

1. La casación, que es el método más perfecto para obtener la unificación de la jurisprudencia,⁵³ del cual se está carente en el orden nacional, a pesar de las reiteradas recomendaciones de los congresos y conferencias,⁵⁴ y sobre todo, a pesar de la esporádica

fuerza especial de carácter general del fallo plenario se diferencia substancialmente de la que goza la ley, ya que ésta no puede ser derogada sino por otra ley, ni puede dejarse de aplicarla cualquiera sea su valor intrínseco o equidad, mientras que la doctrina legal plenaria no tiene por sí misma, otra autoridad que la de la razón, toda vez que el valor de los principios del derecho científico por grande que sea, el jurista puede siempre someterlos a su examen crítico y racional y modificar las teorías aceptadas comúnmente como verdaderas" (del voto del Dr. Barraquero).

⁵² Los vocablos "unificación" y "uniformidad" no son sinónimos. Frente a una situación plural, que no descarta la diferenciación y aún la jurisprudencia casística, lo interesante es obtener la unificación o sea la unidad del criterio jurisprudencial, que, una vez obtenida, el interés se desplaza hacia el mantenimiento de aquella unidad, mediante el procedimiento de mantener la uniformidad.

⁵³ Sobre la casación, v. CALAMANDREI, "La casación civil" (sin indicación de traductor, pero efectivamente traducida por Sentis Mendeló), B. Aires, 1945; DE LA PLAZA, "La casación civil", Madrid, 1944; COLOMBO, "La Corte Nacional de casación", B. Aires, 1943; SARTORIO, "La casación argentina", B. Aires, 1951. La forzosa limitación impuesta al tema de la casación por el método seguido en el texto, impide darle el desarrollo que merece.

⁵⁴ V. actas de la Primera conferencia de abogados, Buenos Aires, 1942; Segunda conferencia de abogados, Córdoba, 1956; Cuarta conferencia nacional de abogados, Tucumán, 1958; Primer congreso nacional de ciencias procesales, Córdoba, 1939; Primera conferencia de abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1943; Segundo congreso nacional de derecho procesal, Salta, 1948, etc.

⁵⁵ La constitución de 1949 (vigebat, 16-III-1949/27-IV-1956), establecía "que la Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se

concreción constitucional de esa aspiración en la constitución del año 1949.⁸⁷

A pesar de la unanimidad de la doctrina para el establecimiento de un tribunal nacional de casación,⁸⁸ es insalvable el reparo constitucional del art. 67, inc. 11, Const. Nacional: "Sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales nacionales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones"; pero en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas se ha establecido con éxito el sistema de la casación, limitado, naturalmente, al ámbito territorial de los tribunales con jurisdicción local.⁸⁹

La casación se ejercita tanto sobre la inteligencia e interpretación de la ley o de la llamada "doctrina legal", efectuada por los tribunales de las instancias ordinarias, es decir, por los erro-

retarse el inciso 11 del artículo 68" (art. 95, párrafo segundo), pero como se supeditaba a la ley que reglamentara el procedimiento para el recurso de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia (art. 95, párrafo cuarto), prácticamente la Suprema Corte de Justicia nunca funcionó como Tribunal de Casación, aunque mantuvo ese carácter en lo que respecta a la interpretación e inteligencia de las cláusulas constitucionales por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la Ley 48. A pesar del mandato constitucional, la Corte fue categórica en el sentido de negar la procedencia del recurso de casación hasta tanto el legislador dictara la ley de procedimiento respectiva (cf. Sup. Corte Nacional, 3-V-1948, Fallos, t. 213, p. 448; id. 28-VII-1948, Fallos, t. 214, p. 304; id. 22-VIII-1948, Fallos, t. 214, p. 423; id. 3-VII-1950, Fallos, t. 217, p. 212; id. 17-VII-1950, Fallos, t. 217, p. 477; id. 16-X-1950, Fallos, t. 218, p. 122; id. 30-X-1950, Fallos, t. 218, p. 224; id. 23-XII-1950, Fallos, t. 218, p. 826; id. 13-III-1951, Fallos, t. 219, p. 103; id. 11-II-1952, Fallos, t. 222, p. 61; id. 17-III-1952, Fallos, t. 222, p. 186; id. 14-IX-1953, Fallos, t. 226, p. 642 (también en La Ley, t. 72, p. 1881); id. 23-II-1953, Fallos, t. 225, p. 74; id. 5-IV-1954, Fallos, t. 228, p. 328; id. 23-VIII-1954, Fallos, t. 229, p. 612; id. 1-III-1955, Fallos, t. 231, p. 46; id. 23-V-1955, Fallos, t. 231, p. 426; id. 16-VIII-1956, Fallos, t. 235, p. 445 (también en La Ley, t. 85, p. 604, y en Jurisprudencia Argentina, 957-III, p. 368), aunque no dejaron de oírse voces de los tribunales locales sosteniendo que era innecesaria la previa reglamentación pues "ello no puede obstruir el fiel cumplimiento del precepto constitucional contenido en el art. 95, porque equivaldría a subordinar a la existencia de una ley reglamentaria el principio y garantía colocado en los rangos constitucionales superiores del Estado" (Cám. Apel. Doctores, 25-X-1948, La Ley, t. 57, p. 420; también en Jurisprudencia Argentina, 1850-I, p. 102; cf. Cám. Apel. La Plata, Sala II, 21-VI-1950, La Ley, t. 59, p. 516).

⁸⁷ En contra, BIELSA, "Derecho constitucional", B. Aires, 1939, p. 563, nota B.

⁸⁸ Buenos Aires, art. 149 Const., y reglamentado por los arts. 318 y sgtes. CPC; B. Aires, y 341 y sgtes. CPCr. B. Aires; Chaco, art. 179 Const. D. L. 1413/1962; La Rioja, art. 102 Const.; art. 86 y sgtes. CPC; y art. 495 y sgtes. CPCr.; Jujuy, art. 118 Const.; art. 233 y sgtes. CPC; San Juan, Ley 2273; y además, Mendoza, Misiones, Tucumán, Catamarca, Córdoba, Santa Fe, Sgo. del Estero, Salta, etc.

res in iudicando por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley, como por los vicios de la sentencia de los tribunales de la instancia ordinaria o por las violaciones u omisiones de las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, los errores in procedendo por la vía del recurso de nulidad extraordinario o de casación por quebrantamiento de las formas del juicio.²⁰

II. La sentencia plenaria es el sistema adoptado por aquellos ordenamientos jurisdiccionales que carecen de un tribunal superior con funciones casatorias; consiste en la reunión circunstanciada de las distintas secciones del organismo jurisdiccional, bajo la denominación de salas o de cámaras, que se transforma en tribunal pleno, para fijar la interpretación de la ley o unificar la jurisprudencia. Tal es el criterio que se origina con la sanción de la Ley 7055 y que persiste hasta el D. L. 1285/1958:²¹ la diferencia entre ambas leyes consiste en que la primera contempló el

²⁰ V. en general, IBÁÑEZ FROCHAM, "Tratado de los recursos en el proceso Civil", B. Aires, 1963, p. 255 y s/g. Esta distinción se encuentra perfectamente acaudada en el CPC, Jujuy, arts. 232/233; art. 360 CPCr., Mendoza; art. 485 CPCr., La Rioja; art. 410 CPCr., Catamarca; art. 487 CPCr., Salta; art. 493 CPCr., San Juan; art. 429 CPCr., La Pampa, La Prov. de Buenos Aires involucra el recurso de casación por quebrantamiento de la forma en el recurso de inconstitucionalidad, v. art. 382 CPC, debido a que la Constitución provincial incluye normas relativas a las formas de las sentencias de los tribunales colegiados; el art. 343, inc. 3, CPC, lo limita a la violación, durante el juicio oral, de las reglas de procedimiento, incluyéndolo dentro del recurso de inaplicabilidad de Ley.

²¹ V. la evolución legislativa sub nota 52.

El presupuesto del tribunal pleno es la fragmentación de un tribunal de la instancia ordinaria en distintas cámaras o su división en salas; en el orden local para la Capital Federal aparece con la ley 7055, la cual crea dos cámaras de apelaciones en lo civil y se perpetúa con la división de las cámaras en salas. En la Prov. de Buenos Aires, la ley 5827, art. 33 ha disciplinado el "plenario de cámaras": "Cuando un mismo caso judicial haya sido objeto de resoluciones divergentes por parte de distintas cámaras o de distintas salas de una misma cámara de un departamento judicial, al presentarse posteriormente uno similar, será resuelto por las cámaras del mismo fuero o la cámara en pleno, respectivamente, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El plenario de cámaras puede ser convocado por la mayoría de los miembros de la cámara que conoce en el caso; b) El plenario de cámara podrá ser convocado de oficio por la sala que interviene en el asunto que lo motiva o a petición de parte; c) La revisión de fallos plenarios anteriores podrá hacerse cuando lo provoquen por votación los dos tercios de la totalidad de los camaristas; d) La presidencia del plenario de cámaras será ejercida por el presidente de la cámara que lo origina y las diligencias procesales se cumplirán ante la Cámara o en su caso, ante la sala que conozca en el asunto; e) Sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, la interpretación de las normas legales será obligatoria para las salas de la misma cámara o para las cámaras y jueces de un departamento judicial, según se trate respectivamente de plenarios de cámara o de cámaras".

"plenario de cámaras" de un mismo fuero, mientras que las leyes 11824, art. 23; 12948, aprob. D. L. 32347, art. 17 y D. L. 1285/1958, art. 27, solamente contemplan el "plenario de las salas de una misma cámara".⁴²

La función primordial del plenario de cámara es, según el art. 27 D. L. 1285/1958, fijar la interpretación de la Ley,⁴³ para conseguir la unificación de la jurisprudencia y evitar las sentencias contradictorias, objetivos que se logran, sea de oficio a iniciativa de cualquiera de las salas que componen la cámara⁴⁴ sea a petición de parte por medio del mal llamado "recurso de inaplicabilidad de Ley",⁴⁵ interpuesto contra la sentencia de una

⁴² Los arts. 27 y 28 del D. L. 1285/1958 han creado la ilusión de la casación dentro de los límites territoriales de la Capital Federal; ha sido inútil que la doctrina se esfuerce en explicar que la pluralidad de los tribunales de casación es la negación de la función monofásica de la casación. La existencia potencial de tantos tribunales superiores como provincias, más el nacional, constituye una monstruosidad jurídica; pero que en el reducido espacio geográfico de la Capital Federal, existen seis tribunales con posibilidades casatorias constituye la legalización de la inseguridad jurídica. Hipotéticamente, esta situación posibilita que la Cám. Crim. Correc. y la Cám. Nac. en lo Penal Económico o que la Cám. Nac. Civil, la Cám. Nac. Comercial y la Cám. Nac.

de Paz, sostengan en respectivos plenarios de cámara, opiniones contradictorias, que quedarán sin recurso para el justiciable; v. DEVEALI, "Fallos plenarios y anarquía jurisprudencial", en *Derecho del Trabajo*, Julio 1962, p. 387.

⁴³ AREAL, "La inaplicabilidad de la ley", en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-III, sec. doct., p. 23, se refiere a la uniformidad en la interpretación de la ley, observando más que la función el resultado, que deriva de la obligatoriedad de los fallos plenarios de cámara; para otros, "afianza la unificación de la interpretación jurisprudencial" (Cám. Nac. Civil, Sala E, 21-XI-1960, *La Ley*, t. 101, p. 930, también en *Jurisprudencia Argentina*, 961-II, p. 414, o fija la jurisprudencia contradictoria (Cám. Nac. del Trabajo, Sala V, 21-VIII-1962, *La Ley*, t. 108, p. 738, también en *Jurisprudencia Argentina*, 962-VI, p. 520) o ordena una de las fuentes del derecho (Cám. Nac. del Trabajo, Sala V, 11-VI-1962, *La Ley*, t. 106, p. 746), etc.

⁴⁴ El Reglamento para la Justicia Nacional (RJN) dictado por la Sup. Corte Nacional (v. su texto en *Fallos*, t. 224, p. 575, también en *La Ley*, t. 68, p. 270; id. en *Jurisprudencia Argentina*, 951-I, p. 179), de fecha 17-XII-1952, dispone en sus arts. 112 y 113: "Las cámaras nacionales de apelaciones computadas de varias salas organizarán y llevarán al día en cada una de ellas un fichero por materias que contenga las jurisprudencias no sólo del respectivo tribunal en pleno sino también de todas las salas del mismo; antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su pronunciamiento, cada sala deberá informarse de la jurisprudencia de las demás del tribunal de que forma parte sobre el punto a resolver. En el caso de que no haya coincidencia de criterio la sala se abstendrá de dictar sentencia y se reunirá el tribunal en pleno para fijar jurisprudencia". El D. L. 1285/1958, no ha derogado ni modificado el art. 112 (RJN).

⁴⁵ El denominado "recurso de inaplicabilidad de ley" creado por el art. 28 D. L. 1285/1958, no merece este nombre reservado para los medios de impugnación de una sentencia por violación de la ley o de

sala que contradiga una sentencia anterior de la misma cámara⁸² cuando el precedente haya sido invocado antes de la sentencia definitiva⁸³ más que un recurso de inaplicabilidad de Ley, se trata de un recurso contra la contradicción jurisprudencial,⁸⁴ cuya existencia solamente puede coexistir con la triste y lamentable excusa de tratarse de un "mal menor".

III. Enjuiciando ambos sistemas, se advierte la absoluta necesidad de establecer un tribunal nacional de casación, con competencia para entender en los recursos de inaplicabilidad de ley y de nulidad extraordinaria por quebrantamiento de la forma procesal; la pluralidad de los tribunales casatorios o el mal la-

la doctrina legal, o por errónea o falsa aplicación de la ley o de la doctrina legal (v. gr.: art. 321 CPC, B. Aires). Como bien señala AREAL, op. cit., loc. cit., p. 25: "Los motivos o causas determinantes de la anulación de la sentencia en el D. L. 1245/59, no revisten en modo alguno, la amplitud del error en el iudicando de la casación italiana. Nuestra ley es más simple ya que establece un único motivo o defecto o medio, según se le quiera llamar, y que se reduce a: falta de uniformidad en la aplicación de la ley... No será necesario el recurrente demostrar la falsa o errónea aplicación de la ley; simplemente le bastará acreditar la existencia de sentencias contradictorias...".

⁸² Si no existen sentencias contradictorias el recurso es improcedente, aunque la sentencia en cuestión aplique o interprete errónea o falsamente la ley. Los tribunales contribuyeron a minimizar el recurso con la interpretación restrictiva de la frase: "Misma cámara", como sinónimo de "actual composición" (v. Cám. Nac. Civil, en pleno, 28-II-1962, La Ley, t. 107, p. 770; id. 29-III-1962, La Ley, t. 107, p. 829; id. 11-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 20; id. 29-IX-1962, La Ley, t. 110, p. 27; id. 28-VI-1962, La Ley, t. 111, p. 70 (también en Jurisprudencia Argentina, 963-IV, p. 461); Cám. Nac. Civil, Sala C, 31-V-1962, La Ley, t. 108, p. 194).

⁸³ Si la contradicción resulta de la misma sentencia definitiva, el justificable queda virtualmente desamparado. PALACIO, "Recurso de inaplicabilidad de ley y recurso extraordinario", en La Ley, t. 107, p. 1165, plantea este supuesto comparando las consecuencias del régimen anterior al D. L. 1245/1959, en el cual el art. 113 RJN imponía a las salas del tribunal el deber de informarse de la jurisprudencia existente y en caso de existir fallos contradictorios, debía abstenerse de dictar sentencia convocando al tribunal en pleno para dictar sentencia, que en caso de omisión, hacía procedente el recurso extraordinario (Sup. Cor. Nac. 18-VIII-1963, Fallos, t. 228, p. 492; también en La Ley, t. 72, p. 74 y Jurisprudencia Argentina, 863-IV, p. 217); pero a partir de la sanción del D. L. 1245/1959, la Corte sostuvo que el recurso extraordinario por incumplimiento del procedimiento prescrito por el art. 113 RJN, "ha sido sustituido por el de inaplicabilidad de ley que... debe deducirse ante el tribunal en pleno de segunda instancia" (Sup. Corte Nac. 18-VI-1958, Fallos, t. 241, p. 38; id. 20-VIII-1958, Fallos, t. 241, p. 195; id. 17-IX-1958, Fallos, t. 241, p. 370; id. 31-X-1958, Fallos, t. 242, p. 183; id. 17-XI-1958, Fallos, t. 242, p. 376; id. 4-VI-1962, Fallos, t. 253, p. 32; id. 25-VI-1962, Fallos, t. 253, p. 131, etc.).

⁸⁴ Cf. Cám. Nac. Civil en pleno, 29-II-1962, La Ley, t. 107, p. 770; "de ocasión limitada formalmente condicionada", lo establece la Cám. Nac. Civil en pleno, 18-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 895.

mado "recurso de inaplicabilidad" del D. L. 1285/1958 semejan pirámides truncadas, a las que falta la cúspide para culminar su armoniosa arquitectura.

8. b) *Las mutaciones jurisprudenciales.* El problema de las mutaciones de la jurisprudencia produce en el mundo jurídico, fenómenos más inquietantes que el de las mutaciones legales; ⁶⁶ la hipótesis de la mutación de la jurisprudencia es que, bajo el imperio de una misma ley y de idénticas instituciones, aquella es interpretada en forma distinta sea a través del tiempo, sea a través del espacio.

La mutación de la jurisprudencia no significa el reconocimiento del error de la jurisprudencia anterior, sino "un cambio de valoración dentro de las varias que permite el marco legal", ⁶⁷ debiéndose distinguir entre las variantes de la jurisprudencia y los cambios de la jurisprudencia. ⁶⁸

⁶⁶ "Un cambio súbito de jurisprudencia es un mal social que puede ser considerable. Los interesados sufren una decepción porque tenían la esperanza en cálculos legítimos. Es preciso que la solución nueva sea sensiblemente mejor que la antigua, para que haya ventaja sustituyéndola; si no, el inconveniente del cambio contrapesa esta ventaja". ROLLIN, cit. por REICHEL, op. cit., p. 138, nota 1.

⁶⁷ COSSIO, "Teoría de la verdad jurídica", B. Aires, 1954, p. 132; APTALION, "Crítica del saber de los juristas", cit., p. 139. V. los interesantes casos de mutaciones de la jurisprudencia (francesa en el caso), en BECENA, "Magistratura y justicia", Madrid, 1928, p. 246 y siguientes y en RIFERT, "El régimen democrático y el derecho civil moderno" (trad. Calica), México, s/f, passim.

⁶⁸ Las variantes y los cambios de la jurisprudencia son entidades de distinta comprensión. El problema puede ser traducido en una fórmula algebraica: Dada una situación particular (SP) regida por una norma concreta (NC), se tiene un resultado (A); pero la misma norma concreta (NC), puede también regir una situación particular distinta (SP'), con lo cual el resultado no sería el anterior, sino distinto (B):

$$\begin{aligned} SP + NC &= A \\ SP' + NC &= B \end{aligned}$$

tal es el planteo de la variante de la jurisprudencia; su fundamento se encuentra en la falta de identidad de los casos planteados a la decisión del tribunal.

La hipótesis del cambio de la jurisprudencia es que, dadas dos situaciones particulares idénticas, regidos por idéntica norma concreta el resultado (sentencia o fallo) difiere:

$$\begin{aligned} SP + NC &= A \\ SP + NC &= B \end{aligned}$$

Y aún podría hablarse no de cambio de jurisprudencia sino de distinta jurisprudencia si en la ecuación se incluyen los tribunales diferentes que han dictado la sentencia (Tx y Tx):

$$\begin{aligned} SP + NC \times Tx &= A \\ SP + NC \times Tx &= B \end{aligned}$$

Abundando en el problema podría observarse, asimismo, que la hipótesis del cambio de la jurisprudencia requiere un elemento temporal para excluir su consubstancialidad con el error, mientras que en

Las variantes de la jurisprudencia son de su misma esencia, en tanto, dentro de la multiplicidad de los casos judiciales, la perfecta identidad es rara; en la variante, el aspecto valorativo es contingente, por cuanto la apreciación y estimación de una situación particular adquiere fundamental importancia.¹²

Los cambios de la jurisprudencia (también llamados virajes) tienen gran importancia en el desenvolvimiento y progreso del derecho: dos situaciones particulares análogas, una misma norma concreta y, por hipótesis, un mismo tribunal, son los actores en este drama judicial, que termina, en la distancia del tiempo dando a uno lo que al otro negó. La ley provee el cambio de la jurisprudencia; "sólo podrá modificarse aquella (sentencia plenaria) por medio de una nueva sentencia plenaria" (D. L. 1285/1958, art. 37); la inmutabilidad de la jurisprudencia puede ser más peligrosa que un cambio de la jurisprudencia.¹³

9. c) Los efectos de la jurisprudencia. El problema de los cambios de la jurisprudencia se vincula al de los efectos de la jurisprudencia. Frente a un cambio de la jurisprudencia, ¿qué suerte corren las situaciones jurídicas realizadas conforme una jurisprudencia anterior, pero que aún no han tenido una decisión judicial o no han derivado en el planteamiento judicial?¹⁴

la hipótesis de la distinta jurisprudencia se requiere un elemento especial para lo mismo. Si se dan en un mismo tiempo o en un mismo espacio ambas hipótesis, el principio lógico de no contradicción habría sido violado.

¹² Cám. Civ. 2ª C. Fed., 20-X-1956, La Ley, t. 63, p. 44; Sup. Cta. B. Aires, 18-VIII-1953, Jurisprudencia Argentina, 953-IV, p. 438; id. 3-XI-1957, Jurisprudencia Argentina, 958-III, p. 122; la Sup. Corte Mac. se ha pronunciado en varias ocasiones: 11-VI-1953, Fallos, t. 228, p. 53 (también en La Ley, t. 71, p. 624 y en Jurisprudencia Argentina, 953-II, p. 340); id. 28-IV-1955, La Ley, t. 79, p. 682; id. 23-X-1957, Fallos, t. 229, p. 154, refiriéndose a las "cuestiones distintas a las planteadas".

¹³ Cf. Sup. Corte Nacional, 1-IX-1943, Gaceta del Foro, t. 187, p. 227; id. 8-IV-1959, Fallos, t. 343, p. 159; Cám. Apel. Trabajo, Sala III, 28-I-1946, La Ley, t. 43, p. 869.

¹⁴ Por ejemplo:

a) Se despide al obrero de la industria que no reclama judicialmente el pago de las indemnizaciones, porque la jurisprudencia imperante al momento del despido, le niega aquel derecho; posteriormente, cambia la jurisprudencia admitiendo que el obrero de la industria tiene derecho a la indemnización;

b) Se vende como libre un automóvil prendado durante la vigencia de una jurisprudencia plenaria que establece que ese acto es penalmente irrelevante; posteriormente, otro tribunal plenario de la misma competencia territorial declara que la venta del automóvil prendado constituye delito.

Al ocurrir el despido en un caso y la venta del automóvil en el otro no se consideró conveniente proceder judicialmente frente a lo establecido por la jurisprudencia. Producido el cambio, se presenta el obrero reclamando la indemnización y el acreedor prendario exigiendo

Se dice que la jurisprudencia que viene a modificar una situación jurídica imperante con anterioridad tiene carácter *irretroactivo*,¹² de tal manera que las situaciones jurídicas que han quedado fijadas durante el tiempo de vigencia de una jurisprudencia, no podrían ser juzgadas por la nueva jurisprudencia, aunque el proceso se ventile íntegramente durante la vigencia de ésta.¹³

el procesamiento del vendedor. ¿Se aplicará la vieja jurisprudencia que exoneraba al patrono del pago de las indemnizaciones o al vendedor de la responsabilidad penal?, o ¿se aplicará la nueva jurisprudencia que obliga al pago de la indemnización o responsabiliza penalmente?

Sobre este problema, cons. RAYCES, 'La jurisprudencia plenaria: esfera de su obligatoriedad', en *Jurisprudencia Argentina*, 943-IV, p. 501; id. "Efectos en el tiempo de un cambio de jurisprudencia. Función convalidatoria del derecho aparente declarado por los jueces", en *Jurisprudencia Argentina*, 945-II, p. 54; id. "Otra vez sobre los efectos de los cambios de jurisprudencia con relación a los actos cumplidos en el interior", en *Jurisprudencia Argentina*, 932-I, p. 1; DEVEALI, "Sobre la irretroactividad de la jurisprudencia como fuente del derecho", en *Derecho del Trabajo*, Mayo 1949, p. 243; MARTÍNEZ RUIZ, "Amparo constitucional del efecto liberatorio del pago: función de la jurisprudencia como fuente del derecho positivo", en *La Ley*, t. 55, p. 188; YMAZ, "Accra del efecto liberatorio del pago", en "La esencia de la cosa juzgada", cit., p. 157, etc.

¹² La tesis jurisprudencial al respecto fue claramente enunciada por BARRAQUERO, in re Mc. Clalland: "Todo hecho jurídico queda regido por la jurisprudencia vigente a la época de su nacimiento no teniendo efecto retroactiva la revisión de aquélla, salvo la aplicación de la nueva jurisprudencia al caso controvertido que motivó la convocatoria del tribunal pleno" (Cám. Civ. 1.^a Cap. Fed., 30-IV-1941, *La Ley*, t. 34, p. 382, también en *Jurisprudencia Argentina*, t. 74, p. 600); esta doctrina ha sido admitida por la CSN, 15-XII-1949, Fallos, tomo 215, página 429 (también en *La Ley*, tomo 57, página 237, y en *Jurisprudencia Argentina*, 950-I, p. 283; id. 19-XII-1949, *Jurisprudencia Argentina*, 950-II, p. 87; id. 24-III-1952, Fallos, t. 222, p. 194 (también en *La Ley*, t. 46, p. 326 y *Jurisprudencia Argentina*, 952-II, p. 301); id. 28-V-1952, Fallos, t. 24, p. 753 (también en *La Ley*, t. 43, p. 359); por las Cás. Civil en pleno, 5-XI-1943, *La Ley*, t. 32, p. 497 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 943-IV, p. 501; por la Cám. Nac. Civil, Sala B, 21-VI-1950, *La Ley*, t. 43, p. 329 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 951-I, p. 154); id. Sala C, 21-VII-1950, *La Ley*, t. 43, p. 329; por la Cám. Nac. Comercial, Sala B, 25-III-1955, *La Ley*, t. 79, p. 49; por la Cám. Nac. Crim. y Correc., 16-VIII-1948, *La Ley*, t. 43, p. 219; id. 18-V-1953, *La Ley*, t. 119, p. 368; Cám. Apel. Trabajo, Sala III, 28-I-1948, *La Ley*, t. 43, p. 893; Trib. Trabajo La Plata, 14-VI-1948, *La Ley*, t. 36, p. 627, etc.

¹³ Han sostenido la retroactividad de la jurisprudencia, cuando se trata de la interpretación de una norma vigente en el momento de crearse una situación jurídica (Cám. Nac. Crim. y Correc. Sala V, 20-VII-1953, *La Ley*, t. 121, p. 441); o cuando el obrero pudo demandar ante un tribunal distinto; en estos casos, la CSN, in re Correa de Sombra, 24-IX-1951, Fallos, t. 220, p. 1485, declaró que "la circunstancia de que según la jurisprudencia de la Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Bs. Aires, en la época en que ocurrieron los hechos, los cheques industriales no estuvieron comprendidos entre los beneficiarios de la ley 11729, no basta para considerar al patrón como titular

Pero esta tesis, ¿no significa una verdadera contradicción? Si por el carácter irretroactivo de la jurisprudencia se entiende que la nueva jurisprudencia es inaplicable a la situación jurídica nacida, desarrollada o en conflicto durante la vigencia de la jurisprudencia anterior, y si la hipótesis se da durante este lapso, ello significa que el tribunal deberá aplicar la vieja jurisprudencia,¹⁷ de tal manera que el tribunal podría dictar simultáneamente dos fallos absolutamente opuestos y contradictorios, según que las situaciones jurídicas hubieran tenido su perfeccionamiento durante una u otra jurisprudencia.¹⁸

Es cierto que una situación jurídica se perfecciona o formaliza en un ambiente dominado por un plexo de valoraciones colectivas que son interpretadas en un sentido determinado por la jurisprudencia imperante, y que al ajustarse a ella, los individuos se crean su propia norma individual con el convencimiento que su conducta concuerda exactamente con el derecho vigente. El cambio de la jurisprudencia imperante produce el fenómeno de revolucionar aquel derecho vigente: lo que no era debido, ahora es o puede ser debido, lo no punible puede convertirse en punible y en estos casos, la pregunta que surge espontáneamente es: ¿Existe un derecho adquirido a ser juzgado según la situación existente como definitivamente concluida?

No existe un derecho adquirido a ser juzgado según deter-

a un derecho adquirido a la liberación, el pudo ser demandado por el obrero ante los tribunales de la justicia del trabajo de la Capital Federal..." (cf. Cám. Nac. Trabajo, Sala I, 24-IX-1943, La Ley, t. 114, p. 136).

¹⁷ Ver Cám. Crim. Corre. Sala de Cámara, N° 1084, La Ley, t. 117, p. 104.

¹⁸ Cám. Paz Letrada, Sala I, 31-V-1946, La Ley, t. 43, p. 230. En este fallo, el juez disidente (VAZQUEZ) decía: "Si se admitiera que la nueva doctrina del tribunal pleno no es aplicable a los hechos ocurridos cuando regía la anterior, habría que concluir en que el pleito que da lugar al nuevo fallo plenario —ya que los hechos sobre los que el mismo versa ocurrieron indudablemente con anterioridad—, debe ser resuelto conforme a la doctrina que se desecha por equivocada, lo que es absurdo, y además apartaría el resultado de impedir las modificaciones de equidad".

¹⁹ Especial significación ha tenido el cambio de jurisprudencia de la Sup. Corte de B. Aires, relativo a la inclusión del obrero industrial en los beneficios de la ley 11729, habiéndose declarado que "Cuando, en demandas radicadas en la provincia, el caso de actividades tuvo lugar con anterioridad al primero de julio de 1947, fecha en que la SCBA cambió su jurisprudencia, los jueces deben fallar en el sentido de la exclusión de los obreros de la industria como beneficiarios de la ley 11729, aunque se trata de una ley de orden público" (SCBA, 16-VIII-1953, La Ley, t. 72, p. 592; cf. CSN, 23-X-1952, Fallos, t. 324, p. 123, también en La Ley, t. 84, p. 156; Sup. Corte B. Aires, 16-VII-1953, La Ley, t. 81, p. 182, también en Jurisprudencia Argentina, 936-I, p. 130).

minada jurisprudencia;⁵⁵ una tesis de esa índole concluiría en la equiparación de la jurisprudencia y la ley, y no en tanto el problema de la conducta valiosa o disvaliosa del causante,⁵⁶ sino el de la ultraactividad de una jurisprudencia superada.

No es, pues, que se admita la retroactividad de la jurisprudencia; lo que no se permite es la ultraactividad de la jurisprudencia cambiada.⁵⁷

10. d) Peligros de la jurisprudencia. No se puede concluir

⁵⁵ "No existe ninguna disposición legal que garantice la inmutabilidad de la jurisprudencia que debe ser aplicada en todo proceso nuevo, conforme su estado en el instante en que se ejercita la acción". Cám. Apel. del Trabajo, Sala II, 24-V-1948. La Ley, t. 31, p. 456. Los tribunales, sin embargo, han mencionado la teoría del derecho adquirido para justificar el carácter irretroactivo de la jurisprudencia en lo que respecta, v. gr. al efecto liberatorio del pago efectuado de acuerdo a la orientación jurisprudencial vigente (cons. YMAZ, "El efecto liberatorio del pago", cit., loc. cit., p. 157 y sigtes.; C.S.N., fallos cit., sub nota 75).

La generalización de esta teoría es inasostenible, ya que no puede comprender en su concepción situaciones donde no exista una prestación admitida; v. gr.: el despido sin indemnización del obrero de la industria, la venta del automóvil prendado, etc. En tales casos no se puede hablar de un derecho adquirido a ser juzgado por determinada jurisprudencia; el patrono y el vendedor actúan conforme un determinado orden tribunalicio que les confirma que su actuación es valiosa, pero no adquieren ningún derecho; la prueba de esta afirmación está dada por el primer caso en que se aplica la nueva jurisprudencia que se encontrará en franca desigualdad con los actos contemporáneos similares.

⁵⁶ YMAZ, "El efecto liberatorio del pago", cit. loc. cit., p. 173, deduce un argumento fundado en la apreciación de las conductas valiosas o disvaliosas para el fenómeno jurídico "Es así, dice, como respecto del problema que nos ocupa, cabe afirmar que la actitud de los empleados que, después de un lapso cualquiera y a raíz de un cambio de la jurisprudencia, objetan el cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador, es dudosamente valiosa", lo cual es un argumento demasiado casista y que deja en pie el problema, porque si es más valiosa la conducta del patrono que ajusta su actuar a un estado de conciencia jurídica o del vendedor del automóvil prendado, que lo enajena, que la conducta del obrero despedido o del acreedor prendario que aprovechan un cambio de la jurisprudencia para modificar su anterior actitud pasiva, no es menos cierto que si las valoraciones colectivas son acusadas por los jueces a través de su sensibilidad del fenómeno jurídico después de una lenta recepción de la modificación que el sentido jurídico de la comunidad imprime a la norma, ello solamente significa que el patrono o el vendedor tenían conciencia que estaban realizando un acto que la comunidad repudiaba y solamente aprovechaban un estado de desacuerdo entre la jurisprudencia imperante y la valoración de la comunidad. Es el caso del patrono que despedía impunemente al "obrero de la industria", aprovechando un estado de jurisprudencia que no coincidía con las valoraciones colectivas vigentes pero que todavía no se habían consagrado por una "jurisprudencia local".

⁵⁷ V. en general, APTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, Introducción cit., p. 358 y sigtes.

este esquema, sin advertir los peligros del culto de la jurisprudencia, aspecto negativo que tiene particular importancia para no recaer, después del culto idólatrico de la ley, en la adoración fetichista de la jurisprudencia.²⁸

Esta posición de injustificado corte hedonista, lleva hacia un estado de estancamiento o de involución, negativo del progreso del derecho: la jurisprudencia no da una receta infalible para resolver todos los casos, ni compendia todo el Derecho:²⁹ se ha

²⁸ Quienes han tratado el tema de la jurisprudencia con objetividad y desapasionadamente han advertido este peligro. REICHEL, citando a BURCKHARDT, "La ley y la sentencia", cit., p. 130, nota 3, dice que el culto al precedente es el primer paso para la corrupción; CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", cit., p. 10, refiriéndose a la regla stare decisis el quicio non movetur del derecho anglosamericano, se lamenta en cuanto a su influjo en el desarrollo del derecho, agregando que "si eso fuera todo lo que hay en nuestra profesión habría muy poco interés intelectual a su respecto; el hombre que tuviera el mejor fichero de casos sería también el juez más sabio"; en el mismo sentido, GORPHE, "Las resoluciones judiciales", cit., p. 103; "Excelentes prácticos alemanes han señalado también el peligro de ese culto excesivo por la jurisprudencia que, facilitado por las abundantes y numerosas colecciones de sentencias se convierte en verdadera caza de los precedentes que desvía el espíritu de los jueces de las fuerzas profundas de la justicia", y en p. 141: "Copiar los precedentes constituye un trabajo servil, indigno de la justicia..."; v. CARNELUTTI, "Jurisprudencia consolidada (o bien de la comodidad del juzgar)", cit. en "Cuestiones", cit., p. 303, en su irónica alusión al massimorá; v. también, BIELSA, "Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia", cit. en Rev. cit., p. 397; id. "La abogacía", cit., p. 319; "Si todo asunto jurídico se plantea de acuerdo con la jurisprudencia, si todo se ve a través del prisma jurisprudencial, por luminoso que sea, se crea una especie de cuerpo jurídico de corte pragmático y se pierde de vista el cuadro general del derecho; se olvida el lineamiento total del sistema. Porque por sabia y nutrida que sea la jurisprudencia en cada rama del derecho, los tribunales no han resuelto, como se comprende, todos los casos posibles"; LAUDER, "Concepto, función y técnica de la jurisprudencia", cit. en La Ley, t. 37, p. 311.

²⁹ Se ha declarado que "los precedentes judiciales solamente tienen un valor relativo y su aplicación automática no puede ser preconizada si con ello se deja de lado la realidad social y económica del momento" (Cám. Civ. 2º, C. Fed., 3-III-1947, La Ley, t. 43, p. 697; también en Jurisprudencia Argentina, 947-I, p. 376); "los precedentes jurisprudenciales, valiosos para juzgar situaciones análogas, pueden y deben ser objeto de debida valoración cuando la aplicación matemática de su doctrina puede conducir a soluciones injustas e impropias de las circunstancias del caso" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 22-V-1964, Jurisprudencia Argentina, 994-V, p. 148); y finalmente, la Sup. Corte de B. Aires ha declarado que: "Los ejemplos jurisprudenciales, por el necesario condicionamiento casuístico que tiene cada sentencia, llevan consigo el peligro de seducir al juzgador y de arrastrarlo, por el camino de la analogía, hacia conclusiones no siempre compatibles con los detalles que en cada caso, disminuyen la identidad y engendran sensibles diferencias entre los litigios exteriormente más parecidos" (Sup. Corte B. Aires, 3-XI-1947, Jurisprudencia Argentina, 358-III, p. 123), cons. CSN., 11-VI-1953, Fallos, tomo 226, página 35 (también en La Ley,

llegado a hablar así, del carácter a-científico de la jurisprudencia, en el sentido de la eliminación del elemento sistemático que determina el carácter científico de una rama del saber humano; otros señalan su carácter contingente y casuístico, a lo cual se agrega su notoria ineficacia para lograr resultados concretos y tangibles, y finalmente se acota que la jurisprudencia es el paellón que encubre toda clase de mercancía, incluso la ilícita.⁸⁴

A pesar de esta crítica severa, la Jurisprudencia continúa siendo insapreciable instrumento de investigación como forma de manifestación del derecho procesal.⁸⁵

t. VI, p. 624, y en Jurisprudencia Argentina, 953-III, p. 349); Cám. Cap. Fed., 27-VII-1949, La Ley, t. 57, p. 561 (también en Jurisprudencia Argentina, 949-IV, p. 8); Id. 13-X-1949, La Ley, t. 57, p. 564, etc.

⁸⁴ Un humorista italiano se refiere a la Jurisprudencia como vieja prostituta que cargada de años y de azules reparte sus sonrisas dando quiera que haya barbilindos abogados y barbados jueces, mantenida por solemnísimos magistrados.

⁸⁵ Los juristas latino-americanos se han referido repetidamente a "deus monitus de pensar", según se trate del juez latino-americano del derecho escrito o del juez angloamericano del common law (v. AFTALION, GARCIA OLANO y VELANOVA, Introducción cit., p. 287 y siguientes; GÖTHEL y VILANOVA, "Los dos sistemas jurídicos", en La Ley, t. 48, p. 881 y agtes.; MANKIEWICZ, "El papel de la jurisprudencia y la actitud del juez en los países de common law y en los países de derecho escrito" en Les Cahiers du Droit, París, Nº 33, Nov.-Dic., 1954, p. 12, etc.), pero en realidad no existe sino una manera escamética de pensar el derecho. Es indudable que para el jurista de los países del common law, el precedente judicial tiene una gran importancia, una importancia fundamental (CARDOZO, "Naturaleza de la función judicial", cit.; FUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del derecho", cit.; BECERA, "Magistratura y Justicia", cit., p. 108 y agtes.; CUETO RUA, "El common law", B. Aires, 1957; TEDESCHI, "El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo", en La Ley, t. 43, p. 508, etc.), pero numerosos autores angloamericanos han señalado la tendencia a separarse combatiivamente del fetichismo de la jurisprudencia (c. CATLETT, "Desarrollo de la doctrina de las stare decisis y extensión en que ella debe ser aplicada", en Washington Law Review and State Bar Journal, Seattle, Washington, vol. XXI, Nº 3, Julio 1946, p. 138; SUMNER LOBINGER, "Los precedentes en los sistemas legales pasados y presentes", en Michigan Law Review, Ann Arbor, Michigan, vol. 44, Nº 6, Junio 1946, p. 938; DOUGLAS, "Stare decisis", en Columbia Law Review, N. York, vol. 19, Nº 6, Junio 1949, p. 735, etc.), señalándose el positivo aporte que significó para el progreso del derecho las llamadas opiniones de los grandes disidentes. Por otra parte, el reconocimiento pragmático de los jueces angloamericanos, aunque respetan el principio fundamental del stare decisis et quia non nocere como significativo de la adhesión al precedente (binding precedent o precedente obligatorio), han elaborado una técnica jurisprudencial mediante la cual, el juez puede apartarse del binding precedent en casos excepcionales (over-ruling), juzgando directamente como si el precedente no existiera o más sutilmente, introduciendo hábiles distinciones que justifican su separación del precedente (distinguishing). Véase: DA CUNHA, "Jurisprudencia y case law", en La Ley, t. 47, p. 885 y agtes.).

**SOBRE LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR
A NUESTRA LEGISLACION POSITIVA
REGULACIONES SOBRE LOS CONTRATOS
BANCARIOS DE APERTURA DE
CREDITO Y DE DESCUENTO ***

JUAN CARLOS MALAGARRIGA

I. Nuestro Código de Comercio ha subsistido hasta el presente sin que su permanencia entorpeciera fundamentalmente la actividad económica, ni las relaciones de derecho que la misma crea, no obstante las sustanciales modificaciones que aquella sufre desde la sanción del proyecto de Acevedo y Vélez Sársfield, no sólo porque le fueron introducidas las reformas de más imperiosa necesidad sino, principalmente, por la libertad de contratación que las normas codificadas en modo alguno coartaban.

Ello ha hecho decir a la doctrina de nuestro país que la perduración del derecho comercial, como rama del derecho privado, y la vigencia de su legislación positiva, no obstante la dinámica evolución del mismo, se debe precisamente a ese predominio, en sus instituciones más fundamentales, del libre albedrío de sus contratantes para establecer las condiciones más convenientes para la eficaz contratación.

Así, ha surgido un gran número de nuevas figuras contractuales las que, si bien en muchos casos constituyen simples variaciones de los tipos de contrato consagrados en el Código, en otros resultan totalmente inadaptables a las figuras conocidas y requieren, consecuentemente, una mayor dosis de previsión en los contratantes, y un mayor esfuerzo en los juristas para el desentrañamiento de su naturaleza jurídica y la determinación de las normas supletorias aplicables.

* El presente trabajo fue enviado como ponencia al Congreso Nacional de Derecho Comercial que debía realizarse en Octubre de 1966, organizado por la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral.

II. No sólo se ha caracterizado el desarrollo de la materia jurídica comercial por la creación de nuevas formas contractuales sino que, con igual o mayor fuerza, se han desarrollado nuevos modos de contratación, esto es, nuevos medios para lograr la formalización del contrato, ya sea éste de los de tipo tradicional, o de los de nuevo cuño. Ha surgido, así, lo que se ha dado en llamar "contratación en masa" y "contratación por adhesión", instituciones que son el mero reflejo de los cambios sustanciales que en el campo del derecho privado se han producido como consecuencia de la evolución industrial y de la expansión de las grandes empresas.

Sin entrar a considerar el problema de la asimilación del derecho comercial al derecho de las empresas, es decir, prescindiendo de la polémica en torno a la conveniencia o inconveniencia de que el derecho comercial se reduzca al estudio de las relaciones jurídicas que se crean como consecuencia exclusivamente de la actividad empresarial, lo cierto es que en el campo de la contratación actual, cuantitativa y cualitativamente considerada —en cuanto al número de contratos y a la calidad económica de los mismos—, predominan aquellos en los que una de las partes impone las condiciones, y la otra las acata habiendo, así, desaparecido el tradicional elemento de libre deliberación de los términos de la convención.

Este nuevo elemento introduce, sin duda, un factor de distorsión en el libre juego de las voluntades que prevé nuestro artículo 1197 del Código Civil, en cuanto la norma obligatoria que las partes han consagrado ha sido dictada, en rigor, por sólo una de ellas. El Estado, así, se ve obligado a restablecer el equilibrio perdido, y en ocasiones ha ocurrido en auxilio de la parte débil del contrato, imponiendo normas obligatorias y estableciendo controles, no siempre, por cierto, de la efectividad deseada.

III. Dentro de este panorama de la contratación comercial moderna que brevemente hemos pretendido esbozar, se destaca con caracteres nítidos un conjunto de negocios jurídicos en los que una de las partes es un banco. Casi ninguno de ellos requiere, por su propia naturaleza, que sea un banco quien participe en la concertación del contrato pero, sin embargo, en la realidad es siempre una institución bancaria la que concurre al acto como uno de sus extremos. Así, se da en la vida económica una serie de relaciones jurídicas en las que el banco es siempre participante: contra él se libran cheques —facultad que sí le está reservada con exclusividad—, con él se concerta créditos documentados, a él se recurre para el descuento de títulos de crédito, con él se contrata cajas de seguridad, a él se le pide un adelanto en cuenta corriente.

Todo este fenómeno ha dado lugar a que los juristas hayan pensado en la posibilidad de la institucionalización de una nueva rama del derecho privado, dentro del ámbito del derecho comercial, pero con caracteres propios, que sería el derecho bancario o, mejor aún, para eliminar del mismo lo que de derecho público administrativo necesariamente posee, derecho contractual bancario, que comprendería el estudio de todos los contratos realizados con intervención de un banco.

Se ha argumentado contra quienes esto pretenden, que no existen elementos caracterizantes del contrato bancario en razón de que, quizás con la única excepción de la cuenta corriente bancaria, ninguno de los pretendidos contratos bancarios exige con carácter de necesidad la intervención de un banco. Así, se sostiene que tanto puede descontar documentos, contratar créditos documentados, alquilar una caja de seguridad, un individuo cualquiera, o una sociedad no bancaria, como puede hacerlo un banco y que, consecuentemente, hablar de derecho contractual bancario es enunciar un concepto vacío de contenido específico.

IV. No es ésta la ocasión para tomar partido en la polémica apuntada; pero, ello no obstante, no puede dejar de destacarse que, se admita o no la jerarquización científica del derecho contractual bancario, lo cierto es que existen, en la realidad económica, contratos que, cualquiera que fuera la razón por la que está ocurre, son sólo realizados por los bancos o, para ser más exactos, son efectuados, en la inmensa mayoría de los casos, con intervención de un banco.

Ello sentado, se observa que en nuestro derecho privado no aparece legislada institución alguna, fuera de la cuenta corriente bancaria, en la que una de las partes sea un banco; y tampoco se encuentra, entre la lista de los contratos nominados, la gran mayoría de los que realizan los bancos en su tráfico diario.

De la ausencia apuntada podrá quizás deducirse que la libertad de contratación ha suplido la laguna legal y que, consecuentemente, no se observa la necesidad de que el legislador estatuya normas, puesto que las que las partes convienen parecen suficientes para la determinación de sus recíprocos derechos y obligaciones. De admitir este aserto, es decir, de ser cierto que la libertad de contratación redime al legislador de su obligación de dictar normas rectoras en las distintas materias que son objeto de la contratación con los bancos, resultaría que prácticamente toda la legislación no imperativa sería innecesaria, dado que bastaría con que las partes establecieran detalladamente los términos de la convención para que resultara superabundante la legislación al respecto. No creo que esto sea así sino que, por el contrario, considero que cuando una institución ha alcanzado una

evolución suficiente dentro del campo de la contratación, debe consolidarse dicha normación en un cuerpo legal, no sólo para fijar sus términos, sin por ello coartar las posibilidades de evolución de dicha institución, sino también para dotar a los contratantes de normas que permitan cubrir las lagunas en las que pueda

V. Entendemos, entonces, que algunos de los contratos que actualmente se celebran con intervención de los bancos deben tener reconocimiento legislativo, y deben ser incorporados a nuestro derecho positivo.

Y decimos algunos, y no todos, por cuanto las modalidades peculiares de ciertos contratos bancarios determinan que éstos pudieran verse perjudicados en su dinámica por su incorporación a la legislación positiva en razón, principalmente, de su contenido de contratación típicamente internacional, como es el caso, por ejemplo, del crédito documentado. El establecimiento de normas legales respecto de este contrato podría entorpecer quizás, más que favorecer, la contratación, con lo que se habría obtenido un resultado contrario al fin perseguido por la ley, que no puede ser otro que el de evitar problemas, presentes o futuros, a los contratantes en la concertación de sus convenciones, y en el cumplimiento de las mismas.

VI. El criterio expuesto ha sido consagrado en el Código Civil Italiano de 1942, en el cual el Capítulo XVII del Libro IV, "De las obligaciones", está dedicado a los contratos bancarios, legislándose sobre depósitos, servicio de cajas fuertes, apertura de crédito, anticipo, cuenta corriente y descuento.

En análogo sentido, el Anteproyecto de Código Civil para el Paraguay, elaborado en 1964 por el doctor Luis De Gáspari ha previsto, en el Libro Segundo, "De los hechos y actos jurídicos", un título, el XL, sobre contratos bancarios, en el que, en seis capítulos, se trata sobre depósitos, servicio de cajas fuertes, apertura de crédito, anticipo, cuenta corriente y descuento, normas que se basan en gran medida en las consagradas por el Código italiano.

El Código de Comercio de Honduras y el Proyecto de Reformas al Código de Comercio Francés, por su parte, consagran igualmente capítulos dedicados a los contratos bancarios, adoptando el primero de los citados las disposiciones previstas por el Código Italiano de 1942.

VII. Entre los contratos bancarios contemplados por los códigos y proyectos mencionados se destacan, por la frecuencia de su utilización, y por la problemática que surge en torno a ellos, los de apertura de crédito y de descuento. Se observa, por otra parte, la falta de previsiones con respecto al crédito documentado,

aunque cabe destacar que se contempla un aspecto del mismo en el artículo 1530 del Código Civil Italiano, de la Sección II, "De la venta de cosas muebles", del Título III, Libro IV, donde se plantea el caso de pago contra documentos por medio de banco, norma que es reproducida en el artículo 1231 del proyecto De Gásperi.

VIII. El primero de dichos contratos, el de apertura de crédito, ha planteado problemas a la doctrina en lo que respecta a su naturaleza jurídica en razón, fundamentalmente, que no se le adecúa la atribuida al préstamo o mutuo, contrato con el que se lo ha pretendido assimilar, problema que, por sí sólo, sería suficiente como para justificar la sanción de normas legales reguladoras de la institución.

Así, se ha observado que no es asimilable al mutuo desde que éste es un contrato real mientras que la apertura de crédito queda perfeccionada con el mero acuerdo de voluntades. Dos jóvenes autores argentinos, Jorge Labanca y Julio César Noacco, conciben que apertura de crédito es "aquel contrato en virtud del cual el banco (acreditante) se obliga, hasta una cantidad determinada y durante cierto tiempo, a satisfacer las órdenes de pago que le dirija la otra parte (acreditado), y también —aunque no necesariamente— a asumir frente a terceros obligaciones dinerarias en cumplimiento de las órdenes que le imparta el acreditado; éste se compromete al pago de una comisión y a la restitución del dinero que el banco hubiera debido depositar, con más los intereses devengados desde el momento de la efectiva disposición de las sumas". Dichos autores señalan el carácter consensual del contrato, y consideran que es de prestaciones correlativas, de ejecución continuada o periódica y onerosa, y que todos los caracteres enunciados, y la estructura técnico-jurídica del contrato, lo erigen en un contrato atípico, en cuanto no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento legal.

La doctrina destaca, asimismo, que no puede ser confundido con la promesa de mutuo pues, como apuntan los autores pre-citados, entre otras diferencias, en la apertura de crédito "la entrega del dinero es 'acto solutorio' de una obligación preconstituida y no 'elemento constitutivo' de un contrato definitivo, el mutuo, hacia donde conduciría el acuerdo anteriormente formado.

Y, yendo a nuestro régimen positivo, se destaca que el Código Civil en su artículo 2344, sólo acuerda el derecho de demandar pérdidas e intereses, pero no el cumplimiento del contrato mientras que, la apertura de crédito, obliga al acordante del mismo al cumplimiento de su obligación.

Labanca y Noacco, finalmente, citando a Messineo, Garrigues, Colagrosso y Greco, descartan la posibilidad de que sea considerado un contrato preliminar, desde que éste pronuncia al definiti-

tivo, el que a su vez deberá contener los mismos elementos que aquél, mientras que en el de apertura de crédito "los actos solucorios (entrega de dinero, asunción de obligaciones) no reproducen, en nada, la estructura del acuerdo" previamente concertado.

El Código Civil Italiano de 1942 consagra 4 artículos al contrato que nos ocupa, los que han sido reproducidos textualmente por el proyecto De Gásperi, con los números 2042 a 2045.

El artículo 1842 del Código Italiano define la institución diciendo que "la apertura de crédito es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un tiempo determinado o por tiempo indeterminado" y en el artículo 1843 se refiere a la forma de utilización del crédito acordado el que, salvo convención en contrario, puede ser utilizado en varias veces, "según las formas de uso" ("usuales", dice De Gásperi), "y puede por sucesivos ingresos reintegrar su primitiva disponibilidad".

El artículo 1844 legisla sobre el juego de las garantías que pueda haber acordado el acreditado, y el 1845 a la rescisión del contrato estableciendo, siempre salvo pacto en contrario, que "el Banco no puede separarse del contrato antes del vencimiento del término, sino por justa causa" y que "la separación suspende inmediatamente la utilización del crédito, pero el Banco debe conceder un término al menos de quince días para la restitución de las sumas utilizadas y de los respectivos accesorios". En el caso de que la apertura de crédito fuera por tiempo indeterminado, el artículo prevé que "cada una de las partes puede separarse del contrato mediante preaviso en el término establecido por el contrato, por los usos o, en su defecto, en el de quince días".

IX. En cuanto al descuento, éste es, según el artículo 1858 del Código Civil Italiano (art. 2058 del proyecto De Gásperi) "el contrato por el cual el banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito contra terceros todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, de dicho crédito".

El citado Código, seguido por el proyecto De Gásperi, establece dos artículos más normando la materia, el primero de los cuales prevé el caso de que, siendo el descuento de letras de cambio o pagarés, la falta de pago otorgará al banco, "además de los derechos derivados del título", el derecho a la restitución de la suma anticipada.

El artículo siguiente, N° 1860, prescribe que "el banco que ha descontado letras documentadas tiene sobre la mercadería el mismo privilegio del mandatario mientras el título representativo esté en posesión suya".

X. La naturaleza jurídica de este contrato ha sido objeto de consideración por parte de la doctrina en razón de que no se ajusta, al igual que lo que ocurre con el de apertura de crédito, a ninguno de los contratos nominados.

Si bien parte de la doctrina extranjera se inclina a asimilarlo al mutuo, otra corriente observa que se dan notables diferencias entre ambos institutos, desde que el mutuo es un contrato real mientras que el descuento es consensual; y la obligación de restituir es esencial en el mutuo y sólo lo es accesoria en el descuento, en caso de incumplimiento del deudor cedido.

Tampoco puede asimilárselo a la cesión de créditos porque, como observan Labanca y Noacco, mientras "el cedente queda totalmente desligado del cesionario por que ha transmitido 'en pago', para aniquilar por entero su obligación", en el descuento, por el contrario, "la cesión", si bien es medio primordial de cumplimiento de su obligación, se efectúa 'pro solvendo', para el pago". Y rechazan la objeción de que en la cesión igualmente el cedente responde por la evicción porque, dicen, además de que ésta es una obligación legal, y la del descontado es contractual, el cedente del crédito "no está obligado a pagar la diferencia entre el valor nominal del crédito y el precio de la cesión (art. 1476, Código Civil) y precisamente, en el descuento, el descontado paga el exacto valor del crédito cualquiera haya sido la suma que recibió del descontante.

Y, finalmente, los autores citados destacan otra diferencia fundamental, cual es la de que en la cesión de créditos "el cedente no responde por la solvencia del tercero cedido, de suerte que si el crédito resulta incobrable por carecer de bienes el deudor, el cesionario está en la imposibilidad de recurrir contra el cedente (art. 1476)" y, en cambio, en el descuento "el descontante siempre podrá recurrir contra el cesionario y hasta el importe total del crédito que se le transmitió".

El descuento cambiario, a su vez, tampoco puede ser consuntivo, "el descontante no paga al descontatario el importe del Fargal en "El Derecho" del 10 de marzo de 1965), "si hubiera compraventa, el 'precio' de la cesión podría superar el valor nominal de los créditos que se transmiten, lo que jamás acontece en materia de descuento bancario" y porque, como afirma Fiorentino, "el descontante no paga al descontatario el importe del crédito 'porque desee adquirir la titularidad' sino que paga 'porque quiere lucrar' con los intereses; la razón económico-jurídica (causa) del contrato no está, entonces, en el cambio de derechos por precio, sino en el cambio entre goce de una suma por un cierto tiempo y los intereses".

XI. Lo apuntado basta para destacar, entiendo, que la estructura del contrato de descuento le confiere al mismo una entidad propia, con caracteres distintivos, que requiere una especial consideración dentro de la legislación positiva, razón por la cual considero que, junto con el de apertura de crédito, debería ser contemplado en toda reforma que se quisiera introducir a nuestro régimen legal en materia mercantil, a cuyo efecto podría tomarse como base de referencia las normas estatuidas en el Código Civil Italiano de 1942, sin perjuicio de modificarlas con las que la experiencia nacional aconseje.

EL PODER JUDICIAL DE LA CONSTITUCION DE 1826

RICARDO J. VALENUELA BELTRÁN

La Constitución de 1826 tiene por base la Constitución de 1819, la que toma a su vez como antecedentes constitucionales, los estatutos de 1815 y sus reformas de 1816, el Reglamento Provisional de 1817, los cuales estaban elaborados de acuerdo a los proyectos de la Comisión oficial y de la Sociedad Patriótica, presentados en la Asamblea General Constituyente de 1813.

Por ello, para su estudio, es imprescindible analizarlas haciendo un paralelo entre ambas, ya que sus disposiciones son casi las mismas, aunque no idénticas, pues en la de 1826, son ampliadas, suprimidas, agregadas o restringidas muchas de sus disposiciones.

Comenzaré este estudio sobre la organización del Poder Judicial en la Constitución de 1826, analizándola conjuntamente con la de 1819, y tomando también las fuentes principales de nuestros antecedentes constitucionales y la legislación extranjera.

La forma de gobierno que adoptaba era la representativa, republicana consolidada en unidad de régimen. Esto traía como consecuencia la división de poderes, según la clásica distinción de Montesquieu. Los poderes se mantenían en una independencia y autonomía que no permitía que ninguno de ellos avasallara las órbitas de los demás. Esto era así en teoría, pero el carácter netamente unitario y centralista, hacía que el Poder Ejecutivo tuviera facultades más amplias que el Legislativo y el Judicial. Esto no significa que, constitucionalmente, aquél invadiera las atribuciones de éstos.

Pero desde el comienzo de nuestra nacionalidad, se había creído imprescindible crear un Ejecutivo fuerte, para poder llevar adelante la emancipación del yugo español; además, la misma organización colonial, estaba basada en el régimen de la monarquía española, autoritario y centralista, que influyó en muchas de nuestros hombres en la época de la independencia —San Martín y Belgrano creyeron en las bondades del sistema monárquico,

dado el carácter de las circunstancias históricas que vivieron. Esto hacía que el Poder Judicial no pudiera controlar o contrapesar las facultades tan amplias otorgadas al Ejecutivo. La primera Asamblea de 1811, se reconocía soberana, y no podía crear un órgano que la limitase (se fue repitiendo en las sucesivas cartas orgánicas), un supremo Tribunal Judicial que sometiese a juicio político a sus miembros. Posteriormente los hombres pensaron que no era posible restringir las facultades extraordinarias otorgadas al Poder Ejecutivo, que el Congreso había otorgado a Pueyrredón, pues no sería posible de otro modo proseguir la guerra de la independencia.

Esto se ve más acentuado en la Constitución de 1819. En ese momento se tramitaba una gestión diplomática ante las cortes europeas, con el fin de instaurar una monarquía constitucional en las Provincias Unidas del Río de la Plata, con la condición de que las potencias europeas reconocieran la independencia argentina, y que el nuevo monarca gobernaría con una Constitución dictada por el Congreso Nacional. Debían, pues, mostrar a las cortes europeas cuáles serían las bases del gobierno constitucional que sancionaría el Congreso argentino al crear la nueva monarquía, bases que no podían ser rechazadas por ningún príncipe que estuviera dispuesto a gobernar constitucionalmente.

"No podía pues —dice Luis V. Varela en su "Historia de la Constitución Argentina"—, exigirse de aquellos hombres que hacían una Constitución con propósitos monárquicos definidos, que incluyeran en ellas la disposición eminentemente republicana de la Constitución de los Estados Unidos y de la actual Constitución Argentina, que somete a juicio de la Corte Suprema los actos del Presidente de la República haciéndole responsable de ellos".

Hay que hacer resaltar el elasticismo predominante en nuestros ensayos constitucionales. Inglaterra y Estados Unidos provocaron con sus sistemas la admiración de los hombres del Río de la Plata, y en sus tentativas procuraron reunir las excelencias de ambos.

La importancia que asume la Constitución de 1819 en la historia constitucional argentina, proviene de que ella sirve de enlace entre un período de tentativas y de ensayos, y la carta política definitiva. "No voy a pronunciar un juicio nuevo —escribe Armando Seco Villalba—, al decir que ella se trasunta a través de la Constitución de 1826 en la Constitución de 1853, pero sí demostraré con fuerza original, que la Constitución de 1819, refundió en su cuerpo dispositivo el pensamiento de 1813, el más vivo y el más identificado con los ideales de la Revolución de Mayo, y que de este modo ha llegado a infundirse ese álito inmortal en la Ley vigente".

"Quiso, además, fundir en crisol propio, para obtener un equilibrio perfecto, los tres tipos de gobierno, monárquico, aristocrá-

tico y democrático, introduciendo en los órganos de la clásica división tripartita del poder, algunas de las cualidades de los dos primeros sistemas."

A la Constitución de 1819 siguió la de 1826. Esta fue trazada sobre el molde de la anterior. La comisión encargada de redactar el proyecto lo expresó en los siguientes términos: "En materia de Constitución ya que no puede crearse: sólo hay que consultar los consejos de la prudencia en las aplicaciones que se hagan a las circunstancias locales y demás aptitudes de los pueblos. La Comisión no rehusa confesar que no ha hecho más que perfeccionar la Constitución de 1819". Ello obliga a analizarlas conjuntamente, realizando un paralelo entre ambas.

El Dr. Ricardo Levene, en un capítulo de la Historia de la Nación Argentina denominado "El derecho Patrio Argentino y la Organización del Poder Judicial" (Tomo VII, cap. VI, p. 424), dice que "la Constitución de 1826 representa un progreso con respecto a la de 1819 en materia judicial. Se incorporan a la carta fundamental prescripciones de significado político y técnico a la vez sobre el Poder Judicial y reorganización de los tribunales. Es, pues, fundada la afirmación que se hizo en el seno del Congreso que había provisto todo lo necesario a fin de que el Poder Judicial actuara con independencia y absoluta separación de los otros poderes".

Esta afirmación se había sostenido en el manifiesto del Congreso General Constituyente de 1824-1826 a los pueblos de la República, diciendo que, "si alguno intentase avanzar sobre las atribuciones del otro, una reacción constitucional lo haría retroceder dentro de su órbita".

El origen constitucional de la separación e independencia de los poderes lo encontramos en el Reglamento de la división de poderes sancionado por la Junta conservadora del 29 de octubre de 1811; en la sección tercera, artículo 1º dice: "El Poder Judicial es independiente y a él sólo le toca juzgar a los ciudadanos".

También establecía esta disposición el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de La Plata, redactado por la comisión oficial de la Asamblea de 1813. Pero en la Constitución de 1826 esta disposición no iba en desmedro de las facultades amplísimas que se otorgaba al Ejecutivo, y el contralor del Poder Judicial era casi nulo, aunque con mayores atribuciones que la de 1819.

Esta tendencia centralista, reflejada en la organización del Poder Judicial, la hace resaltar E. Ravignani en un capítulo de la Historia de la Nación Argentina (Tomo VII, página 159) que dice: "Pero en donde aparece más sintomático el propósito centralista, es en la organización del Poder Judicial, aspecto que

se ha escapado a los que han estudiado la Constitución de 1826. En el despacho se instruyen tribunales superiores de justicia, o de apelación en las capitales de aquellas provincias, que la legislatura nacional juzgue conveniente, y una Corte Suprema Nacional. Los Tribunales de Apelación se irán implantando en las provincias con el carácter de segunda instancia de la justicia ordinaria y la tercera y última instancia reside sólo en la Corte Suprema Nacional con asiento en la Capital de la República, así se canalizan todas las jurisdicciones locales hacia un solo Tribunal Nacional".

Esta tendencia unitaria y centralista de la organización constitucional del 26, fue luego superada al deslindar las facultades de cada uno de los poderes, dándoles caracteres y autonomías propias, sin perder por ello su unidad. El primero en establecer esta distinción y no ingerencia de un poder en otro fue Juan Bautista Alberdi en su obra "Bases y puntos de partida para la organización nacional", y en su proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, donde, en el capítulo tercero referente al Poder Judicial, art. 83, determina que "en ningún caso el Presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, arrojarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas", disposición que ha pasado a nuestra Constitución Nacional en el artículo 96.

Es necesario destacar que entre las "disposiciones generales" de la Constitución de 1826 se encuentran disposiciones de carácter judicial que conviene estudiarlas aquí, antes de entrar a analizar sus disposiciones detalladamente. Las más importantes son, como lo señala Levene, los artículos referentes a los derechos individuales a la vida, la reputación, la libertad, seguridad y propiedad; la igualdad ante la ley penal, preceptiva o tuitiva; la libertad de publicar sus ideas por la prensa; el reconocimiento de que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Estas disposiciones fueron tomadas principalmente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución americana y de la Revolución Francesa.

Otras disposiciones de carácter judicial, que se consagra en las "disposiciones generales", son las referidas al régimen carcelario cuyo origen lo encontramos en el Estatuto Provisional de 1815 en cuya sección séptima, capítulo I, artículo XVII se encuentra esta disposición: "Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, deberá ser corregida por los

jueces y Tribunales Superiores, indemnizando a los agraviados de los males que hayan sufrido por el abuso". El principio que sustenta este artículo aparece en nuestra legislación, por vez primera, en el decreto sobre seguridad individual, de fecha 23 de noviembre de 1811, cuyo texto es el siguiente: Art. 8: "Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente".

La fuente de este precepto positivo, común a la enseñanza de Bertham y Filangeri, se halla en la Constitución Española, cuyo artículo 297, prescribe: Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no molestar a los presos; así el Alcalde tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener en comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos, ni malsanos. El proyecto de Constitución política de la monarquía española, se conocía desde 1811.

Esta disposición junto con otras de carácter judicial aparecen consagradas definitivamente en el artículo 18 de la Constitución del 53.

El artículo 164 contiene la siguiente declaración de un alto significado judicial: "es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas".

"El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados en cuanto lo permitan las circunstancias". Este precepto está tomado principalmente de la constitución inglesa, que establece en el capítulo quinto: Del Poder Judicial, artículo 166; que éste, tanto en materia civil como criminal será ejercido por jueces y jurados.

En cuanto al *habeas corpus*, su inclusión se hizo en base a la Carta Magna de las libertades de Inglaterra, concedidas por el Rey Juan Sin Tierra en el año 1215 y en la Petición de los derechos concedidos por Carlos I en 1628. Dice así: "Y siendo de tal modo, que se haya acordado y establecido por el estatuto llamado Carta Magna de las libertades de Inglaterra, que ningún ciudadano podrá ser reducido a prisión, ni privado de sus bienes, libertades o franquicias, ni proscrito, ni desterrado, ni condenado a muerte, sino en virtud de una sentencia legítima de sus Pares o de las leyes del país, y que está acordado por la autoridad del Parlamento en el año xxvii del reinado de Eduardo III, que nadie, sea cual fuere en rango o condición, podrá ser privado de sus tierras y demás bienes, ni reducido a prisión, ni desterrado, ni condenado a muerte, sin que antes se oiga su defensor con arreglo a derecho". El Acta de Habeas Corpus durante el reinado

de Carlos II, en 1879, lo consagró definitivamente, y de ahí lo tomaron las constituciones americana, española y la nuestra.

Organización del Poder Judicial: su Naturaleza y Atribuciones.

La Constitución de 1826 establecía en la Sección VI: Del Poder Judicial, art. 110: que el "Poder Judicial de la República será ejercido por la Alta Corte de Justicia, Tribunales Superiores y demás juzgados establecidos por la Ley"; y a continuación el art. 111 establecía que "una Corte de Justicia compuesta de 9 jueces y 2 fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial". Su modelo, la Constitución de 1819, en la Sección V, Capítulo único: Corte Suprema de Justicia, art. XCII, decía solamente: "Una Alta Corte de Justicia compuesta de 7 jueces y 2 fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial del Estado".

Históricamente, donde encontramos la primera disposición de este carácter es en el Estatuto provisional del gobierno superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del señor Don Fernando VII, el 23 de noviembre de 1811, en el artículo 5: "El conocimiento de los asuntos de justicia corresponden privativamente a las autoridades judiciarias con arreglo a las disposiciones legales. Para resolver en los asuntos de segunda suplicación se asociará al gobierno de dos ciudadanos de probidad y luces".

El 23 de enero de 1812, el Reglamento de Justicia, suprime la Real Audiencia, de origen hispánico, y crea la Cámara de Apelaciones, único tribunal encargado de dirimir el derecho. Su artículo 12 disponía: "El Tribunal Supremo de Justicia que hasta ahora ha sido la Real Audiencia, se llamará en adelante Cámara de Apelaciones; consiguientemente, queda desde esta fecha disuelto y extinguido el precitado Tribunal de la Real Audiencia".

La Cámara de Apelaciones quedaría constituida por 3 letrados y 2 vecinos de probidad reconocida; además 2 escribanos, 4 procuradores y 1 alguacil.

Creábase, también, el Tribunal de la Concordia, formado por un presidente y dos regidores.

El proyecto de Constitución para las provincias del Río de la Plata formado por una comisión especial nombrada en 1812, en el capítulo XXI, art. 2, dice: "La facultad de juzgar y aplicar las leyes pertenece exclusivamente a los jueces y tribunales según las formas que ellos establezcan"; y el art. 10 establecía: "Habrá una Corte Suprema de Justicia para todo el Estado".

El proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sud, presentado por la Sociedad Patriótica a la Asamblea de 1813, que es el que tomaron los constituyentes del 26, para determinar el número de jueces que

adopta, decía en el capítulo XXI. Del Supremo Poder Judicial: art. 187. Residirá en 9 individuos magistrados que se escogerán de los más proyectos de todas las Provincias.

El Estatuto Provisorio de 1815, de carácter federal, establecía que el Congreso soberano en Tucumán actuaría a modo de Alta Cámara de Justicia. En la Sección IV, decía, que el Poder Judicial residía en el Tribunal de recursos extraordinarios, en la Cámara de Apelaciones y tribunales inferiores. Este Tribunal de recursos extraordinarios, entendía en los casos de segunda duplicación, nulidad e injusticia notoria; pero su carácter era provisorio, y hasta tanto se resolviera en el Congreso General. En el capítulo II, urata de los Tribunales de Justicia, y en el III, art. 2, establece la abolición del Reglamento de la Administración de Justicia y la disolución del Tribunal de la Concordia.

El Reglamento Provisorio de 1817, está tomado del anterior, de modo que adopta el Poder Judicial establecido en él. Dice en el capítulo I, de la sección IV, que "el Poder Judicial reside originariamente en la Nación; su ejercicio por ahora y hasta que se sancione la Constitución del Estado, en el Tribunal de recursos de segunda duplicación, nulidad e injusticia notoria. Para los casos que no tengan tribunal señalado por la ley, proveerá el Congreso".

Nuestra Constitución adopta el precepto del artículo 94 de que el Poder de Justicia será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales inferiores, que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación. En esto se diferencia de la Constitución del 26, que determina la fijación por ley y no por el Congreso.

El proyecto de Alberdi, contenía el mismo principio al determinar en el capítulo tercero, que el Poder Judicial de la Confederación es ejercido por una Corte Suprema y por tribunales inferiores creados por ley de la Confederación.

De ahí que la Constitución del 53, adoptara el criterio del Reglamento Provisorio de 1817.

Dice al respecto Luis V. Varela, en el libro ya citado: "En esta Corte residían las mismas atribuciones que hoy ejerce la Suprema Corte de Justicia Federal, sin más exclusión que las atribuciones políticas que le confirieron los constituyentes del 53, equiparándola con la corte de Estados Unidos. Nos referimos a la facultad que hoy tiene la Suprema Corte de Justicia Nacional, de entender en las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes nacionales; lo que ha venido a hacer que tanto el Congreso como el Presidente de la República vean sus atribuciones controladas por el Poder Judicial".

Para elaborar el proyecto de la Constitución de 1819, se había tenido en cuenta la Constitución de Estados Unidos, que estable-

cía en la sección I, punto I: "El Poder Judicial de los Estados Unidos, residirá en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores cuantos el Congreso en adelante ordene y establezca". Se imitaba a los E.E.U.U. al organizar el Poder Judicial y en el nombre de las dos cámaras que se componía aquél. Dice Varela que: "al crearse la Alta Corte de Justicia tuvieron en vista la Suprema Corte de los Estados Unidos, como es, también, que los Constituyentes del 53, al redactar el artículo 100 de la actual Constitución Nacional tuvieron presente la de 1819".

"Los artículos 97 y 98 son iguales al 100 y 101 de la Constitución Nacional aún cuando ampliaron las facultades de la Suprema Corte de Justicia suprimida por el Congreso de 1819."

"Es verdad —continúa— que al crearse la Alta Corte de Justicia, en la Constitución de 1819, tomándola de la de los Estados Unidos, se daba a aquél Tribunal una extensión de facultades que jamás habían tenido los jueces de la América Latina, y hasta en nuestros días, no se encuentra en el Departamento judicial de muchos de los gobiernos de Europa."

Sin embargo, no se había incluido entre las atribuciones de ese Poder, precisamente aquellas que constituyen las funciones políticas de la Suprema Corte de Estados Unidos y de la República Argentina actual, habiendo sido esa omisión estudiadamente hecha por sus autores.

La Constitución de 1819, no sometió a juicio de la Alta Corte de Justicia, la constitucionalidad o la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo o de las leyes del Congreso; facultades políticas que constituyen hoy la verdadera garantía de las libertades públicas y civiles de los habitantes del país.

Las constituciones norteamericana y argentina facultan para decidir de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso; es perfectamente explicable que ella no le fuese conferida a la Alta Corte de Justicia creada por la Constitución de 1819.

"Si se hubiese dado —dice Varela—, a la Alta Corte de Justicia el poder de ambas, los actos del Ejecutivo y las leyes del Congreso, que fuesen contrarias a las prescripciones de la Constitución de 1819, no habría habido gobierno efectivo, si ese gobierno hubiera tenido por misión combatir los ejércitos extranjeros y sofocar las rebeliones internas."

Para realizar estos fines eran indispensables los abusos que cometieron, a sabiendas, todos los gobernantes de aquellos tiempos.

Además, como se observa, el Supremo Tribunal de la Nación es la instancia más alta con relación a los supremos tribunales

que funcionarán en las provincias. Respecto a todo este mecanismo judicial dice el despacho lo siguiente: "Esta medida en nada perjudica la unidad del régimen nacional, puesto que deben quedar dependientes los jueces y tribunal de las provincias de la alta corte de justicia que debe residir en la capital de la República, y terminarse en ella los recursos que hubiesen discordado de las sentencias de los jueces subalternos".

La discusión en torno a la organización de la justicia, como lo señala la alta autoridad de E. Ravignani, denota cómo se acentuaba el centralismo.

"En principio —dice Levens—, puede afirmarse respecto de las atribuciones de la Corte de Justicia, que eran casi las mismas que la de la Constitución de 1826 y las que se registraron en la de 1853.

La diferencia consiste, como se sabe, que en esta última se adoptó el modelo de la Constitución Norteamericana, en lo referente a las atribuciones políticas, o sea la facultad de entender en las causas en que esté en juego un principio de orden constitucional, de modo que el Poder Judicial pueda declarar en tal caso la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto.

En el debate en torno a la composición de la Alta Corte, se puso de relieve, a través de las opiniones de los convencionales Acosta, Gorriál, Portillo y Castro, que pesaron en forma de *in-chair* en el artículo la necesidad de nueve jueces y dos fiscales.

a) *Condiciones*: En cuanto a las condiciones para ser miembro de la Alta Corte de Justicia, eran las mismas que las de 1819 es decir, ser letrado recibido con 8 años de ejercicio de la profesión y 40 años de edad, aunque prescribía, además, que reuniese las calidades necesarias para ser senador.

La Constitución de 1853 consagra también el mismo principio (art. 97).

b) *Nombramiento*: Establecía que "los miembros de la Alta Corte de Justicia, como su presidente, serán nombrados por el Presidente de la República (la Constitución del 18, decía el Director del Estado) con noticia y consentimiento del Senado".

Las opiniones de los convencionales Medina y Gómez, primaron en la discusión del artículo.

Entre los antecedentes de esta disposición encontramos que el proyecto de la Comisión Especial nombrada en 1812, decía su artículo 12 que "los miembros de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso de la lista nacional: los de los tribunales superiores por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de Estado de la lista provincial: los jueces letrados de

partido de las listas de partidos: los alcaldes inmediatamente por sus pueblos”.

El Estatuto Provisorio de 1815, establecía que “los miembros de la Cámara de Apelaciones eran nombrados por el Director del Estado a propuesta del cuerpo de Abogados”.

En cuanto a la Constitución de 1819, la autonomía de la Alta Corte de Justicia, como lo señala Ricardo Levene, se extendía hasta reconocer que el presidente sería electo cada 5 años a pluralidad de sufragios por los miembros de ella y sus fiscales, facultades que no se reconoció en la Constitución de 1826 en la que, el Presidente de la República designaba al Presidente de la Corte, como a los demás miembros, con noticia y consentimiento del Senado.

Esta misma cláusula la adopta la Constitución de 1853, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 5).

c) *Juramento*: El artículo 114 prescribía que “en la primera instalación de la Corte, los provistos prestarán juramento en manos del Presidente de la República de desempeñar sus obligaciones administrando justicia bien y legalmente; en lo sucesivo lo prestarán ante la misma Corte”.

Esta disposición no la establece la Constitución de 1819, ni ninguno de los estatutos preexistentes, de manera que puede considerarse como una innovación de la Constitución del 28, que pasará luego a la Constitución del 53, en el artículo 98, con el agregado de que este juramento de administrar justicia bien y legalmente, debe ser en conformidad a lo que prescribe la misma Constitución.

d) *Duración*: El artículo 115 disponía que “el presidente de la Alta Corte de Justicia durará en el ejercicio de sus funciones de tal, por el término de 5 años; pero todos sus miembros permanecerán en sus respectivos cargos, mientras dure su buena conducta, debiendo preceder para ser destituidos juicio y sentencia legal”.

Esta disposición, estaba repartida en dos artículos en la Constitución de 1819, de la cual se tomó: la primera parte del artículo, la encontramos en el XCV de esta última, que dice: “El Presidente será electo cada 5 años a pluralidad de sufragios por los miembros de ella, en el número y forma que prescribirá la Ley; la segunda estaba contenida en el artículo CII que establecía que “los individuos de esta Corte ejercerán el cargo por el tiempo de su buena conducta y no podrán ser empleados por el Poder Ejecutivo en otro destino sin su consentimiento y el de la misma Corte”.

La fuente más importante de donde emana esta disposición

era el proyecto de la Comisión oficial del 27 de enero de 1813, presentado a la consideración de la Asamblea General Constituyente, donde el Capítulo 10: del Poder Judicial, sección I: de la naturaleza de este poder, artículo 127, determina que "los jueces permanecerán en sus empleos mientras obren bien. No pueden ser removidos sino en virtud de sentencia legal; pero pueden ser suspendidos por el Supremo Tribunal de Justicia en virtud de acusación, con calidad de que deberá formarse el proceso de 8 días después de la suspensión".

La sanción de este artículo, fue modificado de su redacción primitiva, que establecía la perpetuidad de la Presidencia, pero en el curso de la discusión, las opiniones de los convencionales Portillo y Cavia, tuvieron fuerza resolutoria, restringiendo su duración a 5 años, y la del señor Gómez, que le dio la redacción definitiva.

La Constitución actual, no establece limitación determinada, librando al tiempo que dure su buena conducta, sin la prescripción condicional del juicio y sentencia legal, que es suprimida.

e) *Incompatibilidad*: El artículo 116 establecía que "los miembros de la Alta Corte de Justicia no pueden ser senadores, ni representantes sin hacer dimisión de sus empleos; ni pueden ser empleados en otros destino por el Presidente de la República, sin su consentimiento y aprobación de la Corte".

Esta disposición, puede considerarse una primicia de la Constitución de 1826, que no la encontramos en ninguna cláusula de los anteriores estatutos, ni tampoco en la del 53, aunque esta incompatibilidad pueda interpretarse implícitamente consagrada en su texto.

f) *Reglamentación Administrativa*: El artículo 117 establecía que "la Alta Corte de Justicia nombrará sus oficiales en el número y forma que prevenga la Ley".

Esta cláusula no la trae tampoco la Constitución de 1819, ni ninguno de los reglamentos antecedentes, y sólo la consagra la del 53, modificada su redacción, en el artículo 99: "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico y nombrará todos sus empleados subalternos".

g) *Atribuciones*: El artículo 118 determina las atribuciones en que la Alta Corte de Justicia conoce originaria y exclusivamente. Dice así: "Conocerá originaria y exclusivamente en todos los asuntos en que sea parte una provincia, o que se susciten entre provincia y provincia o pueblos de una misma provincia

sobre límites y otros derechos contenciosos promovidos de modo que deba recaer sobre ellos formal sentencia”.

La misma cláusula la encontramos incluida dentro del artículo XCVII de la Constitución de 1819, con la diferencia que la última parte no establecía el requisito de la formal sentencia y contenía en cambio el agregado siguiente: “de las causas que tengan su origen de contratos realizados entre el gobierno y un particular”.

La fuente proviene del proyecto de carácter federal para las provincias Unidas de la América del Sud, en 1813, en su artículo 58 prescribía que: “entera fé y crédito se dará en cada provincia a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales en todas las otras. Y el congreso puede proponer leyes penales, prescribir en qué manera dichos actos, registros y procedimientos serán probados y el efecto de ellos”. Esto en cuanto a nuestros antecedentes constitucionales y referida a la última parte del artículo pues en cuanto a la primera parte fue tomado de la Constitución de Estados Unidos, que establece en su sección II, punto I: “El Poder Judicial se extenderá a todos los casos en derecho y equidad, que emanen de esta Corte, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados hechos y que se hagan bajo su autoridad. . . ; a las controversias en que los Estados Unidos sean una de las partes, y las controversias entre dos o más estados, entre un estado y otro Estado; entre ciudadanos de diferentes Estados; entre el ciudadano del mismo Estado reclamando tierras por concesión de diferentes Estados; y entre un Estado o los ciudadanos de éste y Estados extranjeros, ciudadanos o súbditos extranjeros”.

Estas disposiciones las vemos repartidas en la Constitución del 53, en los artículos 100 y 101, que establecen: “Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso II del artículo 67: . . . “De los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. Y la última parte del artículo 101 que dispone: “. . . y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente, tomada del artículo 2 de la sección II de la constitución de E.E.U.U. en su parte final.

El artículo 119 se refería a las cuestiones que resultan con motivo del contrato o negociación del Poder Ejecutivo o de sus agentes bajo su inmediata aprobación, que trata el artículo XCVII

de la Constitución del 19 analizada más arriba. El 120 se refería a "las causas de todos los funcionarios públicos de que hablan los artículos 19, 27, 28 y 29 y respecto de los casos en ellos indicados", también incluido en el mismo artículo XCVII antedicho.

El 121 estipulaba que "La Corte Suprema entendía en las causas que conciernen a los embajadores, ministros y plenipotenciarios enviados, cónsules y agentes diplomáticos de las cortes extranjeras", extractada del mismo artículo XCVII de la Constitución del 19 y del punto I de la sección II de la de E.E.U.U., consagrados en la segunda parte del artículo 100, y originaria y exclusivamente en el artículo 101.

El artículo 122 establecía que "para el conocimiento de los negocios que en los cuatro artículos anteriores se atribuye originariamente a la Alta Corte de Justicia, se dividirá en 2 salas. La primera, compuesta de 3 de sus miembros, conocerá de la primera instancia; y la otra, compuesta de los 6 miembros restantes, conocerá la segunda y última instancia".

Este concepto, originariamente, puede considerarse que proviene del Reglamento de Administración de Justicia de 1813, que se dividía en 3 títulos: el primero, determinaba los juicios de primera instancia; el segundo, las apelaciones; y el tercero, reglamentaba los juicios subalternos.

La Constitución de Inglaterra, traía una disposición original que establecía 3 tribunales, siguiendo los moldes típicamente sajonos que revisten un carácter solemne a su legislación positiva. Dice así el artículo 171. del título V: "Además de la Cámara de los Lores, hay 3 tribunales supremos a saber: The Kings Bench (Tribunal del Banco del Rey para las causas criminales); The Court of echequer (Tribunal de Cuentas, cuyas funciones son designadas por su propio nombre) y The Court of Common-pleas (Tribunal de los juicios ordinarios para las causas civiles).

Cada uno de estos 3 tribunales consta de 4 individuos, que se reúnen 4 veces al año en Londres y en cada vez por espacio de algunas semanas; el tiempo restante, los 12 individuos de los 3 tribunales viajan por las provincias, con el título de jueces superiores, y allí dictan sentencias en las causas criminales.

El 123 establecía: "Conocerá en último grado de los recursos, que en los casos y formas que la ley designe, se eleven de los tribunales subalternos, y en las causas del Almirantazgo, de todos los negocios contenciosos de hacienda, y de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones".

El antecedente más remoto de ésta disposición la encontramos en el Proyecto de la comisión especial nombrada en 1812 en la sección correspondiente a la Corte Suprema, artículo 15, inciso

4º establece que "conocerá de la nulidad de las sentencias de los tribunales de provincias resultante del proceso, y hacer efectiva su responsabilidad.

Y el proyecto de la Sociedad Patriótica, trae en su artículo 169, del capítulo 21, la siguiente cláusula: "Al Supremo Poder Judicial le corresponde juzgar a todos los delincuentes contra la Constitución; los que delinquen en altos mares violando el derecho de las naciones".

La Constitución del 19, establecía en su artículo XCVIII que "la Alta Corte de Justicia conocerá en último recurso de todos los casos que descienden de tratados hechos bajo la autoridad del gobierno; de los crímenes cometidos contra el derecho público de las Naciones; y de todos aquellos en que según las leyes haya lugar a los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria", disposición, ésta última, que quedó suprimida en la del 26 por considerarse en el curso del debate, donde primaron las opiniones de los convencionales Acosta, Portillo, Gallardo, Somellera y San Martín, que sostenían que se tuviera por base que no se reconocían sino tres instancias; que de esta forma los derechos de los ciudadanos quedaban bien resguardados, y que este tópico no era objeto de una Constitución sino de una ley especial que reglamentaría los juicios.

En cuanto a las causas de Almirantazgo, se tuvo por modelo a la constitución americana, que establecía como una de las atribuciones del Poder Judicial, y agregaba la jurisdicción marítima; y la constitución inglesa, citada en el curso del debate por el convencional Castro, en la que se prescribía un tribunal especial para los asuntos del Almirantazgo, pero que creía en la necesidad de confiar estas atribuciones a la Corte Suprema.

En efecto, la Constitución inglesa, contenía una cláusula en la última parte del artículo 171, del título V donde decía: "Además, el Consejo íntimo del Rey y la Junta del Almirantazgo tienen el mismo derecho que la Cámara de los Lores para erigirse en tribunal con el objeto de conocer de los asuntos que son de su competencia con arreglo a las leyes".

La constitución del 53, consagra el principio, tal cual lo establece la constitución de E.E.U.U., en que aparece textualmente transcrita en la tercera parte del artículo 100 de la misma.

El artículo 124 disponía que: "Dirimirá las competencias que se susciten entre los demás tribunales superiores de la Nación".

La fuente de donde está tomada esta disposición proviene originalmente del proyecto de la comisión especial de 1812 que establecía en el capítulo correspondiente a la Corte Suprema, art. 15, que: "Sus facultades se extienden: 1º) a dirimir las competencias de los tribunales superiores de provincia entre sí, o con

otras autoridades de la misma provincia, que no le son dependientes y 2º) a remover y sentenciar a los jueces de las provincias con arreglo a la ley. Pero esta facultad no era amplia, sino restringida, pues en su artículo 16 disponía que "los Tribunales Superiores de cada provincia estaban facultados para dirimir las competencias de todos los juzgados subalternos".

El Proyecto de la Sociedad Patriótica también contenía una cláusula de este tipo en el artículo 163, del Capítulo XXI, que, entre otras atribuciones, dice que: "...Tendrá conocimiento decisivo en todos los casos de competencia de unas provincias con otras".

Este precepto no se encuentra explícito en las atribuciones de la Corte Suprema de nuestra Constitución Nacional, pero se encuentran establecidos en las leyes de procedimientos Nº 48 y 50, que reglamentan el recurso ordinario y extraordinario ante la misma.

El artículo 123 decía que: "Examinará los bienes y bulas pontificias y abrirá dictamen al Poder Ejecutivo sobre su admisión o retención". Esta disposición es única, y aparece por primera vez en la Constitución del 26, ya que no la encontramos a lo largo de toda la historia constitucional argentina; la Constitución del 53, no la consagra tampoco entre las atribuciones del Poder Judicial.

El artículo 126 prescribía: "Conocerá de los recursos de fuerza de los tribunales superiores eclesiásticos de la Capital".

Sabemos que el decreto del 24 de mayo de 1813, suprimía el Tribunal de la Inquisición y de toda otra forma de justicia eclesiástica en todas las Provincias Unidas, viejo resabio colonial que tenía su origen en España durante la lucha contra los moros.

Esto hizo pensar a los redactores del proyecto de la comisión oficial de 1813, en la necesidad de reglamentar la justicia eclesiástica, y fue así como se incluyó entre las facultades de los tribunales superiores de provincias, en el inciso 4: "para decidir conforme a la Ley en los recursos de los tribunales y jueces eclesiásticos de este territorio".

Actualmente la justicia eclesiástica, sólo tiene un valor histórico, ya que ha pasado a dirimirse dentro de la justicia secular, salvo la reglamentación interna de la Iglesia, que a ella incumbe.

h) *Informes*: El artículo 127 decía: "Informará de tiempo en tiempo al cuerpo legislativo de todo lo conveniente para la mejora de la administración de justicia; y elevará todas las dudas, que le propusieren los demás tribunales, sobre la inteligencia de las leyes". Esta disposición está tomada del artículo C. de la Constitución del 18, aunque ésta agregaba a la primera parte del ar-

título: ... "que seguirá gobernándose por las leyes que hasta el presente, en todo lo que no sea contrario a esta Constitución", y el siguiente, CII, decía: "cada 6 meses recibirá de las Cámaras de Justicia una razón exacta de las causas y asuntos despachados en ellas y de las que quedan pendientes, su estado, término de duración y motivo de demora; instruida con el diario del despacho que debían llevar los escribanos de Cámara, a fin de que, estando a la mira de que la justicia se administre con prontitud, provea lo conveniente para evitar retardaciones indebidas". Esta disposición quedó reducida a la redacción más simple que contiene la segunda parte del artículo. Se había tomado del artículo 15, inciso 5º, del proyecto de la comisión especial de 1812: "representar al Congreso lo conveniente para cortar los abusos y promover la administración de justicia, con la brevedad, en conformidad de las leyes".

i) **Publicidad:** El 128 disponía: "los juicios de la Alta Corte de Justicia y la votación definitiva serán públicos". En la discusión del artículo predominaron las opiniones de los convencionales Castro, Gómez y Ugarteche, quienes adujeron la necesidad de que los juicios y su votación definitiva fueran públicos, ya que consideraban la publicidad como la mejor garantía de la recta administración de justicia, y que los que sostenían lo contrario estaban poseídos de un temor infundado y falso de que el público advirtiese las injusticias.

La disposición fue tomada de la Constitución del 19, pero ésta agregaba a la primera parte del artículo: "... y demás tribunales de justicia", y terminaba: "produciéndose en la misma forma los votos de cada juez para las resoluciones o sentencias, de cualquier naturaleza que ellas sean".

El primer antecedente lo encontramos en el proyecto de la comisión oficial de 1813, en el acápite: De los jueces criminales, artículo 22, que dice: "El proceso criminal se hará por jurados y serán públicos".

Corresponde aquí analizar, junto con la publicidad, el sistema del juicio por jurados y el juicio político a los magistrados que luego lo veremos reglamentado en la Constitución Nacional.

Con respecto al primero, podemos decir que su fuente la encontramos en el artículo 168, del título V de la Constitución inglesa que dice: "El Poder Judicial tanto en materia civil como criminal será ejercido por jueces y por jurados". Y la Constitución americana prescribía, en el punto 3 de la sección II: "El juicio de todos los crímenes excepto en casos de acusación en juicio político, se hará por jurados; y los juicios tendrán lugar en el Estado donde dicho crimen se hubiera cometido, pero cuando no se hubiere cometido en ningún Estado, el juicio se seguirá en el paraje o parajes que el Congreso haya designado por Ley".

El artículo 175 del Proyecto de la Sociedad Patriótica, también establecía que "el juicio criminal se hará por jurados, y el Poder Legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios, para asegurar los derechos individuales y el interés de la Comunidad". En esto difería del proyecto de la comisión oficial, ya que aquél era designado por el Poder Legislativo. En cuanto a la publicidad, un artículo siguiente, 176, prescribía: "La acción de acusar delitos públicos es popular; pero las acciones privadas no están bajo de la autoridad de los magistrados" y en la parte correspondiente al Poder Judicial de cada provincia capítulo 22, artículo 173 decía: "Las sesiones de los Tribunales de Justicia serán públicas: los jueces después de deliberar en secreto, publicarán los juicios que pronunciasen".

De estos artículos se tomó para elaborar los correspondientes del Estatuto de 1815, que es en definitiva, como lo señala Emilio Ravignani, una mala copia del proyecto de la Sociedad Patriótica. "La fuente positiva más inmediata —dice este autor—, de estos preceptos, es el decreto de los 'Derechos del Pueblo' sancionados por el Congreso de Venezuela el 1º de julio de 1811, y su origen doctrinario se encuentra en el derecho natural, a quien corresponde la vindicación del faero moral".

En cuanto al juicio político a los magistrados el proyecto de la Comisión oficial establecía en el artículo 15, inciso 3º: "la facultad de imponer las penas correspondientes a los miembros del Poder Ejecutivo y demás grandes empleados del Estado después de removidos de sus empleos por el Senado en virtud de acusación de la Cámara de Representantes", y otorgaba a los tribunales superiores de provincia la facultad para formar proceso a los jueces inferiores cuando inquieren en su oficio y remitirlo al tribunal supremo para los efectos consiguientes.

El proyecto de la Sociedad Patriótica decía que: "corresponde al Poder Judicial juzgar a los delinquentes contra la constitución: ... los que violasen en el territorio del Estado, aunque sean funcionarios públicos de las primeras jerarquías después de haber pasado por el juicio primario del Senado".

Esta disposición tomó como base la Constitución inglesa que en su artículo 167, dice: "los magistrados de los tribunales supremos son nombrados por la Corona y no pueden ser destituidos sino a petición de ambas Cámaras del Parlamento".

Esta prescripción constitucional referente a la facultad de la Cámara de Diputados para llevar la iniciativa en materia de acusación por delitos políticos, de oficio a instancia de cualquier ciudadano, reconoce por antecedentes el artículo 154 de la Constitución del Estado de Caracas. De ahí tomó el Proyecto de 1813 y pasó a la ley fundamental de 1819, en la siguiente forma:

Art. 72. La sala de Representantes tiene el derecho de acusar a los miembros del Directorio Ejecutivo, a los del Supremo Tribunal de Justicia, a los grandes empleados del Estado y a los gobernadores y jueces superiores de las Provincias por delitos de traición, malversación, cohecho e infracción de la Constitución.

Art. 8. Ella (La Cámara de Representantes) tiene el derecho privativo de acusar de oficio o a instancia de cualquier ciudadano a los miembros de los 3 grandes poderes, a los ministros de Estado, enviados de las Cortes extranjeras, arzobispos u obispos, generales de los ejércitos, y jueces superiores de las provincias, y demás empleados de no inferior rango a los nombrados por los delitos de traición, corrupción, malversación de los fondos públicos, infracción de la Constitución, u otros que según las leyes merecen pena de muerte o de infamia.

Como ya lo señalé al comienzo de este trabajo, esta prescripción pasó a la Constitución de 1826, en la forma siguiente: art. 164: "Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces, los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados en cuanto lo permitan las circunstancias".

Todas estas disposiciones las consagra la Constitución Nacional (art. 102).

j) *Compensación*: El art. 129 decía: "Sus miembros gozarán de una compensación que no podrá ser disminuída, mientras duren en sus puestos", tomada del C III de la constitución del 19, que disponía debía ser el cuerpo legislativo quien designase la compensación de los servicios.

Su fuente es el proyecto de la Sociedad Patriótica, art. 168: "Estos magistrados (del Poder Judicial) recibirán una compensación del Erario Público, y no se deberá disminuir durante la permanencia del individuo en su magistratura"; y el 171: "Los 9 jueces durarán el tiempo de sus buenas conductas". De ahí pasó al Reglamento Provisorio dictado por el Congreso de Tucumán, para las Provincias Unidas de Sudamérica, en el capítulo II. De los Tribunales de Justicia, artículo VI. En cuanto a la legislación comparada, podemos decir que fue tomada de la Constitución americana, sección I, artículo I: "los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores permanecerán en sus em-

plazos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en épocas señaladas una compensación por sus servicios, que no disminuirán mientras duren sus empleos”.

Estas disposiciones las encontramos transcritas en el artículo 96 de la Constitución Nacional.

He terminado así el estudio de la Organización del Poder Judicial en la Constitución de 1853, analizándola primero en su generalidad, y pasando luego al estudio exhaustivo y particular de cada una de las cláusulas positivas, sin ceñirme al orden de sus artículos, sino agrupándolos más bien por temas, para poder comprenderlas con más claridad. Me ha valido para realizar este trabajo, en primer lugar, de nuestros estatutos preexistentes que componen la historia constitucional argentina, aquélla que se fue formando paralelamente a la otra, la historia de guerras, luchas, triunfos y fracasos, de ensayos y retrocesos, y cuya experiencia se fue trasmutando a través de sus cartas orgánicas, que revelan de una manera elocuente, la lucha incansable de nuestro gran pueblo argentino por su formación institucional y política, la que se perfeccionará con esa obra maestra que es nuestra carta fundamental.

En lo que se refiere a la legislación comparada, he tomado los modelos que sirvieron a los convencionales del '36, para la elaboración del proyecto de Constitución y que se citaron frecuentemente en el curso del debate, es decir, las constituciones americana e inglesa.

Dice al respecto Armando Seco Villaña: “En los debates del Congreso de 1824-26 se trajeron con frecuencia citas de constituciones extranjeras y opiniones de autores. Mucho se citó la Constitución de E.E.U.U.: bueno es que se citen ejemplos, especialmente de ese país clásico de la libertad, pero no como un argumento incontestable, que no se puede hacer lo contrario, porque en esta materia tienen los ejemplos una fuerza muy débil, porque es preciso considerar también mucho la situación del país, a quién se da, y otras muchas circunstancias”.

En aquella época se hizo gala del conocimiento de las más avanzadas ideas políticas contemporáneas y de la historia universal, Benjamín Constant figura entre los autores de derecho público que ejerció mayor influencia, pues a pesar de escribir en un momento constitucionalmente depresivo para Francia, su doctrina contiene todo el vigor del apogeo liberal.

El tratado escrito de J. D. Lanjuinais sobre la Carta Constitucional Francesa de 1814 otorgada por Luis XVIII que no mo-

dificó el Poder Judicial que traía la constitución vigente durante el período napoleónico.

Entre los antecedentes positivos citados durante el debate se menciona a Chile, que por entonces había producido 3 estatutos constitucionales, el de 1818, con carácter provisorio, dictatorial y autocrático, aunque reconociera cierta descentralización; el de 1822 de tinte aristocrático y centralista y el de 1823, obra de don Juan Egaña, reelaborado sobre el proyecto de 1811, con las tendencias del precedente, más acentuadas.

Para consultar las organizaciones de los viejos países europeos, algunos de los cuales provocaban ciertas sugerencias promisorias, como lo eran la confederación germánica y Helvética, se poseían las "Collection des Constitutions, Chartes et Lois fondamentales" publicada bajo la dirección de los abogados P. A. Dufau, J. B. Duvergier y J. Gaudet.

Con respecto a Méjico llegaban noticias de la Constitución federal que se estaba preparando en aquel país por las Actas del Congreso Constituyente Mejicano y más tarde, con su Constitución a la vista se hizo mención a su nueva organización y para que el Congreso no careciera de esos elementos propios de una larga experiencia parlamentaria, sus miembros habían leído cuidadosamente la "Táctica de las asambleas legislativas" escrito por Bentham.

El valor de la Constitución de 1826, en mi opinión, si ella se puede vertir en este trabajo monográfico, formada a través de la investigación que he realizado, es que ella ha perfeccionado los elementos de los reglamentos y estatutos anteriores en base a la mayor experiencia política e institucional, y recogiendo de los hechos el elemento axiológico imprescindible para transformarlo en norma positiva, en derecho vigente. Ha creado nuevas normas, que no contenían sus modelos argentinos o extranjeros, adaptados a las necesidades nacionales y locales, que aunque no tuvieran un carácter estrictamente realista, permitían avisorar en un futuro cercano el ideal que ella se había forjado.

Y es así que sus postulados se plasmaron en esa magnífica obra, que fue nuestra Carta fundamental del 53, y que tuvo por modelo principal, a la Constitución de 1826, sobre todo en la parte que he analizado, completado por la obra de Alberdi y por el fruto de los años transcurridos durante ese período.

La Convención reunida en Santa Fe, en 1857, contempló precisamente la necesidad de ampliar las facultades del Poder Judicial, para propender a un mayor equilibrio con los otros poderes a fin de darle a nuestra carta política una organización capaz de reinar durante muchas generaciones, como una aurora que ilumine a la Patria hacia sus grandes destinos.

CONSECUENCIAS POLITICO-SOCIALES DE LA REFORMA PRÓTESTANTE

WALDO LUIS VILLALPANDO

I. UBICACIÓN DEL TEMA

Los hechos históricos no tienen una única explicación, ni son producto de una sola circunstancia. Por el contrario, se hacen en medio de fuerzas extrañas que actúan de una u otra manera, previsible e imprevisiblemente. Históricamente hablando la Reforma Protestante no escapa a esta regla. Pretender comprenderla como consecuencia de un definido interés económico, o explicarla por la psicología de los reformadores, o atribuirle un abstracto impulso místico son elucubraciones simplistas que eluden el problema de fondo del interminable complejo de sus causas y consecuencias.

Veremos en su momento que cuando Lutero o Calvino atisbaron su época no la comprendieron a fondo, o por lo menos, no fueron tan claramente renovadores como en su teología. Pero en cambio sus proposiciones religiosas alcanzan con el tiempo una formidable penetración secular constituyendo el real meollo de su influencia.

De ahí que dediquemos algún espacio a la comprensión de la teología reformada. Va de suyo que no pretendemos sintetizarla totalmente, por el contrario, diversas cuestiones quedan en el tintero por entenderlas poco a propósito a los fines de nuestro trabajo.

Este método no es original. La excelente y conocida investigación de Max Weber parte de la exclusiva comprensión de la doctrina de la predestinación calvinista y el ascetismo sobreviviente, de igual forma proceden Fromm, Sombart y alguno de los otros autores citados.

Pretender comprender las consecuencias político-sociales de la Reforma buceando en los escritos atinentes de sus iniciadores

resultaría contradictorio. Así, quien busque relacionar el pensamiento reformador con el individualismo y liberalismo económico posterior se hallará al primer recodo ante un opúsculo como "Del Comercio y la Usura" de Lutero quien le planteará una solución precapitalista, ingenuamente económica que confía exclusivamente en la producción de la tierra, que predica la buena voluntad el manejo comercial y que, por ende, se muestra adverso a todo tipo de interés. ¿Cómo solucionar esta coyuntura? Volviendo a la teología luterana e investigando en las fuentes del cambio y aceptando que los reformadores no son genios múltiples sino inteligentes seres que incurrieron con mayor o menor suerte en otros campos de su especialidad.

En ese sentido Calvino supera a Lutero. Aquél había realizado estudios de Derecho y no era monje como éste. Su pensamiento, siendo como es, profundamente religioso tiene un mayor sentido de afinamiento y equilibrio. Concretamente participó de un ensayo de vida civil en la ya famosa república ginebrina de 1541 a 1544. En ese sentido, como bien lo señala Troeltsch,¹ el calvinismo ofrece mayores posibilidades en un análisis de este tipo. Lutero, si bien dotado de un estilo irónico, ameno y penetrante carece en ciertos momentos del "compromiso" calvinista. Puestos los ojos en Dios en último caso retorna a Él y da a los fieles, azorados por los vaivenes mundanos, una respuesta de quietismo y dependencia. Así, en algunas situaciones límites, tomemos por caso, en el problema de la actitud cristiana ante el tirano.

Luego que en la "Autoridad Secular", Lutero explica cuidadosamente el origen del poder, se enfrenta a la cuestión del gobierno del tirano que hace sufrir injusta e innecesariamente a su pueblo. ¿Qué dice entonces? Primero hace un llamado a la resignación para que los fieles comprendan que hasta cierto punto el tirano es consecuencia de su maldad, "porque por nuestro pecado ha sido puesto", finalmente propone orar fervientemente y luchar con " el ministerio de la palabra". En otros escritos sugerirá apelar ante el Emperador. Calvino, en cambio, enfrentando igual contingencia recorrerá en principio a similares caminos pero dada la posibilidad de un gobierno manteniéndose injusto y "contrario a la voluntad de Dios", el cristianismo no puede durar: "obedecer a Dios antes que a los hombres" y "no hacer caso del tirano".

No se dejará de ver que esta última postura es fecunda. ¿Por qué? ¿Cuándo un Gobierno afronta la voluntad de Dios? Para la mentalidad protestante que no puede recurrir al derecho natu-

¹ ERNST TROELTSCH, "El Protestantismo y el mundo moderno", Ed. Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 42.

raí, el problema resulta escabroso y puede llevarlo a soluciones inusitadas, hallará que la mansedumbre y la resignación tienen un límite y que su fe no acaba en la mera adoración de Dios sino que lo compele a actuar resueltamente.

De ahí que muchas de las consecuencias que la Reforma produjo no fueran previstas por los propios reformadores. Probablemente ni siquiera se las imaginaron y quizá hubieran sido francamente opuestos. Pongamos por caso la relación del protestantismo con el espíritu capitalista. Ninguno dudará que en mayor o menor grado la doctrina de la predestinación y la libertad cristiana tienen mucho que ver con la consecuente actitud secular ante la economía. De ahí que Max Weber enuncie su teoría, que puede ser aceptada en mayor o menor grado, pero que difícilmente se podrá rebatir totalmente con éxito.

Pero, y quizá convendría que aquellos que la aplican indiscriminadamente leyeran al menos una vez este libro, Max Weber no relaciona el calvinismo francamente con el capitalismo posterior sino con el "espíritu del capitalismo". O sea, que halla en los fundamentos de la ética protestante los gérmenes de un espíritu de empresa y sistematización del trabajo que luego, y en combinación con otras causas, desembocará en el capitalismo moderno. Nada puede estar más lejos del pensamiento de los reformadores que la integración de un sistema opresor, tiránicamente económico, frío y especializado que se llevara a la práctica con el correr de los años. De ahí (y Max Weber se preocupa en aclararlo en las hojas finales), que podamos afirmar que el capitalismo halla entre sus causas la ética protestante, pero que hoy en día ha desechado los postulados morales que le dieron origen y que limitarían su injusto impulso avasallador.

Tampoco se debe incurrir en el error de cristalizar el pensamiento protestante. El presente trabajo realiza una incursión sobre el pensamiento inicial de la Reforma, en especial Lutero y Calvino.

Pero el protestantismo no se agota con ellos. Por el contrario, la misma visión teológica barruntada hará ver al lector la extraordinaria movilidad y evolución del pensamiento protestante. En efecto, la Reforma se emancipa de las concepciones estatizadoras del catolicismo. No acepta la infalibilidad de la Iglesia, rechaza la estricta y única interpretación bíblica, proclama la libertad cristiana, ante la ley, esto es, la ley mosaica y las normas del derecho canónico, que conducirá tarde o temprano al rechazo de la teología natural y del derecho consecuente, postula el sacerdocio de todos los creyentes y se afirma en la libre interpretación bíblica, condiciona y crítica a la Iglesia y la somete al único juicio de Dios, como parte de la maldad humana, y en

resumidas cuentas exalta la decisión humana liberándola de las potencias terrestres y sometiéndola a la voluntad de su Creador.

Lógicamente, esta concepción permitirá una fecunda renovación de la teología, tornará al Protestantismo flexible y con mayor disposición para enfrentar los nuevos problemas contemporáneos. Va de suyo que esto puede arrojar al hombre a la aterradora crítica de Fromm e incluso dará lugar a los protestantes a embarcarse en posiciones impensadas y quizás apresuradas, pero nadie dudará que es el riesgo insito a todo pensamiento abierto al cambio.

El presente trabajo se reduce a las doctrinas de los primeros reformadores, no se introduce en los matices denominados y no contempla los movimientos internos del protestantismo de los siglos posteriores, en especial en el anabaptismo y puritanismo, de importancia para comprender la Edad Moderna. No pretendo enquilar la Reforma puesto que ello supondría ignorar supinamente los tremendos esfuerzos que la teología de este siglo en las personas de Karl Barth, Dietrich Bonhoeffer, Tillich, Brunner, Bultman, Robinson y otros, han efectuado para la comprensión del mundo actual.

II. LA EDAD MODERNA

La edad Media significa en Europa el descubrimiento del cosmos divino en la tierra. La relativa consolidación de los estados europeos se impregna de una explicación divino-jerarquizadas que estabiliza y conforma un pensamiento estético, quieto, propenso a la reflexión mística y hondamente coherente y estratificado.

El centro de todo el Universo es la misma tierra. Esta, a su vez, la máxima preocupación divina que ha intervenido definitivamente para ordenarla y conformarla. Existe en consecuencia, un punto de apoyo que explica y da razón de ser a todo: la revelación. Hay sólo una ciencia que engarza y comprende esa revelación: la teología.

En consecuencia, el hombre medieval se halla sujeto y atado a ese mundo que le suministra un sistema social estratificado, un modo de vida predestinado y estético y hasta una clara previsión divina de su vida extraterrenal.

El maravilloso castillo tomista constituye un documento inapreciable, mucho más allá de toda concepción doctrinaria o filosófica, para reflejar este mundo, humano sí, pero sometido inexorablemente al plan divino en la Tierra, ordenado y explicado por la teología e interpretado por la iglesia.

Todo conocimiento es precedido por la revelación teológica. No hay Estado que pueda olvidar que en último caso su potestad ha sido dada por Dios. El ser humano quedaba compelido a representar su papel, legado por sus antepasados y predispuesto por la organización social que le rodeaba. La actividad económica queda sometida —según Tawney—² al problema de la vida que es la salvación y a las naturales leyes de la moralidad.

Todo ello, pues, responde a esta proyección: El Papado, como poder no solo espiritual sino de vigencia secular; la organización de la sociedad feudal, de vasallos y señores bajo el sistema de la gleba y la pechugada económica; el sistema corporativo de maestros y aprendices; el arte místico y el fervoroso espíritu religioso propenso a la épica, pero al mismo tiempo encerrado, limitado y genuinamente conservador.

Esta imagen se transforma con el advenimiento del mundo moderno. El Renacimiento, sin duda, marca un jalón de importancia en el cambio, pero los tiempos medievales agonizan lentamente hasta su casi total extinción en los siglos xvii y xviii. El proceso por cierto resulta sencillo y lineal. Se condensa en una inseparable serie de causas y renovaciones que influyen y se entretejen reformándose dialécticamente.

El mundo se extiende física e intelectualmente hablando. A los descubrimientos de los nuevos Continentes y su paulatina incorporación al sistema de vida occidental a través del colonaje sucede un cambio económico que reviste una técnica y complejidad exuberante. La clase burguesa afirmada en el detentamiento de la propiedad, el intercambio del dinero y del crédito y la sistematización del trabajo, alimentada por el comercio y los productos de los nuevos mundos adquiere en Europa una potencia inusitada modificando a fondo la estructura estamental del medievo.

Decaen paulatinamente los feudos y el sistema de la gleba, las corporaciones se van diluyendo carcomidas por un naciente industrialismo que multiplica los bienes adecuándolos a las necesidades de una sociedad cada vez más concentrada y trabajadora. Nace así el sistema económico capitalista que parte de la suposición de la defensa del principio de la propiedad, o sea los bienes que cada uno es capaz de ganar bajo condición de respeto de la ley.

La supuesta nueva igualdad que del sistema económico resulta se trasunta políticamente en la disolución de las grandes monarquías y la conformación de los Estados Nacionales, basados en sus estructuras jurídico-representativas que pretenden asumir

² La religión en el orto del capitalismo. Edt. Revista de Der. Privado, 1939, p. 46 y agtes.

sino la representación popular al menos la de una clase más numerosa que la anterior. El liberalismo político hace su aparición y la teoría política se desata definitivamente de los cartabones religiosos adquiriendo vida propia y acabando de una vez por todas con la lucha de las investiduras.

Quizá en el campo científico este cambio adquiere un significado más visible. Como bien lo señala Guardini: "el impulso de conocer se dirige directamente a las cosas, el hombre quiere ver con sus ojos, examinar a la luz de su inteligencia y llegar a un juicio fundado críticamente, independiente de los modelos anteriores".

Esto implica la iniciación de la gran separación de las ciencias de la naturaleza, basadas en la experimentación y la razón, que lleva consigo la emancipación científica de la Teología. El mundo deja de ser una "creación" y se transforma en "naturaleza". Objeto de estudio y análisis, excitadas por el estudio nacen las nuevas ciencias; las Matemáticas, la Astronomía, la Física, la Economía, la Pedagogía, en fin, todo adquiere cuerpo autónomo fijando sus propias reglas y acabando en una tecnificación cada vez más refinada y eficaz.

De la mano de todo esto surge una individualidad creciente. Se derrumba el arcaico concepto de dependencia a una sociedad estratificada y estática. Surge vigorosamente un humanismo auto-suficiente e impulsivo. El hombre se libera de la carga social de su dependencia, de la sujeción al dogma eclesástico y de toda concepción prefijada, por decirlo en otras palabras, se alza de todo trasfondo metafísico y se conflagra única y deliberadamente a sus propias fuerzas; consecuentemente pierde su lugar objetivo, exterior, toma conciencia de sí mismo, camina con sus propias piernas, soluciona con su propio ingenio, se compensa con su propia fama y gloria. El hombre está solo, ha descubierto un mundo, ha perdido una ubicación.

III. RESERVA HISTÓRICA

Corrían años muy tristes para la Iglesia Católica Romana al tiempo del segundo decenio del siglo xvi. Era por entonces papa León X, pontífice indolente, casquivano en asuntos políticos, derrochón y lujurioso. El largo sueño medioeval del Imperio y del Papado nos daba por resultado un Vaticano mundano y sagaz en tejemanejes políticos y económicos.

Italia, repartida en reinos y ducados era un hervidero social.

* GUARDINI, ROMANO. "El fin de los tiempos modernos". Ed. Sur, 1938, p. 38.

Volada sobre el Mediterráneo, sus naves recorrían el mundo occidental traficando y enriqueciendo a sus señores. Estaba ya en su plenitud una clase capitalista, producto del comercio y del préstamo. Surgían los grandes banqueros renacentistas. El arte se emancipaba de los frígidose colores medievales y se lanzaba impetuoso en la senda de una mundanidad rosada y sonriente.

Los grandes reinos occidentales comenzaban a dibujarse. Y por allá, en los confines del Oeste un enorme Continente acababa de ser descubierto, que por varios siglos llenará las alforjas europeas, comiendo de su sangre y repartiendo los frutos del colonialismo político y económico.

Italia significa también intriga política que nos lega a un Maquiavelo, cínico y eficaz. Quienes critican a Maquiavelo en nombre de impolutos preceptos éticos ignoran que con su crítica condenan a un mundo en que los Poderes Temporales y Espirituales se embarcaban en luchas diplomáticas tanto o más amoraless que las descritas por el escribiente florentino. El guante blanco de la Corte escondía la pelada mano del sicario y el crimen y el interés se mezclaban trágicamente en la danza política.

La Casa de los Hohensollern tenía pretensiones de dominación sobre la Alemania ciudadana y eclesiástica. Alberto de Brandeburgo, a más de las sedes de Halberstadt y Magdeburgo aspiraba al arzobispado y las sedes de Maguncia. Eso costaría bastante. A los gastos de instalación debería agregarse una inversión de diez mil ducados con los cuales comprar el consentimiento papal para detentar tres diócesis a un mismo tiempo. Las arcas estaban agotadas y era preciso obtener con toda urgencia nuevos fondos. Asimismo en Roma, la soñada Basílica de San Pedro que Julio II había proyectado agonizaba en la armazón desnuda de sus cimientos.

Para solventar los gastos de su instalación en la Sede, Alberto obtiene un préstamo de los Fugger, banqueros alemanes. A fin de pagar lo prestado y lo que exige el purpurado se propone un nuevo plan de indulgencias, esto es, la venta entre el pueblo de especiales absoluciones papales para los pecados. León I ve la oportunidad de concluir la Basílica y entre ambos concertan repartir lo obtenido. El Papado obtendría su proporción a más de 10,000 ducados.

Así salieron a la venta las indulgencias, Bainton * señala que: "no se comerciaron en Sajonia y por consecuencia en Wittenberg, donde a la sazón residía el fraile Martín Lutero". Pero su propaganda y su venta se realizaban en las fronteras del Electorado de modo tal que no eran pocos los que cruzaban los límites

* ROLAND H. BAINTON, "Martín Lutero", el rebelde de Sajonia". Edif. Sudamericana, 1933, p. 81.

para adquirirlas. En Alemania la organización de su distribución es encomendada al fraile dominico Juan Tetzel, quien sin duda incurrió en las clásicas exageraciones que la situación económica exigía. Baste recordar el penoso versillo: "En cuanto suena la vozada en el rostre, el alma sale del purgatorio", a la pregunta: "¿No queréis entonces, por un cuarto florín, recibir esta bula de indulgencia por intermedio de la cual podéis llevar a un alma divina e inmortal a la patria del Paraíso?".⁴

Martín Lutero era entonces un fraile agustino residente en Wittenberg. Nacido en Eisleben en 1483 y —respondiendo a un voto hecho en plena tormenta eléctrica— entra en julio de 1505 al Convento graduándose finalmente en Teología en 1512.

Ya antes, en 1510, ha visitado Roma y tiene ocasión de contemplar los lugares más sagrados de su devoción. Es bien conocida la ansiedad de este agustino por la certeza de su salvación. Sus historiadores, de una u otra manera, han dado cuenta de esta preocupación que se erigió en real desventura en su vida conventual. Doctorado en Teología, reitera el estudio de los Padres de la Iglesia y por sobre todo de la Biblia. Poco a poco va fermentándose la doctrina de la justificación por la fe y las limitaciones temporales del Papado, singularmente exacerbadas por la venta de las indulgencias.

Finalmente, en la víspera del día de Todos los Santos, 31 de octubre de 1517, Lutero clava escritas en latín, sus noventa y cinco tesis que significaron la génesis del movimiento protestante. En realidad estas ponencias mezclaban las protestas nacionales por la emigración de los fondos recolectados con las críticas por los fines propuestos. Muy probablemente Lutero desconocía la parte de Alberto de Brandemburgo, pero sí sabía el objeto de construir la Catedral pedrina: "Los recursos de toda la cristiandad son devorados por esta insaciable basilica... Los alemanes se rien de que se llame a esto propiedad común de la cristiandad... El Papa haría mejor en designar un buen párroco así fuera para una sola iglesia que conferir indulgencias a todas ellas. ¿Por qué no construye el Papa la Basílica de San Pedro de su propio peculio? Es más rico que Creso... Mejor haría venderse la Basílica de San Pedro y dar el dinero a las pobres gentes que han sido esquilgadas por los traficantes de las indulgencias...".

Pero luego viene un directo ataque teológico. Lutero inicia una crítica contra el Poder Temporal del Papado, que a su juicio escapa a toda interpretación de la Escritura. Luego objeta su facultad de redimir los pecados y alza en cambio la divina y

⁴ ROLAND H. BAINTON, *Op. cit.*, p. 78.

⁵ BAINTON, *Op. cit.*

⁷ BAINTON, *Op. cit.*, p. 83.

única absolución de Dios, expresada en Jesucristo que se halla fuera de toda potestad humana. Termina condenando a las indulgencias y su capacidad redentora desembosando sus fines económicos y restándoles todo fundamento bíblico.

Ello dio pés pese aun al más remoto propósito del reformador, a la escisión de la Iglesia Católica. Bainton recurre para describir este momento a una figura de Karl Barth: "...era como un hombre trepando en la obscuridad una escalera de caracol en la torre de una antigua catedral. En las tinieblas logra enderezarse y su mano asió una cuerda: su atombro fue enorme al escuchar el tañido de una campana".²

El clamor luterano, no por cierto ajeno a las conveniencias políticas y económicas alemanas, adquiere una inmediata difusión. Los tres o cuatro años siguientes son de constante zozobra para el reformador, todavía no decidido a cortar con el Papa León X. Este amenaza excomulgarlo. Lutero quema públicamente la bula. En 1521 se defiende en la Dieta de Worms ante el Emperador Carlos V. Se ve obligado a huir y se entronca definitivamente la Protesta por toda Alemania y el centro europeo.

Surgen así los movimientos reformadores. Se extiende al Norte y penetra en la Escandinavia. Se abre hacia el Atlántico, donde poco a poco es detenido por la firmeza de la Iglesia Católica Romana. Con todo, por causas de alcoholas antes que bíblicas, Eduardo VIII adopta la Reforma en Inglaterra y la transforma por medio del anglicanismo en religión del Estado.

Aparecen dos grandes pensadores: Zwinglio en Suiza y Melancton en el sur alemán.

Hasta entonces la obra reformada ha sido fragmentada. Plena de pequeños tratados de barricada, frescas pinceladas de la religión reformadora. Es preciso el advenimiento de una mente fría y sistemática para inundar con su doctrina y vestirla del serio respaldo teológico. Juan Calvino, un francés septentrional, emigrado por su adhesión a la Reforma a la Alsacia, publica en 1541, en Basilea, sus "Instituciones de la Religión Cristiana". Este documento, capítal en la comprensión y sistematización de la Reforma Protestante, inaugura también uno de los grandes troncos de la Iglesia Protestante, doctrinariamente distinguida del luteranismo.

El 18 de febrero de 1546, muere Lutero en Eisleben. La Reforma, con todo, ya está en marcha.

Si algún hecho la justifica históricamente, ninguno más indicado que la Contrareforma católica del Concilio de Trento reunido en 1545. Impulsada por el avance de la Reforma y por la

² BAINTON, Op. cit., p. 87.

necesidad de confirmar y renovar su doctrina la Iglesia se reunió en Histórico Concilio.

Entre los principales temas tratados figuran los siguientes:

1) Aceptación del canon alejandrino; 2) Autoridad, además de las Escrituras, de la tradición eclesiástica; 3) Fijación de la Vulgata como texto autoritativo de la Sagrada Escritura; 4) Declaración de que todo fiel creyente debía aceptar la Escritura conforme a la enseñanza de la Iglesia; 5) Estudio del pecado original y de la justificación del cristianismo; 6) Estudio de la Penitencia; 7) Discusión sobre organización de la Iglesia y del obispado; 8) Autoridad de las resoluciones del Concilio.

IV. BASES TEOLÓGICAS DE LA REFORMA

1) *Justificación por la fe.*

Es sin duda capital del protestantismo la llamada doctrina de la justificación por la fe. No es aceptable por la razón e implica exigir del hombre una total dependencia y confianza en su Dios. No debe caerse en el supuesto de reducirla a una simple abstracción. No es la mera afirmación de la existencia de Dios, sino al decir de Calvino: "reconociendo a Dios como a nuestro Dios verdadero y a Cristo como nuestro Salvador, es decir, no tan solo reputando como verdadero todo lo que de Dios y Cristo está escrito o se ha dicho (en la Escritura) sino también poniendo toda nuestra fe y confianza en Dios y en Cristo, y estar de tal modo afianzados en este pensamiento que no dudemos nada de la buena voluntad de Dios para con nosotros. Que estemos firmemente persuadidos de que cuanto nos sea necesario, tanto en el alma como en el cuerpo por él nos será dado. Que esperemos ciertamente nos concederá cuanto la Escritura promete... que obtendremos por medio de Jesucristo el perdón de los pecados, la santificación y la salvación para que seamos conducidos finalmente al reino de Dios, el cual el día último será revelado".⁸

Las obras derivan de la fe. No alcanzan comprensión por sí mismas ni justificación alguna sino están precedidas y hechas por fe. De no ser así "les falta cabeza y toda su vida y bondad no valen nada".⁹

La fe parece ser más bien un don de Dios. No es un acto de capacidad humana... Por el contrario, el acto de la gracia de Dios no puede ser comprendido por el simple razonamiento del

⁸ CALVINO, "Instituciones de la Religión Cristiana", Edit. La Aurora, 1959, T. I, p. 161.

⁹ Op. cit., p. 161.

hombre. La magnitud de Dios es tal que el hombre se encuentra empuerquecido y atontado. ¿Cómo confiar en este Dios tan increíble y supremo? Sólo por fe. Dios a través del Evangelio y los Sacramentos tiene ocasión de mostrarse al hombre. La fe es el acto de gracia divina. El puente tendido entre el hombre y su hacedor.

2) La Libertad Cristiana.

Esta doctrina se halla estrechamente ligada a la anterior. Le es prácticamente una consecuencia y no es extraño que Lutero en "La Libertad Cristiana" haya dado como introito un estudio sobre la fe y las obras.

Los reformadores se alzaron firmemente contra el cumplimiento estricto de la ley mosaica y las disposiciones canónicas. Ve en ello un pecado, pero en cuanto fuere una simple norma de conducta por la conducta misma. O sea en cuanto se pretenda erigir en un formalismo para obtener su justificación; de ninguna manera, Dios se ha manifestado ya de una vez para siempre a través de Jesucristo, Dios ha hablado y el cristiano sólo debe creer y escuchar esta palabra: "Ni en el cielo, ni en la tierra, exista para el alma otra cosa que vivir y ser justa, libre y cristiana que el Santo Evangelio, la palabra de Dios predicada por Cristo..."¹¹

Luego: "La única obra y única práctica de los cristianos debiera consistir en lo siguiente: grabar en su ser la palabra de Cristo y ejercitarse y fortalecerse sin cesar en esta fe..."¹²

Se comprenderá la nueva dimensión que adquiere el concepto de la fe. Su existencia libera al hombre de toda otra atadura terrena, sencillamente ya no precisa realizar una serie de obras determinadas, su fe lo ha dotado de una potencia tal que se transforma al decir de Lutero, "en señor de todas las cosas". El cristiano es, por consecuencia, absolutamente libre.

La ley es una muleta que no necesita el creyente: "Las obras buenas y piadosas jamás hacen al hombre bueno y justo, sino que el hombre bueno y justo realiza obras buenas y piadosas".¹³

Para evitar un anarquismo ético Lutero afirma que el cristianismo es señor de todas las cosas, pero al mismo tiempo siervo de todo. ¿Cómo conciliar esta paradoja? El origen de la libertad reside en un gran hecho: la subordinación y plena dependencia del hombre a Dios. Esta situación es liberadora, pero solamente en cuanto ha escogido someterse totalmente a su Creador, y al someterse debe agradecerlo con su vida, transformándose, por amor

¹¹ Op. cit., p. 15.

¹² Op. cit., p. 18.

¹³ Op. cit., p. 36.

en siervo, "a fin de ayudar a su prójimo, tratándole y obrando con él como Dios ha hecho con el cristiano por medio de Jesucristo"...¹⁴

La fe en el acto de salvación divina libera al hombre, pero al mismo tiempo le inspira una vida de servicio y amor, aquí radica la causa del buen obrar. No en el mero cumplimiento artificial de una norma por honesta y sacrificada que fuese, sino en la inspiración que la fe conduce al ver el acto misericordioso de Dios con el Mundo.

Con su lógica habitual Calvino sistematiza este pensamiento. Basado en iguales principios el ginebrino enumera las partes de la libertad: a) Supone liberación de las obligaciones impuestas por la ley; b) en consecuencia una obediencia espontánea, no forzada por voluntad humana ni código escrito, y por último, c) una libertad absoluta frente a las cosas externas que sólo pueden inspirarnos indiferencia, "de tal modo y manera que ya las podamos hacer, ya las podamos indiferentemente omitir...".¹⁵

Nuevamente Calvino previene contra los abusos de esta libertad. Su causa la justifica auténticamente, pero debe ser entendida caritativamente y servir de edificación al prójimo, y evitar el escándalo de una ostentosa libertad sólo para la gloria efímera de un impulso de egotismo y autosuficiencia.

3) El sacerdocio universal.

Contra la autoridad absoluta de la Iglesia Católica, fundada en la jerarquía sacerdotal, concilios universales y las tradiciones apostólicas se levantan los reformadores. Lutero restaura en toda su vigencia la doctrina del sacerdocio o pontificado universal.

Puesto que la fe únicamente justifica al hombre y es insisto a ella la libertad del cristiano, el hombre no se halla sujeto a ninguna otra potestad sino la de Dios. Se halla en consecuencia libre de las ataduras terrenales y el poder de la Iglesia. Cada hombre es su propio Pontífice (de *pons-pontis*, el puente; u *facio, facis, facere, feci, factum, hacer*) e iguales ministros en el servicio divino.

El orden eclesiástico, los oficios divinos de los sacerdotes constituyen para los reformadores un verdadero escándalo que introduce jerarquía apóstata y falsa. Así Lutero exclama: "En consecuencia, esté tú seguro, y así lo reconozca cualquiera que considere ser cristiano que todos somos igualmente sacerdotes, es decir que tenemos la misma potestad en la Palabra y en cualquier otro sacramento".¹⁶ "Sacerdotes, obispos o papas, no son

¹⁴ Op. cit., p. 43.

¹⁵ CALVINO, Op. cit., p. 117, T. II.

¹⁶ Op. cit., p. 44.

diferentes de otros cristianos ni superiores a ellos, excepto en cuanto a ellos incumbe la administración de la Palabra de Dios y los Sacramentos, que es su trabajo y oficio".¹⁷

Esta doctrina tiene una importancia vital para la comprensión de las consecuencias político-sociales. Señalamos al pasar dos, que más adelante ampliaremos:

a) *El concepto de Iglesia.*

Si partimos de la afirmación que todo hombre es su propio sacerdote siendo iguales ante Dios, sea cual sea su oficio, la Iglesia pierde entonces su jerarquía divina. No puede adjudicarse la autoridad de ser la única palabra de Dios en la tierra. Su jerarquía se disipa y antes que como "institución" nos vemos en la necesidad de definirla como "comunidad". Así Lutero expresa: "... Pero no es lícito que alguno haga uso de esa potestad (predicar la palabra y administrar los sacramentos) sino con el consentimiento de la comunidad o por llamado de un superior" (*La Cautividad babilónica*).¹⁸ "La actual organización de la Iglesia no está fundada en las Escrituras. Fue la costumbre de hace muchos años, y debió haber sido conservada, que en una comunidad cristiana, donde todos son sacerdotes, uno, el más viejo o el más sabio, aún el más pío, fuera elegido para ser su siervo, trabajador, guardián y cuidador del Evangelio y los Sacramentos, así como el mayor de la ciudad es elegido para dirigir todo el cuerpo de la ciudadanía..." (*Contestación a los supercristianos...*, *Works of Martin Luther*).¹⁹

Corresponde a Calvino precisar con claridad la real función de la Iglesia. Por dos razones: "... para que en la congregación de los fieles todas las cosas se hagan decentemente y con la dignidad que conviene, y para que la comunidad se mantenga en orden, como en ciertos lazos de moderación... y para que todos nosotros, con ministerios diferentes, pero con igual ánimo se dediquen junto a la común edificación de la Iglesia, a fin de que todos lleguemos a la unidad de la fe y del conocimiento del hijo de Dios, el varón perfecto, según la medida de la edad de la plenitud de Cristo..."²⁰

La Iglesia no desaparece, por el contrario el cristianismo conserva intacta su capacidad salvadora, pero en cuanto la comunidad de los creyentes sea real transmisora de la Palabra de Dios, a través de las sagradas Escrituras, la predicación y los Sacramentos.

¹⁷ Carta abierta a la nobleza cristiana, *Works of Martin Luther*, Muhlenberg Press, 1962, Vol. II, p. 89.

¹⁸ *La cautividad babilónica*, P. cit., p. 44.

¹⁹ *Works of Martin Luther*, Vol. III, p. 321/24.

²⁰ BAINTON, Op. cit., p. 147.

b) La vocación.

"Así como Lutero extendió el servicio de los sacerdotes a todos los creyentes, así también extendió el concepto del 'llamado divino', la vocación, a todas las ocupaciones dignas".²¹

Todo oficio digno es igualmente accesible frente a Dios. El mismo Lutero exclama con cierta irreverencia: "La Virgen María también trabajaba y el más sorprendente ejemplo de su humildad es que después de haber recibido la asombrosa noticia de que iba a ser la madre del Redentor, no se envaneció, sino que siguió ordeñando las vacas, fregando las ollas y barriendo la casa como cualquier sirvienta".²²

"La lechera y el que acarrea estiércol ejecutan un trabajo más agradable a Dios, que el canto de un salmo por un cartajo".²³

La Reforma corta así de plano el escape monástico. Es en este mundo donde el hombre ha sido puesto y aquí y ahora debe vivir su fe. La religiosidad se proyecta al plano cotidiano y al cristianismo toca cumplir su ministerio en su propio oficio u ocupación.

O sea, que la vocación pierde su naturaleza sacramental en cuanto supone un apartamiento o la consumación de un ministerio divino. Pero gana infinitamente en difusión. Todos, sacerdotes y zapateros, profesionales y campesinos se hallan igualmente unidos por el Creador y destinados al cumplimiento de su voluntad en este mundo. Ello explica la prolifera literatura luterana acerca de los problemas de su tiempo. El estilo ágil e irónico del reformador penetra raudamente en las cuestiones cotidianas. Quien lee "El Comercio y la Usura", "Del Matrimonio", o cualquiera de sus cartas o charlas de sobremesa encontrará al teólogo departiendo familiarmente sobre temas diversos y humanos. Sus discípulos publicaron sus "Charlas" y de ellas impresionan la enorme variedad de sus temas. Bainton²⁴ indica seis mil novecientos cincuenta y seis anotaciones.

Con el Calvinismo esta concepción mundana se mantiene, pero adquiriendo caracteres ascéticos. Max Weber²⁵ ha señalado claramente como la doctrina de la predestinación da origen a un matriz pietista y riguroso. No obstante, la inmediatez terrenal del mensaje protestante no se pierde e inunda al hombre renacentista.

²¹ BAINTON, Op. cit., p. 379.

²² BAINTON, Op. cit., p. 380.

²³ BAINTON, Op. cit., p. 242.

²⁴ BAINTON, P. cit., p. 331.

²⁵ "La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo", Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1931.

c) La autoridad de la Biblia.

Consecuencia deducible de lo anterior constituye la vuelta aún a fuente única de fe: Las Sagradas Escrituras. El catolicismo como ahora, sostiene como fuente única de fe y de conocimiento de ella no sólo la Biblia sino la tradición apostólica. De tal manera se incorpora a la dogmática romana la enseñanza de los padres y teólogos católicos, supervisadas y consentidas por la Iglesia.

Al rechazar el poder interpretativo y divino de la Iglesia, y por consiguiente del Papa, el protestantismo se vuelve sobre sus fuentes. La Biblia es la Palabra de Dios, el resto es sencilla inspiración humana y por consiguiente fallible.

Sin temor a equivocarse puede asegurarse que la Reforma constituye fundamentalmente una vuelta sobre las Sagradas Escrituras.

El mismo Lutero, en su escondite del Castillo de Warburgo, aprovechó el tiempo para traducir la Vulgata al alemán, hoy en día considerada uno de los primeros documentos del idioma alemán.

La libre inspiración e interpretación del cristianismo que recurre con sinceridad a la Escritura, completan la fuerza de esta doctrina.

4) La predestinación.

Merece unas palabras la doctrina de la Predestinación. Si bien propuesta por Lutero, es de cuño calvinista. Erich Fromm y Max Weber han señalado la rotunda importancia que esta doctrina ejerció en el hombre de la Edad Moderna. Hoy en día la teología ha atemperado los rigurosos conceptos del ginebrino. Con todo es innegable —y tendremos ocasión de volver sobre ello— la influencia que ejerció en las denominaciones puritanas y pietistas de los siglos posteriores y por ende en la concepción del mundo moderno.

Calvino sostiene que Dios tiene ya asignado ciertos hombres que serán salvos y otros réprobos. Esto pertenece exclusivamente a Dios y por consecuencia no puede ser dispuesto —ni siquiera cambiado— por hombre alguno.

"No podemos comprender —dice— la incomprendible sabiduría de Dios, ni está en nosotros al discutir sobre ella, para llegar a saber quiénes hayan sido elegidos por su eterno consejo y quiénes reprobados."²⁸

Sólo se sabe que Dios ha hecho ya la elección. Entonces, ¿qué queda al hombre? Simplemente confiar.

²⁸ Op. cit., p. 183.

"Finalmente, de tal suerte hemos de creer en la Iglesia, que sostenidos por la confianza en la divina bondad tengamos como cierto que nosotros formamos parte de ella, y que justificados ya en parte, con los cuales hemos sido llamados, hemos de confiar que seremos perfectamente justificados y glorificados."²⁷

La Iglesia, para Calvino, es más bien definida como "el número de los elegidos". No por supuesto en el matiz, institucional católico, sino en la cruda realidad de estar enteramente librada a la voluntad de Dios quien designará los que forman parte de ella, es decir, los salvos.

A fin de salvar la incertidumbre de esta tesis, el ginebrino ensaya una salida. La Escritura suministra ciertos datos, no definitivos, pero que permitirán atisbar la voluntad de Dios, como ser, su confesión de la verdadera fe, el ejemplo de su vida y la participación de los sacramentos. El Cristiano, pues, debe estar atento al cumplimiento de esos signos en su vida. Ellos testimoniarán su salvación.

Esta salida contesta el por qué de la vida. El salto de Calvino supone la metodización y el continuo autoexamen. Generan una vida conforme a los términos que se ajustan a una digna salvación. Justifican una actividad. Y una actividad ascética. Desde este punto Weber, hallará el entronque de la ética protestante con el espíritu capitalista.

V. LOS REFORMADORES Y LOS PROBLEMAS DE SU ÉPOCA

Al tratar específicamente los temas seculares de su momento los reformadores no tuvieron siempre la visión cambiante que registraron en su teología. Claro es que registramos algunos asomos que parecen reabrir la puerta de nuevas concepciones, pero forzoso es reconocer —y en ello se agota parte de nuestro objeto— que su teología fue a las largas mucho más revolucionaria que sus concretas aspiraciones mundanas.

El problema de las relaciones entre Estado e Iglesia adquiere en Lutero, una connotación especial visto que el reformador introduce dos entidades que, si hasta cierto punto son paralelas, no deben equipararse: Reino de Dios y Reino del mundo.

Al primero pertenecen todos "aquellos que creen rectamente en Cristo y están bajo Cristo"²⁸, o sea los creyentes (no los que pertenecen a la institución terrenal "Iglesia"). En verdad, estos no precisan: "Ni de espada ni de derecho. Su fe inspira una

²⁷ Op. cit., p. 192/93.

²⁸ La autoridad secular, Trad. Op. cit., p. 194.

conducta recta y no puede haber ocasión de contienda... estas gentes no necesitan ni de la espada, ni del derecho seculares... y si todos fuesen verdaderos cristianos, verdaderos creyentes, no serían útiles ni necesarios príncipes, reyes, señores, espada ni derecho...".²⁰

Más, los verdaderos cristianos son pocos; a su lado vive entremezclado e injusto el reino del mundo. Está constituido por los no cristianos, o sea aquellos que por incrédulos, viven injustamente. Este reino precisa de la autoridad para ordenarlo. Resultaría utópico pensar que por reflejo es aquí este segundo Reino se pudiera gobernar sin leyes: "Quien osara gobernar todo un país o el mundo por medio del evangelio, procede como un pastor que encerrase en un establo lobos, leones, águilas y ovejas y dejase correr a todos libremente uno al lado del otro diciendo: 'paced y sed buenos y pacíficos el uno con el otro; el establo está abierto. Pasto tenéis suficiente, no tenéis que temer perros y clavos'. En este caso las ovejas mantendrían la paz y dejarían pastarse y gobernarse tranquilamente; más, no vivirían mucho tiempo, ni quedaría un animal frente al otro".²¹

Por la maldad de los hombres es preciso la ley y el Estado. Ahora bien, ¿quiere esto decir que el supuesto cristiano debe apartarse y vivir separadamente su forma superior de vida? Quizá la afirmativa hubiere sido la respuesta medieval. Lutero escapa a este monástico individualismo y sugiere: "...Pero como un cristiano verdadero en la tierra no vive para sí mismo, sino para su prójimo y le sirve así conforme a la índole de su espíritu, también hace lo que no necesita, sino aquello que es útil y necesario para el prójimo".²²

O sea, que el creyente no puede curarse en su fe para resguardarse de las instituciones del mundo. No puede ser tan religiosamente despreocupado. En este mundo posee sus bienes, su esposa, hijos y amigos, está habitado sí por no-cristiano, pero no obstante ello son sus prójimos. Debe quedar en el mundo y servir a la espada. Más aún, está obligado a servir a su comunidad a través de los oficios mundanos: "...la otra parte es que (el cristiano) está obligado a servir a la espada y favorecería con cuanto pueda ya sea con cuerpo, bienes, honra y alma. Pues se trata de una obra que a ti no te hace falta, pero que es del todo útil y necesaria a todo el mundo y a tu prójimo. En consecuencia si vieras que faltan verdugos, alguaciles, jueces, señores y príncipes, y tú te sintieses capaz para ello deberías ofrecerte y solicitar el cargo para que la potestad necesaria no se desprecie,

²⁰ *Idem*, p. 158.

²¹ *Op. cit.*, p. 158.

²² *Idem*, p. 158.

ni se debilita, ni se pierda, puesto que el mundo no puede ni debe prescindir de ella".³²

Nuevamente, aflora el concepto de vocación, Lutero lo interpreta en toda su mundanidad y en servicio del prójimo.

Volvamos al reino del Mundo. Dios mismo ha instituido la ley y la espada para gobernarlo. En este sentido, Lutero toma al pie de la letra la palabra de San Pablo: "Toda alma se someta a las autoridades superiores, porque no hay potestad sino de Dios, y las que son de Dios son ordenadas. Así que, el que se opone a la potestad, a la ordenación de Dios resiste; y los que resisten ellos mismos ganan condenación para sí".³³

Puesto que toda autoridad proviene de Dios (concepto teológico del poder) no es lícito al ciudadano rebelarse contra ella, pues sino se está revelando contra el mismo Señor. Lutero escribe en 1523 su "Seria exhortación a todos los cristianos para que se cuiden de sedición y rebelión". Esta carta está dirigida contra aquellos que siguen pretendiendo hacer movimientos de fuerza contra la Iglesia Católica-romana. Lutero no quiere que su causa se empiece con sangre y deja reseñada así una concepción absolutamente sumisa. La autoridad ha sido puesta a causa del pecado humano. Debe ser obedecida mansamente puesto que es el poder de Dios en la tierra. ¿Y si se transforma en tiranía? Ni aun entonces Lutero autoriza la rebelión. Se debe acatamiento reconociendo que la injusticia es producto de la maldad del hombre en la que todos participan. El reformador sólo barrunta algunas soluciones: Apelar al Emperador, orar fervientemente y "luchar con la palabra", que en boca del protestante no fue por cierto débil. Calvino confirma la médula de esta teoría. Como representante de Dios, el magistrado tiene potestad sobre los hombres. Estos le deben obediencia de la misma manera con que se obedece al Señor.

"Por lo que a nosotros toca, procuremos con sumo cuidado no despreciar o violar la autoridad y la majestad augusta de los magistrados, la cual fue sancionada por Dios con gravísimos decretos, y aún, en cuanto a ellos, toda la que manchen con iniquidad."³⁴

A Dios quedará reservado el castigo.

Esta reverencia tiene un límite: "...que la obediencia no nos aparte de la obediencia de Aquél a cuya voluntad deben estar sujetos los edictos de todos los reyes, a cuyos decretos deben ceder todas las leyes, a cuya majestad deben estar sometidos todos los convenios. ¿Qué perversidad sería la de incurrir en ofensa de

³² Ídem, p. 159.

³³ Romanos, XIII: 1 y 2.

³⁴ CALVINO, Op. cit., T. II, p. 311.

Dios para satisfacer a los hombres, puesto que les obedecemos por amor a EL? Pues el Señor es Rey de Reyes, el cual, apenas abre su sagrada boca, debe ser oído en todas las cosas y sobre todos los demás. Después de EL estamos sujetos a aquellos hombres que nos rigen; pero no en otra manera que en EL. Si ellos mandaran alguna cosa contra lo que EL ha mandado, no debemos hacer ningún caso de ella, sea quien fuere quien lo mandara".²⁸

Este firme corolario no lo he encontrado en Lutero. Económicamente Lutero fue precapitalista y fisiócrata casi diría hasta la puerilidad. Aceptaba el comercio incipiente de su época con gran desconfianza y temor. Su artículo "El Comercio y la Usura" es demostrativo. Constituye una amena y divertida literatura que informará al lector sobre las picardías de los comerciantes renacentistas. Reflexiona sobre los perjuicios del intercambio internacional y finalmente termina estigmatizando los precios altos, el préstamo con interés y las fianzas. Su portada de por sí lo define: Muestra campesinos devolviendo al señor no sólo el ganso prestado sino los huevos que éste ha puesto.

Es de toda evidencia que Lutero, en contrario a cualquier forma de capitalismo y atribuye el aumento de los precios a la contumacia de los mercaderes. Así pues, los combate en todas las maneras que, como sencilla profano, les conoce.

En Calvino las menciones concretas a la economía de entonces son todavía menores. Los reformadores son antes que todo teólogos y no se puede esperar de ellos tratados de economía política y en algunos casos ni siquiera buenas ideas al respecto. Su búsqueda es la de Dios en todas sus manifestaciones. Los problemas terrenales ocupan un lugar secundario y le deben subordinación.

No obstante, en el mismo ginebrino estaba ya entendida la doctrina de la profesión mundana y su consecuencia en la firma radicación del hombre en la vida secular. Es justamente en esta vida en donde el hombre hallará las pruebas de su salvación, en ella ha sido ubicado y no podrá zafarse. Así pues, abandonado en medio del mundo busca dentro de su ser los signos divinos de su salvación. Las bendiciones terrenales son una prueba de la buena voluntad del Señor.

No tardarán sus seguidores en justificar la adquisición de los bienes, como señales divinas en la vida humana. Tomando al pie de la letra la vieja leyenda de Job, es Dios mismo quien provee finalmente al hombre sus riquezas. Incluso las muchas de éstas pueden indicar la salvación.

²⁸ CALVINO, Op. cit., T. II, p. 211.

VI. CONSECUENCIAS POLÍTICO-SOCIALES

1) Protestantismo y poder político.

El origen divino del poder como teoría política se halla igualmente presente en el protestantismo de los primeros reformadores como en la Iglesia Católica. Ambos se cifran a la afirmación de causalidad teológica en la dominación secular.

Sabido es asimismo que durante la Edad Media el poder político se halla descentralizado. Los Señores feudales ejercen la función bélica, la administración de justicia y recaudan impuestos y en consecuencia el Rey carece de las principales bases de coacción, es meramente un "primo inter pares". Pero ya desde el siglo XIII este sistema entra en decadencia y se fortalecen progresivamente las monarquías antecediendo a los Estados Modernos.

El mismo siglo de la Reforma marca el linde de los nuevos Estados. El Monarca adquiere fuerza política y económica y a la anterior dispersión del poder sucede una concentración absolutista. Se aúna el concepto de soberanía que sintetiza las bases en Bodin, del régimen monocrático.

Dentro de la doctrina católica del poder se definen dos posiciones que colorean con matices ideológicos la primera tesis del origen divino del poder. Por un lado, la afirmación de que este poder ha sido dado por Dios directamente al monarca, por otro lado, en especial dentro del jesuitismo español, se sostiene que el poder ha sido otorgado primeramente al pueblo quien lo delega en el monarca. Son obvias las consecuencias de una u otra doctrina: por aquélla se consolida el poder absoluto del Rey, por la otra queda abierta la puerta para la resistencia al tirano.

Esta contradicción se da también en el protestantismo aunque más veladamente. Los textos ya citados de los primeros reformadores y la concreta actitud de Lutero ante la revolución de los campesinos respaldan un Estado absolutista, característico de los siglos inmediatos. Ambos reformadores afirman decididamente el poder monárquico hasta sus últimas consecuencias.

Curiosamente, sin embargo, la doctrina de la libertad cristiana provocará la repercusión contraria. Siendo como es, el hombre libre de todo poder terreno le es menester obedecer a Dios antes que a los hombres, luego, el Poder Político será absoluto en tanto no contrarie los preceptos divinos. La alianza de la Iglesia Católica con alguno de los Estados Modernos y su aprovechamiento para fusionar la protestantismo redujeron esta actitud de los reformadores en Europa Continental.

Volvemos pues a nuestra tesis inicial. No debemos buscar siempre en los escritos específicos de los reformadores las consecuencias reales de su movimiento. En tanto, que en un princi-

pío la Reforma respaldará a los Estados absolutos postrenacentistas, dentro de su pensamiento se genera una actitud contraria que sembrará el liberalismo posterior y que concluirá derribando los estamentos reales. Del mismo modo este liberalismo sufrirá a su vez las críticas del análisis religioso a la luz de la justicia.

Hemos hablado de la causalidad del poder. Ahora, ¿cómo se justifica? El pecado humano ha introducido el desorden en la Sociedad. El hombre busca sus propios intereses egoístamente y de no existir una valla se aplicará lisa y llanamente la ley del más fuerte. Suponer un desarrollo natural de la sociedad orientada al bien común, a más de utópico podría ser ridículo. Así pues, la existencia del Estado es imprescindible y Dios lo ha creado para que se le obedezca; la "razón de Estado" es la preservación del orden social en defensa de la innata imperfección humana.

2) Estado e Iglesia.

Las doctrinas de la justificación por la fe y la libertad cristiana tienden a separar al hombre de toda sujeción humana en aras de una dependencia exclusivamente debida a Dios. El postulado del sacerdocio universal rompe definitivamente con toda afirmación institucionalizada de Dios en la tierra.

A la Reforma ha tocado socavar las bases teológicas de la Iglesia Católica Romana. El poder temporal de ésta, que en último caso estaba justificado en aquellas bases, se agrieta, mostrando la fisura de su excisión interna.

Disuelto el sistema jerárquico-autoritario rechazados los sacramentos y criticado de fondo el derecho natural que da razón de ser a todas las cosas, la Iglesia Católica-romana pierde la fuerza santificadora de su presencia en la temporalidad.

Así el acto de Napoleón tomando con sus propias manos la corona y sacándose la al sacerdote para auto erigirse, señala simbólicamente un hecho que lleva siglos de tácita expresión. La independencia del poder temporal del espiritual.

El Renacimiento inicia esta lucha. Por primera vez en un texto político, Maquiavelo da sentido independiente a la palabra "estado" y esboza una teoría política autónoma de la causalidad teológica y desde luego de su ética. Al papado sólo se le menciona como fuerza temporal susceptible del vaivén diplomático, con la indiscutida potencia de sus bienes, pero no de su cayado.

La influencia de las instituciones dependen de su cohesión interna y el grado de autoridad que conservan entre sus adherentes. Las iglesias protestantes al abandonar el concepto de "institución" y proponer una definición comunitaria en la que cada

creyente es su propio sacerdote tiende a debilitarse temporalmente.

En ese sentido, sin embargo, el Calvinismo y las denominaciones puritanas posteriores lograron superar con mayor entereza el dilema modernista. Nos unimos a Troeltsch en las siguientes palabras: "El Calvinismo, que en el dogma es más espiritualista que el Luteranismo, en la práctica era menos espiritualista e idealista y se organizó con sagacidad secular para la lucha, recogiendo para todas las reglas de la Biblia; cierto que, a estos efectos, encontró mejores consejos en el Antiguo que en el Nuevo Testamento. Por eso ha poseído también la firmeza interna suficiente para poder sostener la iglesia en el paso al mundo moderno, al disolverse el "corpus christianum", y para pasar, primero de un modo provisional y luego definitivo a la situación de iglesia libre, mientras que el Luteranismo, primero, cayó en manos de un territorialismo no eclesialístico, y luego, dejó que el estado moderno le constituyera una iglesia artificialmente complicada en sus relaciones jurídicas y oscilantes entre la dependencia y la autonomía".⁸⁸

En este problema nos enfrentamos nuevamente con una ambivalencia de resultados. Por un lado las doctrinas expresamente autoritarias han fomentado en cierto sector del protestantismo la aceptación de regímenes políticos absolutistas e incluso se han ligado estrechamente al Estado (p. ej.: Inglaterra), por otro, el acendrado individualismo con que las doctrinas religiosas invistieron al hombre derramó generosamente en espíritus dispuestos a resistir a toda autoridad, el signo de su libertad, no ya de cultos sino humana.

Surgen concomitantemente grandes movimientos de independencia que marcaron rumbos insuperables en los siglos posteriores (La resistencia de los Hugonotes, la emigración puritana a América, etc.).

Con algunas excepciones, los movimientos protestantes han preferido mantenerse separados de la organización política, propugnando la división de Iglesia y Estado casi universalmente. Nuevamente dejamos a salvo a Inglaterra advirtiendo que el origen histórico de la unión de ambas instituciones fue producto de una presión externa al protestantismo y no como anhelo emanado de él. Antes que una eclesiazización del estado parece típicarse un regalismo.

3) *El hombre. Individualismo.*

Existe también una dicotomía, incluso contradictoria que ha tenido enorme importancia en la posteridad.

⁸⁸ Op. cit., p. 55.

El hombre es por naturaleza pecador, salvado y sin posibilidad alguna de encontrar en sí las armas de su salvación. De él nunca podrá partir nada bueno, su razón es imperfecta, su conducta está plagada de maldad, sus instituciones son pecaminosas. Es incapaz de cumplir los mandamientos divinos y por consiguiente sus obras están llenas de concupiscencia. Sólo resta un camino: la entrega absoluta a Dios. Su radical esfuerzo por depositar íntegramente su ser al Hacedor y confiarse totalmente, o sea un acto de fe que importa un sacrificio íntegro, total y sin dudas. Solamente en esto hallará su salvación.

El justo que logra cumplir en sí esta transformación queda en consecuencia liberado de toda autoridad terrena y de todas las cosas y sujeto sólo a Dios. O bien en el lema de "La Libertad cristiana", el cristiano es señor de todas las cosas y no está sujeto a nadie. El cristiano es servidor de todas las cosas y está supeditado a todos.²⁷

La faz positiva de esta entrega nos da un hombre íntegramente conformado, libre, autónomo y sin ligazón de ninguna especie. En ese sentido la Reforma colaboró notablemente en el desarrollo del humanismo moderno descubriendo caminos que perduran en la actualidad, como las más caras aspiraciones humanas de libertad, desprejuicios y tolerancia.

Efectivamente, secularizada, la Reforma independizó al hombre de todas las cuestiones religiosas que lo encerraban y paralizaban imidiéndole una sana investigación y autodesarrollo. Sustruyó de plano la influencia autoritaria y jerarquizada de la iglesia, no se apartó del mundo y de un plumazo disolvió esa especie de doble moralidad de la clerecía y laicado.

Así, caracteriza al protestantismo una especie de "vuelta al mundo", señalando la falacia de una vida monacal, apartada, sólo para escogidos, juzgando desde un balcón al profano. En las palabras de Troeltsch: "considera al mundo y sus órdenes como dados por la creación y también como el supuesto terreno natural de la acción cristiana".²⁸

Al despojarse de esta autoridad a la iglesia se la da al individuo y basa su fe y salvación en una experiencia personal e intransferible. En consecuencia tenemos a un hombre soberbio, que surge solo, tremendamente solo, en las complicaciones y devaneos de la vida mundana. Queda por cargo del lector el conectar esta tesis a la emancipación política, las expresiones populares, el voto, la defensa de los derechos humanos, etc.

Pero a la vera de esta transformación subyace la gran tragedia del hombre moderno. Sorpresivamente ha roto con el armamento

²⁷ Op. cit., p. 13.

²⁸ Op. cit., p. 86.

mundo medioeval, ha echado abajo la arquitectura estamental e ideológica feudal y se halla supeditado a sus propias fuerzas.

Fromm²⁸ ha penetrado profundamente en la mentalidad de este hombre moderno repentinamente solo. Su libertad, si bien por un lado ofrece el aspecto positivo del logro de su propia independencia, de "hacer en su propia vida todo lo que era capaz de hacer, y no lo que le mandaban hacer", por otro lado le priva de la "seguridad", que gozaba en el estado medioeval, arrancándole de un mundo que si bien lo predeterminaba le ofrecía en cambio una estabilidad económica y social. Sobreviene así, la angustia, la impotencia y la conciencia de su escasa significación.

Identifica al protestantismo con la clase media y descubre en él los gérmenes de una rebelión de un grupo social envidioso de las franquicias, privilegios y riquezas que han gozado hasta entonces las altas clases medioevales. Así la nueva fe se transforma en instrumento de lucha de una clase que se abre duramente en un mundo hasta entonces desigual, no hallando mejor manera de runder esta rebelión que destruyendo las bases teológicas que dieron lugar al antiguo régimen.

Llegado a tal punto, Fromm se inicia en el estudio de la predestinación calvinista y de allí somaca las siguientes conclusiones:

a) Crea una desigualdad. La doctrina en realidad desemboca definitivamente en dos tipos de personas: salvos y réprobos. Ingenuamente los protestantes piensan pertenecer al primer grupo, el resto en cambio ha sido ya condenado definitivamente por Dios y no merece consideración.

b) Una actividad frenética, impulsada por el simple deseo de hacer algo, motivada por un sentimiento de evasión de la angustia que acosa.

Si bien el individuo no puede cambiar su destino, la circunstancia de poder realizar ciertos esfuerzos demuestra su identificación con el grupo de los salvos. Esto genera un anhelo de vida virtuosa y la conclusión de que los signos terrenales del éxito indican salvación.

En consecuencia, el protestantismo desarrolla una actividad incesante, que aparentemente no busca un fin determinado sino que sirve para señalar si ocurrirá o no algo: Su predestinación. Nunca como entonces el trabajo adquiere la importancia descomunal e insaciable de la edad moderna.

c) Hostilidad y resentimiento. Todo ello encubre un profundo odio contra los grandes beneficiados de los siglos anteriores y un resentimiento consigo mismo que los impulsa a humillarse

²⁸ "El miedo a la libertad", Edit. Paidós, 1958.

ignominiosamente ante su Dios. Esta "humillación" no es más que un nuevo mecanismo psicológico que esconde un odio contra sí mismo y contra el mundo que lo rodea.

Como corolario concluye: "... el proceso social, al determinar el modo de vida del individuo, esto es, su relación con los otros y con el trabajo, moldea la estructura de carácter; de ésta se derivan nuevas ideologías —filosóficas, religiosas o políticas— que son capaces a su vez de influir sobre aquella misma estructura y de este modo acentuarla, satisfacerla y estabilizarla; los rasgos de carácter recién constituidos llegan a ser, también ellos, factores importantes del desarrollo económico e influyen así en el proceso social; si bien esencialmente se habían desarrollado como una reacción a la amenaza de nuevos elementos económicos, lentamente se transformaron en fuerzas productivas que adelantaron e intensificaron el nuevo desarrollo de la economía".⁴⁸

Ea de toda evidencia que el análisis frommiano alcanza a una hondura y penetración excelente. En nuestra calidad de meros profanos de la materia nos permitimos indicar, no obstante, ciertos desacuerdos:

a) No está debidamente juzgada la era medioeval en su eminente desigualdad social. Los términos de jerarquización, dependencia y causalidad teológica ocultan una injusticia "ab initio", escasamente apuntada. Si bien el movimiento de la Reforma no trajo una igualdad total es innegable que realizó enormemente este ideal. La doctrina del sacerdocio universal y de la libertad cristiana son pruebas de un esfuerzo ponderable en la humanización moderna y contemporánea. Quizá los errores modernos llevan tras de sí la carga de una era medioeval meramente formal y vacua que si bien introducía una explicación teológica, permanecía inconsolablemente fría ante las concretas necesidades humanas. Levantarse contra ella, pese a los nuevos errores es de por sí elogiabile.

b) El amor o la caridad cristiana fueron constantes morigeradores en las doctrinas reformadas. Falta un análisis justo de este factor de importancia en las consecuencias de trato social.

c) El único análisis psicológico, ya individual o social, puede introducir resultados inesperados en el estudio de una época. La Reforma de manera alguna es creadora de su Era, dentro de ella se mueven otras influencias de orden económico y político que la asolan y que modelan el resto de las características modernas. Bástenos señalar el descubrimiento del nuevo mundo, la relativa estabilización de los grupos humanos afincados a territorios determinados que forjan las tradiciones, lenguas y costumbres que

⁴⁸ Fromm, *Op. cit.*, p. 81 y sigs.

conducirán a las nacionalidades, el comienzo del colonialismo europeo y su consiguiente resultado y resurgimiento comercialista, etc., etc. Las palabras transcritas "ut supra", sugieren en cambio que un determinado tipo de carácter moldea ideologías. Aceptemos su posición, pero aceptemos también que importa una postura científica sumamente discutible.

De todos modos la Reforma participa hondamente en el movimiento individualista posterior. El concepto de vocación, presente en las doctrinas luteranas y calvinistas otorga al hombre moderno una comprensión peculiar y sacra de su oficio, destruyendo definitivamente la dicotomía profesional anterior.

En consecuencia, el hombre moderno, si bien arrancado del régimen jerarquizado y ubicuo medioeval, debe encontrar por sí mismo su nuevo lugar, toma cuenta que depende de sus fuerzas y que escalará las posiciones que sus propias manos le permitan. De ahí, al creciente individualismo posterior hay un solo paso.

4) El nuevo espíritu económico.

Ya se ha señalado el concepto anacrónico de la economía luterana. En realidad, el luteranismo nunca se preocupó mayormente por resolver profundamente el problema económico, prefiriendo acogerse al "statu quo" vigente.

El Calvinismo, ofrece, en cambio, materia más rica para el estudio. Quizá porque en su caso, debió enfrentarse a la realidad de su "Venerable Compaignie". Bien, porque en su doctrina aún sin referirse a la economía enfrenta con mayor claridad al hombre "hic et nunc".

En ese aspecto, Max Weber⁴¹ tiene un notable trabajo dedicado al estudio de las consecuencias económicas del calvinismo y las denominaciones puritanas y pietistas.

Su tesis entronca la doctrina protestante con el espíritu del capitalismo. "Brevitatis causa", damos por transcritos los términos de advertencia expresados en el Capítulo I de este trabajo.⁴²

Para definir este espíritu Weber recurre a citas de Benjamín Franklin en "Advertencias necesarias a los que quieren ser ricos", y "Consejos a un joven comerciante", advirtiendo el profundo empirismo que, junto con el ideal del hombre honrado y digno de crédito, campea en dichos escritos.

Destaca también el factor de utilitarismo, con apariencias bienhechoras. La virtud del trabajo, con la consiguiente idea de un "deber profesional" y la concepción del enriquecimiento "como profesión en sí obligatoria para el hombre".

⁴¹ Op. cit.

⁴² Op. cit., p. 3.

Luego de incursionar en el concepto protestante de la profesión acaba con las siguientes conclusiones:

1) Es común a los grupos calvinistas y sus movimientos posteriores, puritanos y pietistas, una especie de estado religioso de gracia que distingue al hombre creyente del resto del mundo, y cuya posesión: "... No podía alcanzarse por medios mágico-Sacramentales, ni por el descargo de la confesión ni por cualquier otro acto de piedad, sino tan solo por la comprobación en un cambio de vida".⁴³

Ahora bien, este estilo de vida provoca en el creyente la necesidad de sujetarse a un régimen severo y rígido que encuadre genuinamente en su condición de salvado. Implica una vuelta sobre sí mismo, un constante ojo avisor en la búsqueda de un autoexamen para descubrir en sus actos los signos divinos de la salvación. Supone una metodización exigida a todos los que quieren sentirse bienaventurados.

Notablemente, en el protestantismo esta vida no se concreta apartándose en templos o conventos sino que se transforma en "santidad intramundana" penetrando y esparciéndose en su siglo.

Anteriormente el cristiano había huido del mundo y refugiándose en la soledad, ahora se revuelve sobre sí mismo y "se lanza al mercado de la vida, cierra la puerta de los claustros y se dedica a impregnar con su método esa vida racional en el mundo". Se modela así una "ascesis" mundana. El protestante es un ascético, sí, pero volcado en el mundo.

2) Este ascetismo laico del protestante reaccionaba duramente contra el goce despreocupado, abuso de la riqueza, contentiendo de esa manera el consumo, en especial de los artículos estimados como de lujo o superficiales. Profundamente moral en sus pronósticos, paradójicamente rompía no obstante, con los frenos de la ética tradicional de lujo, al elevar al trabajo como forma altamente espiritual de cumplimiento de los mandatos divinos. Así, el trabajo resulta agradable a Dios, ayuda a conformar la colectividad y en consecuencia el "provecho económico" es una forma de bendición del Señor.

Ahora bien, si por un lado se estimula la valoración ética de un trabajo incesante, continuado y sistemático en la profesión, como medio ascético superior y como comprobación absolutamente segura y visible de regeneración y autenticidad del acto de fe, esto constituye vía de paso para el llamado "espíritu del Capitalismo". Siendo que la misma concepción ascética impide el consumo irracional y desmesurado de las riquezas, el capital acu-

⁴³ Op. cit., p. 188.

lado se ahorra o en todo caso fuerza resultará invertirla en nuevas actividades productivas.

Tal la tesis Weberiana. Con todo respecto, nos viene a la mente el hombre profundamente conmovido en su vida por una experiencia religiosa que lo lleva a trabajar con la íntima convicción de estar sirviendo a su Dios. De esta labor adquiere riquezas que sin embargo no puede malgastar inútilmente dadas sus convicciones morales. No beberá, no jugará, no tendrá aventuras amorosas, no dilapidará su dinero en vanos placeres, en fin lo ahorrará y lo reinvertirá acumulando ingentes riquezas.

La tragedia de este tipo de hombres ocurre cuando abandona, con el correr de las generaciones, los conceptos de servicio social y deja de considerarse mero administrador de los dineros mundanales. El Capitalista desatará los lazos éticos de sus antecesores y contribuirá al advenimiento de un régimen tiránico competitivo y explotador. Pero esto ya no es protestantismo, es sencilla mundanidad desposeída de su causa santificadora.

El trabajo de Weber, duro como es, resulta en gran parte exacto. Si bien no debe imputarse al protestantismo el nacimiento del "espíritu capitalista" como causa única (Weber lo aclara expresamente) ha colaborado inconscientemente en su establecimiento.

Nada más lejos de los reformadores que sus consecuencias deshumanizantes de épocas posteriores. Vaya en su descargo la actual reacción de la teología protestante contra regímenes que en aras de una supuesta ética tergiversan sus propósitos sencillos de vida y profunda fe inicial.

5) *Protestantismo e investigación.*

El derrocamiento que la Reforma efectuó sobre toda la ciencia eclesial y rígidamente interpretativa ha contribuido al nacimiento de una actitud crítica y de nuevo examen de las verdades medioevales.

Así el sentimiento liberador de inspiración teológica da por consecuencia una insuperable investigación y profundización de las ciencias de la naturaleza y con el correr de los siglos las ciencias sociales.

Contribuye al surgimiento de las grandes investigaciones de los siglos XVI y XVII, cristalizando los movimientos emancipadores de la ciencia política en Maquiavelo, Hobbes, Montesquieu, etc.

Como lo señala Troeltsch⁴⁴ une el individualismo religioso protestante con la conciencia científica y la libertad de pensar.

⁴⁴ Op. cit., p. 108.

Propende el nacimiento del humanismo racional, vivificado en la experiencia de un hombre libre, desatado terrenalmente y con capacidad de vuelo subjetivo. A ello se completa un cierto rigor conceptual que impide la visible manifestación de la fe. Así, por caso el arte protestante es eminentemente espiritualista y abstracto. Encontramos escasos pintores y escultores (Una excepción: Rembrandt, pero con esbozos dotados de una luminosidad casi fantasmal, como pretendiendo demostrar una especie de "lux interior", que lo distingue de sus contemporáneos), sí en cambio abundantes poetas, literatos y por sobre todo músicos que han enriquecido las manifestaciones abstractas del arte religioso.

De lo visto, se deduce que los reformadores no tuvieron ideas de cambio real en sus esquemas sociales. Por el contrario, en muchos aspectos asignaron conscientemente los principios medievales.

En cambio, su teología penetra hondamente en nuevas concepciones como las tantas veces indicadas del hombre liberado. Descubre rápidamente el sentido de su vocación terrenal enfatizando el cumplimiento mundano de su fe. El concepto suficientemente demigrado de su profesión, tiene por reverso el aspecto positivo de dar un sentido secular a la vida humana. El apogeo individualista que tantos errores trajo, enriquece un desprejuiciamiento innovador que permite el redescubrimiento del hombre en el contexto de su realidad, sin descargos místicos, y en cambio conmovido en sus necesidades terrenales.

Véase en ello también la raíz de un nuevo concepto humanizador de la justicia, en búsqueda de la igualdad del hombre, que caracteriza nuestros tiempos.

ENSAYOS

PROBLEMAS ECONOMICOS AFRICANOS

ALBERTO CARLOS D'ALESSANDRO

I. INTRODUCCIÓN

a) *Economía pre-colonial.*

África, por sus características geográficas, es uno de los continentes de más difícil acceso. No nos referimos, por supuesto, a los modernos medios de comunicación que permiten evitar y superar los accidentes físicos; pero —sin tener en cuenta la reciente construcción de algunos ferrocarriles y caminos— es arduo hacer pie en el territorio africano viniendo del mar. "En razón de su estructura, la plataforma africana se yergue como una ciudadela aislada y hostil. Algunas raras poternas, de las cuales las más importantes son la península del Sinaí y el Mar Rojo, por donde se expanden las influencias asiáticas, permiten entrar en ella. En todas las demás partes, escarpaduras y graderías gigantescas se elevan dominando el litoral, angosto y mal articulado, batido por la 'barra' o empujado de corales. La vegetación acuática que atesta los deltas (Níger) la 'barra' que obstruye los estuarios enarenados, y sobre todo, las cascadas y los rabiones de los ríos (Senegal, Níger, Congo, Zambesi, Nilo) cierran las vías de penetración. Por eso los exploradores y los traficantes de antaño apenas si alcanzaron la epidermis del continente".¹

La historia nos enseña que antes de la era cristiana, la única región que mantenía relaciones con otros pueblos era la que actualmente conforma la República Árabe Unida. En efecto, el antiguo Egipto tenía contactos con regiones situadas fuera del Continente, e incluso, se afirma que algunos primitivos navíos de ese origen llegaron hasta las costas del África Oriental. Por otra parte, tenían relaciones terrestres con lo que hoy son Sudán y Etiopía, de donde provenían los esclavos de raza negra y ciertos productos santuarios. Recordemos que uno de los más grandes emporios comerciales de la antigüedad, Cartago, se hallaba en la

¹ CH. ANDRE JULIEN, "Historia de África", Bs. As., 1963, p. 12.

costa mediterránea y sólo pudo ser detenida su expansión por el ascendente poderío de Roma, que aniquiló la poderosa ciudad mercantil.

Pero indudablemente, recién podemos hablar de economía africana a partir de la conquista árabe. Después de ocupar el norte de África por las armas e implantar allí su política económica, que consistió, como señala Julien en que "se consideraban un ejército de ocupación, sostenido por el país... los infieles conservaban sus bienes, su administración pública y su religión, bajo la protección de los musulmanes, mediante el pago de una capitación y de un impuesto territorial"² expandieron su dominación por el resto del continente.

La expansión árabe en África se llevó a cabo por dos vías, hacia la costa atlántica por medio de la propaganda religiosa y hacia el Este por medio del comercio. Por este segundo medio expulsaron a los egipcios —durante las dinastías xviii y xix— del alto y bajo Mar Rojo, haciéndose fuertes en los mares del Sur. Comerciaran con la India bordeando la costa, hasta que los griegos descubrieron el fenómeno de los monzones y establecieron comunicación directa con el subcontinente hindú.

Entre los siglos vii y xi los árabes establecieron una serie de factorías en la costa oriental: Mogadiscio, Maludi, Pemba, Mombasa, Zanzibar, Mozambique, Comores, Madagascar, fueron las más importantes. No tenían un fin colonizador, sino tan solo comerciar con las poblaciones autóctonas. Establecían ciudades amuralladas y llevaban la misma vida que en su patria, sin mezclarse con los nativos. Como recuerda Julien, no hubo nunca un imperio árabe centralizado en África Oriental, sino sólo ciudades que se dominaban temporariamente entre sí.

Es en esa época que se inicia la trata de esclavos: los árabes entraban en contacto con las tribus nativas para ese comercio y para el trueque de productos textiles y objetos de metal por marfil, oro, ámbar gris. Con ese objetivo se organizaron caravanas y depósitos, pero siempre con el único fin de comerciar y nunca para implantar una dominación territorial permanente.

En el África Occidental, tal como mencionáramos, la influencia árabe se hizo sentir mediante la conversión al islamismo de los jefes locales. Y allí, "en las vastas llanuras del Sudán Occidental, ocupadas por agricultores sedentarios, y en las proximidades de la gran vía de penetración Senegal-Níger, fue donde nacieron los imperios".³ Sus recursos básicos eran los productos

² JULIEN, op. cit., p. 59.

³ JULIEN, op. cit., p. 58.

por la explotación de yacimientos de oro, el que se comerciaba con los árabes.

El Imperio negro de Ghana, que es el primero de cuya existencia se tiene conocimiento, llegó a extenderse —en el momento de su mayor expansión— entre el Atlántico y el Níger, entre Tekrur y el Sahara. Comerciabán en oro con comerciantes maghrebínos a cambio de telas, cobre, sal, dátiles.

En el siglo xiii, llega a su apogeo el Imperio de Malí. En éste se desarrolló activamente la agricultura, la industria; se cultivó organizadamente el algodón, existían telares y como fuente principal de recursos, explotaban el oro.

A partir del siglo xv, la población songay, de religión islámica, reemplaza al imperio malí. El imperio Songay fue el mejor administrado de esa época. Tenía un régimen impositivo organizado, comenzó a canalizar el Níger medio, creó colonias agrícolas con la ayuda de refugiados judíos, explotó salinas.

Los Imperios y las demás organizaciones político-sociales que rigieron en las diversas zonas del continente hasta la conquista europea, sostuvieron sus economías en base a explotaciones agrarias e industriales, siendo el factor agrario el elemento dominante de la economía africana. Si bien carecieron de industrias, en el moderno sentido en que se entiende esta actividad humana, no es menos cierto que en ciertas regiones se extraía y trabajaba el hierro; se explotaba el oro y posteriormente se traficaba al exterior; una interesante y desarrollada artesanía mobiliaria, en especial para los personajes importantes. Pero en definitiva y por sobre todo, la civilización africana fue, civilización agraria.⁴

Esa preponderancia del trabajo de la tierra se manifiesta en la aplicación de muchas y variadas técnicas de explotación. "No es excesivo decir que... la economía tradicional del África no merece ser desdeñosamente tratada como una economía primitiva, fundada sobre una agricultura estática, con estructuras fijas, con técnicas de cultivo incapaces de readaptarse a nuevas situaciones. Todo prueba, por el contrario, que esa economía agrícola presentaba los signos de una fuerte vitalidad, gracias a las posibilidades de creación o de asimilación de técnicas apropiadas para asegurar su supervivencia. Si esa economía agrícola pudo servir de apoyo valioso a organizaciones sociales tan poderosas como los grandes imperios negros, es, no dudemos, gracias a la intervención de técnicas de cultivo que estuvieron a la altura de un estado de civilización en que, con justo título, la historia, y no la leyenda, exalta la grandeza".⁵

⁴ Cf. MAMADOU DIA, "Reflexions sur l'économie de l'Afrique Noire", París, 1951, p. 18.

⁵ DIA, op. cit., p. 23.

Uno de los ejemplos más importantes es el del cultivo del arroz. En los tiempos del imperio sudanés del Mali y del Songay de Gao, se cultivó extensiva e intensamente el arroz. Y no fue una explotación simple: cultivo seco en las montañas, húmedo en las regiones aptas e irrigado en las costas del sur, demuestran que el campesino africano supo adaptar sus necesidades a sus posibilidades geográficas.

Pero toda esa difusión de técnicas agrarias, de esfuerzos humanos no hubieran podido realizarse sino por un elemento fundamental: la economía agraria era asociada. La tierra no era de propiedad individual, sino que pertenecía a la colectividad. "La aldea es una agrupación donde el interés de cada uno concuerda con el interés de todos..."⁶ Agrupaciones que además de ese sentido de solidaridad en lo económico, lo tenían en lo político, social, militar. Pero en el aspecto que nos interesa, cooperaban todos de manera tal que, por ejemplo, un núcleo familiar no era abrumado por el excesivo tiempo disponible para las tareas, ayudando todos a aquel que lo requería.

Esta solidaridad social, que a veces se prolongaba de tribu a tribu, esa capacidad del agricultor africano de adaptarse a nuevas técnicas superando las dificultades de clima y suelo, esa economía de subsistencia es destruida por la conquista europea.

b) Economía colonial.

Es innecesario detallar como los europeos llegaron a las costas africanas. Cerradas las rutas terrestres para el transporte de las especias, comienzan las tentativas de llegar a las Indias por vía marítima y es a partir de ese momento —siglo xv— que empieza la penetración europea en Africa.

Los portugueses se instalan en las costas atlánticas de Marruecos y los españoles en los litorales argelino y tunecino. Tanto ellos como los ingleses, franceses y holandeses, se limitaban a mantener puestos fortificados con el fin de que sirvieran como bases de aprovisionamiento para los navíos que iban a las Indias.

Es de esos puestos que comienzan a realizar correrías por el hinterland, en especial para la captura de nativos, por traque o por la violencia. Hasta el momento de la anexión de Portugal por España (1580) los portugueses sacaron el máximo beneficio de la trata de esclavos. Es a partir de ese momento en que comienzan a vislumbrarse las posibilidades más amplias que tenía la región y marinos franceses —en especial en la zona de Senegal— comienzan a comerciar en marfil y goma, productos muy apreciados en Europa. A ellos se agregan, dando comienzo a la

⁶ DIA, op. cit., p. 27.

explotación colonial, ingleses y holandeses y, en los siglos XIX y XX, alemanes, belgas e italianos.

Las disputas por los territorios que se pretendían ocupar y la repercusión en África de las contiendas europeas, dan lugar a choques armados. Finalmente, para solucionar esta situación que impedía una explotación orgánica, se reúne el Congreso de Berlín en 1885, el que divide el continente entre todas las potencias europeas.

Con las excepciones de Etiopía y Liberia que "sobrevivieron", el resto del inmenso territorio africano fue ocupado paulatinamente. Se utilizaron para ello diversos medios, pacíficos y bélicos: "adquisiciones", protectorados, conquista, pero lo que nos interesa es el efecto de esa ocupación en la economía africana, esa economía de subsistencia a la que ya hicéramos mención.

El colonialismo no sustituye el sistema de vida propio de los africanos, pero provoca en el plano económico una dicotomía —en algunos países más acentuada, en otros latente— entre la economía europea moderna y la tradicional africana. El primer impacto proviene de la trata de negros que desangró la población africana entre 1650 y 1800, en aproximadamente 74.000 hombres por año, sin contar aquellos que morían como consecuencia de las cacerías humanas organizadas para atrapar esclavos.

El segundo impacto fue la implantación de una neta política de explotación. Se enfatiza la producción de materias primas, destruyendo o desalentando los cultivos de subsistencia, reemplazándolos exclusivamente por cultivos exportables (café, algodón, aceite de palma, cacao, etc.)

Al lado de esta actitud, la del africano se reduce a servir —dando a esta palabra su sentido más estricto— a esta política. Su participación en ella se da sólo en la medida del empleo —nunca, está demás decirlo, en un alto nivel— y por otro lado tratando de mantener su primitiva economía de subsistencia, sin ayuda económico-técnica, sin posibilidad de desarrollo, perdiendo las mejores tierras, que pasaron a manos de los colonos; ésto se ha notado con más intensidad en aquellos países donde, por sus aptitudes naturales, se hizo sentir más la dominación extranjera, como en los casos de Argelia, Túnez, Rhodesia, África del Sur, Uganda, Kenya.²

A más de esta ocupación de las tierras aptas, debe agregarse en el debe de la colonización —al reemplazar las pequeñas plantaciones por las grandes explotaciones—: "...la desintegración

² Cf. DIA, op. cit., p. 40. Este autor recuerda que 3.000 colonos blancos desalojaron en Kenya, a 4 millones de africanos de sus mejores tierras.

de antiguos feydomes de tierras, feydomes comunitarios de parentesco y de jefaturas y la aparición de un régimen de capitalismo utilitario, anteriormente desconocido en Africa".* También la explotación minera provoca el éxodo masivo de campesinos que abandonan sus magras cosechas en busca de una retribución más elevada en las minas del Sur. Si sumamos a ello la aplicación de impuestos y tasas en una sociedad que nunca conoció la voracidad fiscal, una sociedad que sorpresivamente se ve envuelta en una economía de lucro, comprendemos el porqué de la desintegración de las sociedades africanas tradicionales.

La política económica impuesta por los europeos no constituyó un factor aglutinante, por el contrario fragmentó zonas que anteriormente constituían unidades económicas. Ya el Congreso de Berlín dividió artificialmente los territorios y separó regiones interdependientes en lo económico. Posteriormente no cambió la situación y por ejemplo, los ferrocarriles fueron construidos perpendicularmente a la costa sin ligazón entre ellos.

Finalmente, en lo que a este aspecto se refiere, lo fundamental de esa política ha sido la de reservar al Africa como fuente de materias primas y mercado para las manufacturas, de allí que nada se hizo por promover la industrialización, con consecuencias a que luego nos hemos de referir.

II. ACTUALIDAD ECONOMICA

a) Agricultura e industria.

Hasta el momento de la Independencia, las colonias fueron operadas como empresas comerciales y en el solo interés de accionistas y directivos de las compañías que actuaban en esos territorios; actualmente las naciones independientes deben desarrollar sus economías a la luz de sus propias necesidades, de sus relaciones con sus vecinos y con el resto del mundo. El problema más difícil e importante es la expansión económica para superar el subdesarrollo y llegar a una economía de mercado.

El desarrollo es imprescindible para cubrir los costos de los servicios que Africa necesita. Los africanos están en situación difícil porque las empresas mas importantes y con más aptitud para influir en el desarrollo están en manos extranjeras. De esto último surge un problema muy sentido en los últimos tiempos y que es el de la "africanización". Consiste ésta en impulsar la presencia de africanos en la dirección de las empresas locales y se da por dos vías: impulsando la creación de empresas estatales,

* DIA, op. cit., p. 38.

o también, influyendo en las empresas extranjeras, para que incluyan africanos en sus cuadros directivos. Ello implica también la formación de cuadros técnicos, de los que carecen casi en absoluto los países africanos.²

Los nuevos Estados están urgidos de desarrollo en la industria y en el intercambio, pero el proceso de la Independencia fue doloroso y ciertas dificultades internas ocurridas luego —como en los casos del Congo y Nigeria— han hecho suspender o retacear el apoyo inversionista extranjero. Muchos Estados han establecido organismos que estudian las posibles industrias a establecer y requerir, para ellas, la financiación externa necesaria. Por otra parte existen instituciones internacionales, como el Banco Africano de Desarrollo —fundado en 1963— que tiene por función realizar inversiones coadyuvantes a esa urgente tarea.

No existiendo inversiones, o no siendo suficientes las existentes, los gobiernos deben ocupar ese lugar. Los ingresos populares son bajos y los precios de los productos básicos de exportación han descendido notoriamente, de allí que los recursos estatales también sean insuficientes; esto crea la necesidad de romper el círculo mediante la inversión extranjera, pero ésta es lenta y no siempre en el grado o calidad suficientes para lograr el desarrollo con la rapidez y amplitud deseados. Por otra parte, sabemos que mantener sostenidamente en crecimiento una economía subdesarrollada, como son todas las del continente, está en directa relación con una producción interna que sustituya importaciones, con el objeto que la capacidad para importar permita introducir volúmenes razonables de bienes de inversión y elementos técnicos.

La idea de movilizar el tiempo sin utilizar por el pueblo como medio de promover el desarrollo es para algunos sumamente atractiva; ésta es la base del experimento en el desarrollo comunitario que se efectuaba en Ghana o el "programa de inversión humana" propuesto en Guinea.

Uno de los problemas más arduos para resolver es el planteado entre los que desean dedicar más esfuerzos a la agricultura y aquellos que sostienen que una industrialización a cualquier precio es la solución para los países africanos. No hay duda que ciertos países —Ghana, Nigeria, Congo— podrían por sus riquezas naturales, perseguir su transformación en sociedades indus-

² Según la publicación del Servicio de Informaciones de las Comunidades Europeas: "El Mercado Común Europeo en 1966", Bruselas, Nov. de 1966, en el año académico 1964-65 se concedieron 1.350 becas para el perfeccionamiento de técnicos africanos y para el período 1965-66 se otorgaron 1.802 becas.

triales sin que el proceso de promoción y modernización les afecten, pero no todos poseen similar disponibilidad material.

Es así, entonces, que existe una corriente que sostiene la primacía de la agricultura, considerando a los países africanos faltes de capacidad y de capital para otro tipo de actividad económica.

Desde el otro punto de vista, quienes sostienen la tesis opuesta, lo hacen por diversas razones: para los europeos sólo significa producir materias primas —agrícolas y minerales—; para los E. E. U. U. se trata de explotar materiales estratégicos frente a sus crecientes necesidades. Los africanos, por su parte, ponen el acento en una industrialización para y por África y subsidiariamente, en interés del resto de las naciones.

No se trata, pensamos, de industrializar África a cualquier precio, dice M. Día: "No es cuestión de una industrialización a ultranza en todos los sectores ni en todas las regiones, ni de una especialización agrícola tendiente a hacer de toda África un vasto país de campesinado donde estará interdicho realizar otras actividades que aquellas que procuran el trabajo de la tierra". Pero, sin hacer mención a la historia de la industria en África¹⁰ no se puede insistir en que el continente esté huérfano de minerales cuando se conoce, por ejemplo, que en el período 1956/57 África producía, en algunos productos, los siguientes porcentajes de la producción mundial: antimonio 48 %, cromo 34 %, cobalto 69 %, diamantes 96 %, oro 63 %, manganeso 37 %¹¹ y que existe todo otro tipo de minerales descubiertos y yacimientos ya ubicados para su explotación. Recordemos, tan sólo, que en Gabón se han situado los yacimientos de hierro más grande del mundo. En el estado actual de las búsquedas sólo falta el carbón, pero África cuenta con una gran fuente de energía en sus recursos hidroeléctricos que ayudarán a solucionar esta carencia.¹² Si los países africanos deben transformarse en estados modernos no se los puede concebir sin una adecuada transformación industrial de vastos alcances.

En materia de explotación agrícola ya vimos las dificultades provocadas por la colonización y las nefastas consecuencias de ésta sobre la economía de los productores nativos. Pese a ello la inversión extranjera, que se manifiesta primordialmente en este campo, ha colocado al África en un puesto de primacía en la producción agrícola mundial de productos tropicales —con las con-

¹⁰ Ver DIA, *op. cit.*, p. 58.

¹¹ "U. N. Economic Survey of Africa since 1950", p. 7; Tabla 2-VII, p. 128.

¹² Se estima que el continente africano cuenta con el 40 % de los recursos hidroeléctricos mundiales.

secuencias que trae aparejado el monocultivo—. Ello no implica que África se autoabastezca en materia alimenticia, su suelo y su clima no son los más adecuados para las actividades agropecuarias. El suelo es de mala calidad y las lluvias son irregulares, la radiación solar es fuerte; todo ello perjudica notoriamente estas tareas. Se hace necesario, por lo tanto, una gran ayuda técnica para superar estas dificultades. Un hecho digno de señalar, para apreciar las dificultades en materia de ayuda técnica a los países africanos, es que los métodos agrícolas occidentales no pueden ser impuestos, deben ser adaptados a la realidad geográfica. El conocimiento de los suelos, el estudio del clima y régimen pluvial se ha incrementado, pero mucho queda por hacer. Además, creemos necesario adecuar la economía agraria africana a los principios generales que la F.A.O. sostiene en esta materia: 1) división racional de la tierra; 2) racionalización de los cultivos; 3) asistencia técnica, crediticia y social al agricultor; 4) seguridad de la comercialización de los productos, en especial a través de cooperativas y 5) manejo de los productos agrícolas con miras al intercambio regional.

b) Comercio exterior.

Entre los problemas que tienen en común los países africanos, uno de los más importantes y que mayor trascendencia tiene para sus economías, es el de las exportaciones. El poco desarrollo de los mercados nacionales provocó la creación de actividades e industrias basadas en la explotación de recursos minerales y materias primas básicas con destino a la exportación. Estas industrias deben desempeñar un papel importante, particularmente como fuente en el intercambio, necesario para el crecimiento; pero las industrias de propiedad extranjera —y muchas de ellas lo son— son limitadas en este aspecto. No sorprende, entonces, que los gobiernos deseen crear y proteger industrias locales. Se hace necesaria la formación de grupos regionales que provean mercados para que, de esa manera, esa producción tenga mercados africanos.

El comercio de exportación africano refleja aún las especiales condiciones existentes en los períodos coloniales. El intercambio fue edificado entre metrópolis y colonias, basado en explotaciones mineras y agrícolas. Las dos terceras partes del comercio exterior africano se realiza con Europa y sólo el 10 % lo efectúan entre sí. De acuerdo a lo estudiado por la Comisión Económica para África, esto es así porque África se rige por una economía esencialmente agropecuaria y para el mínimo consumo local y porque la industria, en esta región del mundo, es la menos desarrollada.

En 1963 Europa absorbió el 65,4 % de las exportaciones y proporcionó el 59,2 % de las importaciones. En las exportaciones el 80 % está constituido por productos agrícolas, minerales, combustibles. En estos últimos años aumentó el porcentaje de estos últimos, por el descubrimiento de nuevos yacimientos, como en Senegal, donde asimismo se instaló una importante refinería. Se busca abrir nuevos mercados y en este aspecto, al Japón, para donde se exportaba en 1956 por valor de u\$s 80 millones, en 1963 aumentó a u\$s 225 millones. El intercambio con América Latina es de un orden de los u\$s 50 millones anuales, representando sólo el 1 % del total; no sólo hay recíproca ignorancia de las posibilidades de comerciar, sino que hay competencia en ciertos productos tropicales ¹² aunque países como Argentina, tienen amplio campo de posibilidades en la exportación de productos alimenticios y manufacturados.

En materia de importaciones, en el 70 % de artículos manufacturados, maquinarias, material de transporte, el proveedor habitual es Europa, pero han aumentado las provenientes de los Estados Unidos y los países del bloque socialista, facilitado por convenios bilaterales y financietaciones a largo plazo. En los últimos años algunos países implantaron restricciones sobre las importaciones, estableciendo controles de cambio con el fin de equilibrar las balanzas de pago y modificar las estructuras de la importación, restringiendo en algunos casos las compras en el exterior. Se han dictado medidas dirigidas a proteger las nacientes industrias, pero son de escaso efecto en las ex colonias asociadas al Mercado Común Europeo y en aquellas que se hallan dentro del "sistema preferencial" del Commonwealth.

El fracaso de todo sustancial y regular comercio interafricano refleja el efecto de la política desarrollada por las potencias coloniales, que necesitaban y por tanto promovían, la explotación de productos tropicales o mineros que tienen pequeño o ningún mercado en África misma. Los medios de comunicación fueron instalados —ya lo hemos mencionado— para facilitar la salida de los productos de exportación a través del puerto más cercano. El transporte interterritorial es sólo incidental y sin importancia.

Los límites de los territorios son líneas dibujadas en un mapa que, en su mayor parte, tienen poca validez étnica o geográfica. Pocos han sido demarcados y no son siquiera patrullados. Personas y ganado se mueven libremente por ellos y los pobladores llevan tantos bienes para intercambiar como les es posible. Estos "intercambios", generalmente de productos agropecuarios, no sólo no se registran, sino que aparejan otra grave consecuencia: cuan-

¹² Por ejemplo, los mayores productores de café son: Brasil, Colombia, Costa de Marfil, Guinea y México.

do en un país rigen precios altos, los bienes se venden allí, perjudicando de esta manera al país productor.

El país que más ha aumentado su comercio en la zona, es la R.A.U.; que exporta productos manufacturados de consumo —textiles, heladeras, bicicletas— en especial a Nigeria, Ghana y Etiopía.

Los problemas expuestos son, a nuestro juicio, los más importantes: pueblos que reclaman un desarrollo acelerado, al mismo tiempo que crece la población;¹⁴ dos tipos de economía que coexisten; estancamiento de la producción agrícola; carencia de mercados internos para productos que no tienen valor exportable por la caída de precios en el mercado internacional; falta de cuadros técnicos y administrativos; infraestructura y transportes deficientes. Todo ello nos da una idea de las dificultades que deben afrontar las surgientes naciones africanas. Afortunadamente han comprendido que solas no podrán superar la etapa del estancamiento y que es imprescindible la unidad para lograr los fines a que aspiran.

III. COOPERACIÓN ECONÓMICA INTERAFRICANA

Los países africanos, por sí solos, aislados, no están en condiciones de hacer frente a los crecientes requerimientos de un desarrollo económico y social que exige grandes recursos financieros, capacidad técnica y aptitud humana. Así lo han comprendido sus dirigentes más lúcidos, que tienen conciencia formada que el futuro depende de no seguir aceptando las falsas fronteras, los pretendidos orgullos nacionales; que es necesario ir hacia la integración continental en un mundo que sigue el mismo rumbo de unidad y cooperación.

En África, más que los problemas institucionales emergentes de la unificación de tasas aduaneras y fiscales, el obstáculo mayor radica en la falta de vías de comunicación, de transporte, de inversiones básicas, de educación. Los intentos realizados hasta el momento han procurado resolver conjuntamente los problemas políticos y los económico-financieros, y si no han tenido éxito, ha sido por la aplicación de diferentes criterios, que fueron más poderosos que las necesidades mismas del crecimiento.

Existen dos tendencias básicas en cuanto a unificación se

¹⁴ Actualmente cuenta con 315 millones de habitantes, previéndose que se mantendrá la tasa de crecimiento del período 1958-64 (3,3 %) en 1980 se llegará a los 430 millones, por lo que se trata de un continente sobrepoblado en relación a sus posibilidades.

refiere: ellas responden al "grupo de Casablanca"¹⁶ y al "grupo de Monrovia".¹⁷ Estos dos agrupamientos se distinguen por razones políticas: los segundos, aunque afirmando su anticolonialismo, aceptan colaborar con los países occidentales, incluso con las ex potencias coloniales; los primeros ven en esa colaboración o en alguna de sus variantes, una manera de admitir el neocolonialismo. Pero tanto unos como otros, son partidarios de la unión económica. La eliminación de barreras aduaneras, la creación de una Unión Africana de Pagos, el desarrollo de medios de transporte —entre ellos una línea aérea multinacional— la creación de un Banco Internacional de Inversiones; una política común frente al deterioro de los términos de intercambio, son medidas que ambos bloques propugnan para llegar a la unificación.

La diferencia fundamental radica en los medios para llegar a esa unificación; los países del grupo de Monrovia son partidarios de la unificación progresiva mediante la constitución de mercados comunes regionales y de la cooperación internacional, con ese fin han creado la "Organización de Cooperación Económica Africano-Malgache", que mantiene estrechas relaciones con la Comunidad Económica Europea. El otro grupo sostiene la necesidad de unificar políticamente el continente como paso previo al desarrollo. Pero digámoslo con palabras de un ferviente defensor de esa idea y de la unidad africana,¹⁸ Nkrumah: "Frente a las fuerzas que se están combinando para reforzar el neocolonialismo en África, resulta imperativo que los líderes comiencen a buscar ahora los medios mejores y más rápidos por los cuales podamos colectivizar nuestros recursos económicos y producir un plan integrado que se despliegue con cuidado para nuestro mutuo beneficio. Si podemos hacerlo, crearemos en África una gran potencia industrial, económica y financiera, comparable con cualquiera otra que el mundo haya visto en nuestro tiempo.

"Sin embargo, es imposible establecer tales vínculos econó-

¹⁶ Este agrupamiento quedó constituido en la conferencia realizada entre los días 3 y 7 de enero de 1961 en la ciudad de Casablanca, a la que asistieron Mohamed V (Marruecos), Nasser (E.A.U.), Nkrumah (Ghana), Touré (Guinea), Keita (Mali) y representantes de Libia y del Gobierno argelino en el exilio.

¹⁷ Formado por la mayoría de los restantes estados, con base en las ex colonias francesas.

¹⁸ En un interesante trabajo, ALBERTO CIRIA, "El pensamiento panafricanista de Kwame Nkrumah", en la "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", 2ª serie, marzo-agosto 1966, Año VII, No. 1, 2, 3, p. 383 y sigtas., efectúa una precisa distinción entre panafricanismo como concepto "que servía sobre todo a los fines del agrupamiento (en escala mundial) de todos los individuos de origen africano, ya fuera en la propia África, en los Estados Unidos o en las Antillas" de unidad africana que para Ciria "añade al carácter étnico-cultural los respectivos geográficos, económicos y políticos..."

micos efectivos sin que una dirección política sólida les preste fuerza y objetivos. En consecuencia, debemos acometer primero el problema mayor y básico de la unidad africana, único recurso que puede despejar el camino para el esfuerzo mancomunado en la erección de la poderosa estructura industrial económica que dará sustancia y realidad a nuestro sueño de un continente africano fuerte, absolutamente liberado del coloniaje político y económico.”¹⁸

En relación a las experiencias registradas, podemos diferenciar entre los países de la zona del franco, que se agrupan dentro de la misma y aquellos que se asocian superando los límites marcados por las zonas monetarias.

Entre los primeros, podemos mencionar las dos “Uniones aduaneras totales” que agrupan a los países que constituirían las antiguas A.E.F. y A.O.F. Ambas uniones fueron constituidas con el fin de ser el primer paso hacia la supresión total de las barreras aduaneras y el establecimiento de tarifas comunes a todos los Estados.

La Unión Aduanera del África Occidental, a la que no ha adherido Togo, se halla completada por una unión monetaria, a la que sí adhirió ese país.

La Unión Aduanera del África Ecuatorial está más fuertemente estructurada y completada, además, por una Unión Monetaria.

Los países adheridos a estas dos uniones,¹⁹ se encuentran asimismo reunidos —con la República Malgache— en la ya mencionada organización africano-malgache.

Agrupaciones políticas más estrechas, como el Consejo de la Entente o Unión Sahel-Benin (Costa de Marfil, Dohomey, Alto Volta y Níger) destinada a facilitar el intercambio entre esos países, suprimiendo barreras aduaneras y estableciendo aranceles comunes, no tienen la finalidad de constituir la base de un mercado común, aunque indudablemente son experiencias importantes en esa dirección.²⁰

¹⁸ KWAME NERUMAH, “Africa debe unirse”, *Bo. As.*, 1965, p. 230. Ver en este libro, sobre el tema, los capítulos XVI, “Algunos intentos de unificación”; cap. XVII, “Integración económica y política, necesidad de África”; cap. XX, “Ejemplos de grandes uniones de Estados” y cap. XXI, “Gobierno continental para África”.

¹⁹ Excepto Mali —ex Sudán— ya que este país al disolverse la Federación Mali —que integraban Sudán y Senegal— se separó tanto de la Unión Aduanera del África Occidental como de la Unión Monetaria, manteniéndose en la zona del franco, aunque con moneda propia.

²⁰ La Unión Sahel-Benin se formó tras el fracaso —por el golpe de estado de agosto de 1980— de la ya citada Federación Mali.

En cuanto a la Unión de Repúblicas del África Central, formada por el Chad, la República Centroafricana y el Congo (Br.) sólo coordina actividades en materia de comunicaciones, aduana y moneda.

Entre países que no forman parte de una misma zona monetaria, podemos mencionar la Unión de Estados Africanos, entre Ghana —zona de la libra esterlina—, Guinea —que se separó de la zona del franco— y Mali —que aún permanece en ésta—. Pero esta unión tenía objetivos políticos y no constituía su fin primordial la creación de un mercado común. Por otra parte, estos países no tienen fronteras comunes ni vías de comunicación directas entre ellos, lo que dificultaba poner en marcha los acuerdos logrados.

En otro aspecto, los acuerdos económicos entre Ghana y el Alto Volta, suscriptos en 1961, tienen cierta similitud con los de las uniones aduaneras de las ex colonias francesas, en la medida en que suprimen las barreras aduaneras y prevén la devolución, por parte de Ghana, de los derechos que perciba de productos importados o exportados por el Alto Volta. Pero no está completada por un sistema aduanero común, siendo sólo un intento de facilitar la entrada y salida de mercancías al país menos favorecido por su ubicación geográfica.

Todos estos intentos, pese a los fracasos ocurridos, al tender hacia la unidad y cooperación económicas, son experiencias necesarias y saludables, porque los nuevos Estados están aislados y son muy pequeños para realizar separadamente un importante desarrollo económico, ya que en una evolución paralela y hasta cierto punto contrapuesta, los países se ignoran o se combaten, concluyendo todo en un derroche de energías, esfuerzos y capital.

Las dificultades en el desarrollo, provocadas por la exigüidad de las nuevas economías africanas son evidentes. Los nuevos países tienen una población muy débil, no superando un término medio de cuatro millones de habitantes, desde un mínimo de 500.000 (Gabón) hasta 58.000.000 (Nigeria). Si a ello sumamos los peligros que causa la balcanización, se justifica plenamente esa ansia unificadora.

Muchos de los nuevos Estados quieren instalar al mismo tiempo una determinada industria, por considerarla esencial para su desarrollo. Es posible que los capitales extranjeros se opongan a realizar inversiones no rentables o efectuar una doble. Pero sí, por ejemplo, es fácil rebusar la instalación de una refinería en un país que no cuente con un puerto importante, ¿cómo elegir entre dos países con instalaciones portuarias semejantes? Ello implica un delicado problema político, ya que los países que otorgan ayuda son los mismos que deciden sobre montos y lugares

en que debe efectuarse, lo que da lugar a acusaciones de neocolonialismo e intervencionismo. De allí la necesidad imperiosa que sea un organismo internacional —con participación africana— el que decida el camino a tomar en materia de inversiones. No se nos escapa que esta planificación a escala continental, es más fácil de proponer que de resolver, por los múltiples problemas que aparejará su concreción.

En efecto, la realización de un mercado común africano presenta más dificultades que en otras regiones. No vamos a insistir en las diferencias políticas; en cuanto a las económicas, es sobre todo el carácter poco desarrollado de sus economías lo que provoca más impedimentos. Comparando estos problemas con los que afronta el Mercado Común Europeo, vemos que en éste se facilita y promueve el desarrollo de las zonas más atrasadas de los países que lo forman, pero en África todas las regiones son atrasadas. Se puede pensar que es más fácil construir una nueva economía que reconstruir, como se hizo, la economía europea a partir de un nivel más alto de desarrollo, pero en África se van a tener que sacrificar esperanzas, más dolorosas en jóvenes naciones que en aquellas de Europa, más viejas y con más experiencia.

A las dificultades que provoca el bajo nivel de la economía, se agrega el que resulta de la debilidad de los intercambios inter-estadales y los diferentes niveles de desarrollo, no sólo de país a país, sino dentro de una misma nación. En este aspecto, tenemos un dramático ejemplo en el Sudán, donde la zona sur —pagana y negro cristiana— está bajo la preeminencia económica y política de la región norte —musulmana y árabe²¹—. Es inútil insistir sobre las causas del escaso intercambio entre los países africanos: podemos mencionar la dificultad provocada por pertenecer a zonas monetarias diferentes, pero no es ésto solamente, sino que en el mismo interior de esas zonas la cohesión surge —casi exclusivamente— de la relación entre las ex metrópolis y las ex colonias. Sería exagerado decir que ese intercambio regional es inexistente —ya hicimos mención al mismo— pero es reducido y sin trascendencia, de bienes sin importancia económica.

Las economías africanas se "ignorán" entre sí. Este estado de cosas es poco favorable para la creación de un mercado común por múltiples razones, algunas secundarias, otras más importantes.

²¹ Cf. ARNOLD J. TOYNBEE, "Entre el Níger y el Nile", *Ba. An.*, 1955, p. 13 y sigtes. Donde se encontrará un análisis de la causa del problema —la política colonial británica— y otro ejemplo de estas diferencias internas: Nigeria. En este último país, recordemos, el 24 de septiembre de 1966 en la ciudad de Kano, tropas nativas se amotinaron y dieron muerte a cientos de musulmanes. Una matanza similar se realizó a principios de 1964 en Zanzibar.

Entre las secundarias que se esgrimen, existe una de orden fiscal: al reemplazar el comercio con terceros países por un intercambio africano, sin barreras aduaneras, los recursos fiscales disminuirían, pero no es menos cierto que el posterior desarrollo proveerá los recursos que se pierdan transitoriamente.

Más importante es remarcar que esa misma ausencia de intercambio ha impedido el nacimiento de sentimientos africanos solidarios. Existen sí, pero en la medida de defensa común contra el colonialismo, el neocolonialismo, el imperialismo e, incluso, contra la competencia de países no africanos en punto a materia prima y productos tropicales. Afortunadamente, en lo que se relaciona con América Latina, la Comunidad Africana demuestra que países afectados por iguales problemas pueden asociarse en defensa de intereses comunes. Más recientemente, Chile y Zambia han llegado a acuerdos tendientes a fijar el precio internacional del cobre, del que son principales productores mundiales.

La diferencia entre los actuales niveles de desarrollo es el segundo gran obstáculo. En el plano africano hay regiones de desigual desarrollo económico, lo que se agrava porque ello no está en relación con la existencia de recursos naturales y potencial humano.

Sin duda el proceso formativo de un Mercado Común Africano será largo y difícil. Las nuevas naciones tienen conciencia de ello, pero también tienen en claro que sólo así podrán adentrarse a un mundo en marcha.

IV. Dos experiencias

Vamos a analizar, brevemente, las experiencias realizadas en dos países africanos, uno al sur del Sahara, otro al norte; uno ex dominio británico, el otro de colonización francesa: Kenya y Túnez.

a) Kenya.

El 13 de septiembre de 1963 se funda la Corporación del Desarrollo Financiero de Kenya (D.F.C.K.) con un capital inicial de 1.5 millones de libras esterlinas, de los cuales 1/3 es aportado por el Gobierno. Su función consiste en estimular las inversiones para la expansión o establecimiento de empresas industriales, agrícolas y mineras. Entre otras actividades participa de la construcción de hoteles, establecimiento de pesquerías, etc. De acuerdo a las normas por las que se rige, no puede invertir menos de 20.000 libras ni más de 250.000. Entre algunos de los proyectos en los que participa, podemos mencionar un Hotel Panafricano

en Nairobi, una fábrica de productos vegetales en Naibasha, otra de fertilizantes en Nakuru.

Paralelamente a la D.F.C.K., funciona en Kenya la Corporación de Desarrollo Industrial y Comercial (I.C.D.C.) cuya misión es prestar ayuda directa a los empresarios africanos para establecer o expandir empresas comerciales o industriales. A diferencia del D.F.C.K., que trabaja en proyectos de largo alcance que involucran inversiones extranjeras, el I.C.D.C., lo hace en aquellos que signifiquen colaborar con los empresarios locales, un cuyos planes se concentra completamente. El I.C.D.C. prepara proyectos e investiga, asimismo, las perspectivas de venta de los nuevos productos.

Otra de las instituciones existentes es la Corporación Nacional de Comercio, cuya misión es establecer canales de distribución que eliminen la intermediación; una de sus primeras medidas fue intervenir en la comercialización del azúcar.

En materia agraria, para no extendernos en su análisis, veamos, según palabras de un estudioso de la materia, lo que se ha realizado.

"El cultivo de las tierras se hacía según el sistema tribal, caracterizado por la asignación de parcelas a los miembros de la tribu a discreción del jefe. No había seguridad alguna en cuanto a lo que pudiese durar la tenencia ni incentivos para explotar el suelo y mejorar los predios.

"Para llevar a cabo la reforma, el Gobierno de Kenya primero consiguió la cooperación de las autoridades tribales para la consolidación y demarcación de los predios y el registro de los títulos. El paso siguiente fue proporcionar servicios de extensión con el fin de preparar un plan de explotación de cada predio y orientar a los agricultores en el uso de las nuevas técnicas. Se proveyó agua así como otros elementos requeridos para los trabajos agrícolas. Se construyeron o mejoraron caminos secundarios y se promovieron los mercados de venta, en gran parte mediante cooperativas de distribución. Durante las primeras etapas del programa, fue relativamente poco el crédito que se proporcionó a los agricultores. El énfasis se puso en situarlos en un ambiente agrícola, productivo, en medio del cual pudiesen, con el transcurso del tiempo, hacer uso eficiente e inteligente del crédito.

"Estos principios se aplicaron en Kenya bajo el Plan Swynnerton que comenzó alrededor de 1955. En 1959 se obtuvo un préstamo del Banco Mundial que contribuyó al financiamiento de los últimos tres años del plan. Para fines de 1962 se había logrado hacer firme la posesión de unos dos millones y medio de acres de terreno que pasaron a la categoría de predios registrados y alrededor de 250.000 familias de agricultores se encontraron en

condiciones de emprender la explotación agrícola mucho más eficazmente. Esta obra, a cargo principalmente de administradores africanos, ha continuado con todo éxito luego de la Independencia. Actualmente se está considerando un segundo préstamo del Banco Mundial, que atribuye más importancia al crédito agrícola".²²

En cuanto a la política a mediano y largo plazo, vamos a remitirnos a las palabras del Ministro de Planeamiento y Desarrollo, que sintetizan las ideas de los gobernantes de ese país africano:

"Tanto el manifiesto del K.A.N.U. (Unión Nacional Africana de Kenya) como la Constitución de la República de Kenya contienen los principios en los que se basa el Socialismo Africano en Kenya: 1) Democracia política. Asegura a cada ciudadano iguales derechos políticos. 2) Responsabilidad social mutua. Esto es una extensión del espíritu familiar africano a la nación como un todo. De una parte, el estado asegura iguales oportunidades para todos sus ciudadanos, de otro lado los miembros del moderno Estado deben contribuir total y voluntariamente al desarrollo de la nación. 3) El uso de variadas formas de propiedad —estatal, cooperativa, corporativa e individual— que sea eficiente para sectores diferentes. 4) Difusión de la propiedad para evitar la concentración del poder económico. 5) Controles para asegurar que la propiedad sea utilizada en el mutuo interés de la sociedad y de sus miembros. 6) Impuestos progresivos."²³

Y continúa diciendo Mboya en relación a: "Medidas prácticas para el Socialismo Africano en Kenya: 1) El control en el uso de los recursos debe ser seleccionado y designado para promover la tradición africana, la responsabilidad social mutua en el desarrollo de Kenya. Nuestro plan económico deberá asegurar que los sectores públicos y cooperativos crezcan rápidamente para abarcar un sector suficientemente grande de nuestra economía para establecer las bases socialistas del futuro. 2) La nacionalización debe ser sólo usada cuando lo requiera la seguridad nacional, cuando mayores beneficios sociales puedan ser obtenidos, cuando los recursos productivos son serios y claramente mal utilizados, cuando otros medios de control sean inefectivos y los recursos financieros lo permitan, o cuando un servicio sea vital para el pueblo y deba ser proveído por el gobierno como parte de su responsabilidad para con la Nación. 3) Africanización: las empresas extranjeras deben ser informadas que el deseo del gobierno es la africanización de la economía y deben entonces iniciar

²² P. A. REED, "La inversión en la agricultura", en "Finanzas y Desarrollo", Vol. III, N° 3, sep. 66, p. 239.

²³ T. J. MBOYA, "The road for the future - African Socialism will pave the way"; en "Kenya Today", Vol. 11, N° 1, Jan-june, Nairobi, 1968, p. 10.

o acelerar los programas de entrenamiento y aprendizaje, de tal modo que la africanización sea lograda rápidamente en todos los sectores de la economía".²⁴

b) Túnez.

Al tiempo de la Independencia, Túnez heredó de la colonia un mercado no balanceado, un extenso sector de su población (75 %) con una economía de subsistencia y junto a esta economía primaria un pequeño sector moderno, en especial en el Norte del país. Esto trajo los lógicos problemas de un desequilibrio interno, agravado por las diferencias en el poder adquisitivo de la población.²⁵

Se ha dictado en Túnez el Plan Decenal (1962-71) que aparece, no como una elección ideológica, sino como la asunción por parte del Estado de aquello que la iniciativa privada no realizó. Hasta el momento en que ese fracaso quedó demostrado, el gobierno prefirió una cautelosa experimentación, a embarcarse en un curso de acción para el que no estaba en condiciones técnicas ni políticas. Durante los dos períodos que pueden distinguirse antes del Plan Decenal, se puso el acento en estabilizar antes que en reformar estructuras. Dichos períodos fueron:

1956-1959. Consolidación de la Independencia: El tránsito de la colonia a la independencia requiere un proceso lento si se quiere disminuir el efecto de una posible dislocación económica. Llegar a la independencia presentó para Túnez grandes problemas, en especial por los variados lazos que lo unían a Francia. Lo que no se hizo, fue provocar una brusca ruptura, sino que paulatinamente se fue haciendo la separación, cumpliendo en el inmediato con las necesidades económico-financieras. Con el advenimiento de la independencia se produjo una seria declinación de la actividad económica, como resultado de la partida de muchos obreros especializados, empresarios y capitalistas de nacionalidad francesa y una actitud reticente en aquellos que permanecieron en Túnez. Pese a ello, el gobierno tuvo éxito en restablecer la estabilidad: los precios se mantuvieron al mismo nivel, la cotización internacional del dinar no sufrió variantes de importancia, se equilibró el presupuesto y se fundaron, con apoyo gubernamental, dos bancos de desarrollo: uno agrario, otro industrial.

Durante estos tres primeros años, el gobierno tunecino desarrolló una política fiscal y monetaria conservadora que tendía a: 1) aumentar las reservas; 2) proteger el valor de la moneda y 3) estabilizar los precios. Aseguradas estas bases,

²⁴ MBOYA, op. cit., p. 11.

²⁵ Para la redacción de este subpunto se ha tenido presente la obra de CHARLES A. MICAUD, LEON CARL BROWN y CLEMENT HENRY MOORE: "Tunisia, the politics of modernization", N. York, 1964.

Túnez se preparó para dar empleo a su gran masa de desocupados e iniciar el crecimiento económico a largo plazo.

1959-1961. *La batalla contra el desempleo*: La condición económica de la población se había mantenido sin cambios en los primeros tres años posteriores a la Independencia. El mayor problema era el gran número de desocupados y semiocupados, que oscilaban entre los 200 y 250.000 personas (14 de la fuerza de trabajo). Ya en 1958 el gobierno intentó combatir la desocupación, aunque no sistemáticamente; triunfó sí en eliminar la vagancia y la mendicidad en sus aspectos más visibles. Pero en ausencia de un desarrollo industrial adecuado, el problema se agudizó cada año, en especial en la ciudad capital, donde afluyen por cientos los pobladores de las provincias sureñas y occidentales.

Decía Bourguiba en 1959: "Queremos inculcar a todos los ciudadanos con la esperanza de conquistar a la miseria y la resignación, en romper la creencia en el determinismo ciego... El mayor problema es colocar las grandes masas de desocupados en la lucha contra el subdesarrollo..." El programa de movilizar los recursos humanos para el desarrollo económico comenzó en 1957. En 1959 el número de trabajadores aumentó a 140.000, en 1960 a 160.000, en 1962 a 210.000.

La mayor parte de las tareas a que eran aplicados los desocupados, eran las concernientes a la limpieza de la tierra, reforestación, nivelamiento, obras viales, drenajes, construcción de cisternas. Se comenzaron a entrenar trabajadores para tareas de albañilería y carpintería, con el fin de utilizarlos en un plan nacional de construcción de viviendas a bajo costo. El recurso más grande del país, la fuerza humana, que históricamente fue también su mayor problema social, se utilizó en un programa de desarrollo económico en el tiempo más corto posible y con un mínimo de inversión; el plan también tuvo efectos morales. Reubicó en los campos a los que los habían abandonado para buscar trabajo inútilmente en las ciudades, fortaleció los proyectos de autoayuda y de planeamiento local, preconditionó del suceso del Plan Nacional.

1962-1971. *Planeamiento — La Perspectiva Decenal*: A comienzos de 1961, el presidente Bourguiba anunció el "año del Planeamiento". El gobierno se hizo cargo de un programa a largo plazo para el desarrollo social y económico, efectuando al mismo tiempo, un intenso esfuerzo educativo para informar al pueblo acerca de los métodos y propósitos del Plan. El 24 de junio de 1961, Bourguiba dijo: "Ha llegado el momento de poner orden en nuestras actividades y someterlas a la disciplina de la razón". Explicó que la empresa privada, actuando sola, no traería más altos niveles de vida, sino lentamente y a costos innecesariamente

elevados; sólo un esfuerzo colectivo sería eficiente. El planeamiento es necesario, agregó, no sólo para coordinar esfuerzos sino para reservar parte importante del ingreso nacional para inversiones productivas y colocar las ganancias en los canales correspondientes. La disciplina es esencial, pero no la obtenida bajo coerción, sino a través de la persuasión y la cooperación total del pueblo. Este, no sólo debe aceptar las necesarias limitaciones a su libertad, deberá participar activamente en la elaboración y ejecución del programa que debe ser un "plan popular", condición necesaria para su éxito. Al presentar la *Perspectiva* el 23 de agosto de 1961, Bourguiba hizo claro que no era un plan sino simplemente un proyecto para ser discutido y analizado en varios niveles de gobierno. Ya a fines de 1961, la primera etapa, un Plan Trienal (1962-64) estaba listo para su puesta en marcha. La introducción a la *Perspectiva* puso en claro que la misma no estaba basada en ninguna ideología o doctrina económica, pero reflejaba la personalidad del pueblo tunecino y los imperativos sociales y económicos del país. Establecía un "camino tunecino del socialismo", esperaba y pedía la cooperación y esfuerzos colectivos. La empresa privada, dice la introducción, tiene un lugar en la economía tunecina, pero debe operar de acuerdo al plan. También informaba que el plan no sería rígido sino flexible y respondería a las necesidades del pueblo.

Se hizo una lista de los obstáculos al desarrollo económico, que iban desde magros recursos naturales y lluvias irregulares, a la falta de personal entrenado e insuficiencia del capital invertido. Se hizo hincapié en la pequeñez del mercado doméstico y la vulnerabilidad de las entradas por el intercambio con el extranjero, el que depende de precios establecidos en los mercados internacionales. Señala como factor de debilidad el desequilibrio entre los sectores modernos y tradicionales de la economía, así como entre la parte norte y la del centro-sur del país.

La *Perspectiva* tiene cuatro objetivos fundamentales: 1º) Tunificación de la economía. Su fin es reducir la dependencia del extranjero en los sectores financiero, industrial y agrícola. 2º) Promoción humana. Se traduce en igualdad de oportunidades y mejoramiento de los niveles de vida y envuelve la redistribución del ingreso para proveer mejor alimentación, vivienda, educación y condiciones de salubridad. 3º) Reforma de las estructuras básicas de la economía, de las instituciones e inversiones. Se hace para remover el desequilibrio entre los diferentes sectores de la economía y del país. 4º) Autodesarrollo. Alcanzar la etapa del crecimiento autosostenido, que será logrado cuando los ingresos internos sean suficientes para cubrir los más importantes requerimientos de inversiones.

Mientras la *Perspectiva* intentó sentar propósitos y métodos,

el Plan Trienal, dictado en 1962, establece metas detalladas y concretas, para implementar esos fines. Significativamente se le llama "pre-Plan", dado que uno de sus objetivos más importantes es proveer experiencia para el subsiguiente Plan Septenal, dejando abierta la posibilidad de cambios mayores a la luz de nuevas situaciones, tal como la posible unión económica del Maghreb.

Los objetivos son aún más elevados que aquellos establecidos en la *Perspectiva*. La producción agrícola debe elevarse, según el Plan, en un 40 % por sobre la de los años anteriores, la industrial debe duplicarse cada año.

La mayor dificultad que afrontan los administradores del Plan es seleccionar las prioridades en la inversión, no sólo en relación a los sectores de la economía, sino en términos de tipos de inversión. Otro inconveniente lo constituye el pequeño tamaño del mercado tunecino, que impide producir a bajos costos muchos bienes manufacturados. La *Perspectiva* propone la exportación de los bienes que produzcan las industrias proyectadas, incluyendo bienes de capital. El interrogante es si serán competitivos en el mercado internacional, o la solución es —a largo plazo— incluir el mercado tunecino en el más amplio del Maghreb?

Para un país con magros recursos naturales y un pequeño mercado interno, el crecimiento autosostenido en los próximos 10 años es probablemente inalcanzable. El precio a pagar por un desarrollo adecuado puede ser la creación de instituciones supranacionales limitando la soberanía nacional. ¿Qué camino elegir, la soberanía política o la modernización?

Hasta 1961 los tunecinos parecían haber elegido el segundo camino, incluso a costa de aceptar limitaciones a su soberanía, manteniendo sus lazos con Francia. Pero en ese año los sucesos de Bizerta marcaron el comienzo de una nueva etapa de autoafirmación nacional.

Un mercado común maghrebino, donde los países que lo formarían tienen raza, religión, costumbres, lengua, problemas semejantes no sería —y no nos referimos sólo a Túnez— considerado como un excesivo precio para un desarrollo colectivo eficaz.

V. CONCLUSIONES

1. Hemos expuesto los principales problemas económicos que afectan al África y algunas de sus posibles soluciones. Esas dificultades son comunes, en mayor o menor medida, a otras regiones subdesarrolladas en Asia, en América Latina. Pero es indudable, también, que los africanos deben afrontar esos problemas de distinta manera.

2. Es difícil realizar, al mismo tiempo, el desarrollo político y el desarrollo económico y todos los países africanos hacen frente a ese mismo dilema. Pero lo que es indudable es que los problemas más urgentes que los afligen son los políticos. De allí que estas cuestiones tiendan a ser solucionadas con prioridad a otros problemas. La primera necesidad fue llegar a la Independencia. "Buscad primero el reino político y lo demás se os dará por añadidura", decía Nkrumah. Primero conseguir liberarse del yugo colonial y luego iniciar la construcción de un país.

Puede criticarse este camino, pero creemos que consolidar una nación requiere un gran esfuerzo político. Primero crear el Estado, segundo capacitar y organizar a quienes van a preparar y ejecutar un programa, finalmente poner en marcha ese plan.

3. Pensamos que la solución de los problemas económicos, a largo alcance y con la mirada puesta en el futuro del continente africano radica en la unión económica, respetando las características e intereses nacionales.

Pero son muchas las dificultades que se oponen: la balcanización; los artificiales orgullos nacionales; los problemas tribales; la cuestión racial; la falta de educación —en especial, técnica²²— los intereses internacionales; el neocolonialismo; sumados a graves cuestiones continentales: Rhodesia, Sudáfrica, las colonias portuguesas, hacen difícil por el momento, integrar económicamente al África o, al menos, efectivizar uniones parciales para de esa manera, facilitar un desarrollo armónico y eficiente.

4. Otra cuestión que creemos debe merecer preferente atención es la agraria, que ha de provocar numerosas dificultades en los próximos años.

5. Si bien son los mismos africanos los que tienen que hacer frente a la Independencia —con sus problemas emergentes— creemos que los organismos internacionales deben prestar una masiva ayuda técnico-financiera que supere las actuales carencias.

África tiene grandes recursos y enormes posibilidades latentes, pero sólo superando falsas barreras podrán, todos unidos, encarar la enorme tarea de hacer seriamente, con posibilidades, sin utopías, que el Continente Africano alcance el siglo xx.

²² Tarea que requiere una gran campaña de esclarecimiento, se estima que en la Universidad de Dakar, la mayor del continente, el 70 % de los inscriptos lo está en la Facultad de Derecho.

APUNTES SOBRE LAS NOCIONES DE: MANDATO, PODER Y REPRESENTACION *

ELISA DIAZ DE VIVAR

I. REPRESENTACIÓN

La teoría general de la representación es mérito de la doctrina moderna y más precisamente de la doctrina alemana del siglo XIX. El Código de Napoleón y los inspirados en él no organizaron la institución en forma integral reuniendo en un cuerpo los principios generales de la materia como lo han hecho posteriormente el Código Alemán de 1900 y el Italiano de 1942. El Código Alemán legisla en la parte general de hechos y actos jurídicos sobre la teoría de la representación, método que recojen con acierto el Anteproyecto Biliboni y el Proyecto de 1936.

La representación tiene lugar cuando un sujeto denominado representante emite o recibe por otro —el representado— una declaración de voluntad destinada a producir sus efectos en cabeza de aquél por quien se actúa. El acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones emergentes y los derechos derivados del acto del representante.

Se distingue la representación activa o en la emisión de la representación pasiva o de recepción. Esta última tiene lugar cuando un tercero emite una declaración de voluntad destinada a otra persona de aquél que la recibe. En este supuesto lo decisivo es que la declaración del emitente esté encaminada a que los efectos no se produzcan en cabeza del receptor (representante), sino de la otra persona (representado); tal por ejemplo el caso del deudor que paga al representante de su acreedor.

* El título elegido para este trabajo da la idea y sugiere el contenido del mismo: no pretende ser un ensayo ni exponer nada nuevo sobre el tema. Se trata simplemente de una recopilación de notas, de una sistematización de apuntes extraídos de Bupka, Ferrara, Enneccerus, Kipp y Wolff, Salvat-Aruffa Anserena, Fontanarrosa y del Anteproyecto Biliboni. Por considerarlo de interés para aquellos que están dedicados al estudio de Derecho Civil III, es que —con esta salvedad— nos atrevemos a publicarlo.

La representación activa es la más importante. El representante ejecuta el acto en nombre del sujeto del interés (representado), declara que el acto debe valer a título de otro y con ello transfiere las consecuencias jurídicas del mismo a la esfera individual de su representado; sin embargo, la declaración de voluntad que emite el tercero la emite como propia. Si, por el contrario no realizara el acto por su propia voluntad, si se limitase a emitir una declaración de voluntad en concepto de ajena —es decir de aquél que lo envía—, sería un simple nuncio.

De manera que, para que haya representación se requiere: 1) que el representante concluya el negocio por su propia determinación y 2) que emita la declaración de voluntad en nombre ajeno.

Entre las especies de representación caben señalar:

A. La propia o inmediata, también llamada directa, que tiene lugar cuando el representante hace saber a su co-contratante que los efectos jurídicos de su acto recaerán en el representado. En este caso representado y tercero tienen acciones directas y recíprocas para reclamarse el cumplimiento de lo pactado.

B. La representación impropia, mediata o indirecta es aquella en la que el representante actúa en nombre o interés de otro no expresando esta circunstancia. Aquí no hay concordancia entre su voluntad declarada y su voluntad real, ya que concluye un acto a nombre propio cuando en realidad lo está celebrando a nombre de su representado. En otras palabras, la representación indirecta es aquella en la que se emite una declaración de voluntad de otro como propia, de modo que los terceros ignoran que se está sirviendo a un interés ajeno; el representado permanece oculto.

Para que los efectos del acto pasen a la esfera jurídica del representado es necesario que el representante le transmita los resultados del negocio celebrado con el tercero; y como la vinculación se ha establecido entre representante y tercero, el representado sólo tiene acción para exigir esa transferencia o, en su caso, lograr una indemnización de daños contra el representante, pero carece de acción alguna contra el tercero contratante. Esta figura puede convenir por diversas razones a los tres sujetos: el representante puede tener interés en figurar actuando en nombre propio, al representado le puede reportar enormes ventajas permanecer oculto en una plaza donde no es conocido, y al tercero en la medida en que no tiene necesidad de verificar si el representante actúa dentro de los límites de su poder, o de constatar la solvencia del representado, etc.

Se puede también distinguir la representación legal o necesaria de la representación voluntaria, según sea la ley la que

impone un representante (tutores, curadores, síndicos, liquidadores, etc.), o bien emane de la voluntad del sujeto a representar mediante el otorgamiento de la autorización o poder para actuar en su nombre.

Naturaleza de la representación.

Sobre la naturaleza de la representación se han esbozado varias teorías, bástenos recordar las de Savigny, Hupka y Mittels.

1. Savigny, en su construcción sobre la teoría de la representación, ve al representado como el verdadero sujeto del negocio jurídico y en el representante un portador de una declaración de voluntad ajena, un mensajero. El tercero que contrata con el mandatario en calidad de tal y acepta sus proposiciones, acepta en realidad la declaración de voluntad que el principal ha hecho de antemano, eliminándose por completo la voluntad del representante.

No es la misma cosa la voluntad del apoderado y la voluntad contractual declarada en el negocio; ésta va encaminada a la realización inmediata de una modificación de derecho. El poder no contiene disposición alguna del representado, sino sólo su consentimiento anticipado para los actos jurídicos de disposición que realizará en su nombre otra persona.

2. Hupka por su parte considera imposible escindir el contenido de la voluntad, como también hablar de una división de la declaración de voluntad. Sostiene que el principal (representado) no tiene una voluntad inmediata en la declaración, sino que sólo la del representante da origen al negocio mediante su propia declaración. Es el representante y sólo él quien celebra el acto, y ve en la relación de apoderamiento un acto que se encuentra fuera del negocio principal. El poder sólo configura el límite y la condición para la eficacia de esa declaración de voluntad que ha de emanar del representante.

Los efectos del negocio de que se trate se encuentran bajo el imperio de dos voluntades que no se reúnen en un acto unitario, sino que psicológica y jurídicamente son distintos e independientes. Distingue Hupka, de este modo, entre los "requisitos del acto" (referidos al representante) y los requisitos para que ese acto produzca sus efectos, "requisitos del efecto" (referidos en este caso sólo al representado, por ejemplo que haya otorgado poder para actuar de esa manera).

3. Mittels, considera que la declaración del representado relativa al poder se integra con la declaración del representante para dar origen al negocio encargado. Ante el resultado poco satisfactorio de las teorías que pretenden que es parte sólo el representante o sólo el representado, opta por dividir el acto de que

se trate entre representante y representado y hacer nacer el negocio de la cooperación de ambos.

II. Poder

La validez del acto ejecutado por el representante en pro o en contra del representado depende de que el representante tenga poder de representación y de que actúe dentro de los límites de ese poder. Claro está que, en ciertos casos la falta de poder puede suplirse por la ratificación ulterior del acto ejecutado.

Poder es la facultad de representación que se otorga por un acto jurídico. El poder da al apoderado la posibilidad de producir las consecuencias jurídicas de su acto o negocio en favor o en contra del poderdante. En sí es un negocio jurídico autónomo, con sustantividad propia que no requiere la forma prescripta para el acto a ejecutar por el apoderado. El poder para representar es un presupuesto para la validez de la representación, pero que no integra su concepto.

Puede ser externo cuando se otorga frente al tercero con el cual se ha de contratar; o interno cuando es otorgado frente al apoderado.

Discútese en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del apoderamiento, si requiere o no la aceptación del apoderado; en otras palabras si es un contrato o un acto jurídico unilateral. La antigua doctrina hacía preciso el consentimiento y se hablaba de contrato de apoderamiento. Laband lo define como el contrato consensual por el cual los contratantes se obligan recíprocamente a que los negocios jurídicos que el apoderado celebre a nombre del poderdante sean considerados en cuanto a sus efectos como si lo hubiera celebrado este último.

Sin embargo la doctrina predominante sostiene que se trata de un acto jurídico unilateral, cuya fuerza deriva de la sola voluntad del poderdante y que no necesita de la aceptación del apoderado para el logro de los efectos que le son característicos.

El apoderamiento es un acto unilateral que concede al representante la facultad de trasladar a la esfera jurídica del poderdante los efectos del acto encomendado, de actuar en su nombre afectando únicamente sus intereses, sin tocar en lo más mínimo el ámbito jurídico del apoderado. Del poder sólo deriva la aptitud jurídica necesaria para hacer nacer derechos u obligaciones a favor o en contra de otra persona; y no existe una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado.

Hupka considera que el poder no es ni una accesión ni un

accesorio de la relación básica, sino una relación jurídica absolutamente autónoma, no subordinada en modo alguno a la existencia de su causa objetiva.

III. MANDATO

El código lo define: "El mandato como contrato tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza" (art. 1869).

La figura del mandato trae consigo un doble juego de relaciones: 1) Relaciones de derecho que crea entre mandante y mandatario, que revisten la forma de contrato del que emanan obligaciones y, 2) Relaciones entre mandatario y terceros en las que se configura la representación de una persona por otra (nos referimos a la hipótesis más común de mandato representativo).

En el mandato se actúa en nombre y por cuenta (o interés) ajenos. En nombre ajeno porque se hace saber al tercero que el acto tiende a establecer un vínculo con otro que aquél oyo lo ejecuta; y por cuenta ajena porque se satisfacen fines o intereses de ese otro sujeto. La relación que nace es directa entre el mandante y el tercero. En la teoría de la representación no es de la esencia de ella que se actúe en interés ajeno, puede actuarse en el interés común de las partes representante y representado, o de un tercero, etc.

La representación se origina en una serie de relaciones jurídicas (en la ley que otorga un representante a aquellas personas que considera incapaces, también los dependientes encargados de vender al por menor se reputan autorizados para cobrar el precio [art. 151 del C. Com.]) y entre esa serie de relaciones que le puede dar origen está el contrato de mandato, que por ser el caso más frecuente y típico trae confusión de los conceptos "representación" y "mandato".

Antiguamente la representación voluntaria se encontraba dentro del molde jurídico del mandato. Ihering ya señala que la coexistencia del mandato con la representación es algo casual. La doctrina comienza a ver que no es posible ver en la representación simplemente el lado externo de la relación de gestión existente entre representante y representado, ni al poder de representación como un efecto exterior del contrato de gestión. Laband sostiene que mandato y representación son dos relaciones diversas

que pueden coincidir o no.¹ Se puede tener un mandato sin facultad de representar y una representación sin el mandato.

Puede haber mandato sin representación de ningún género, tal el caso del mandato oculto en el que el mandatario procede sin invocar poder de otra persona de manera que el acto jurídico se forma en cabeza suya, y el tercero sólo entiende engendrar relaciones obligatorias con él. Aquí la noción de mandato no envuelve la de representación; y hay por el otro lado representación sin mandato; los supuestos del artículo 1870 del C. C., a los que el codificador declara aplicables las disposiciones del mandato, así lo demuestran.

Estos argumentos esgrimidos por Biblioni, le hacen decir que si tuviéramos que caracterizar al mandato por la definición del código tendríamos que concluir por decir que él constituye un contrato de representación de una persona por otra que ejecuta en su nombre y por su cuenta actos jurídicos; la nota al artículo 1871 lo confirma: "El rasgo característico y distintivo del mandato es la función representativa del mandatario y nada más"... Y esta conclusión no es exacta pues, como hemos visto hay mandato con o sin representación y representación con o sin mandato. De ahí que Biblioni sostiene que fuerza es reconocer que el mandato es otra cosa que la definida en el artículo 1869. Hay mandato donde una persona encarga a otra la gestión de hechos que le conciernen, hechos jurídicos y no jurídicos, no necesariamente "actos jurídicos", ya que no hay motivo para limitar la gestión. Pone el ejemplo de la conducción de un hijo al extranjero o a un hospital para concluir que perfectamente pueden constituir el objeto de un mandato.

Así, como apuntáramos más arriba, la doctrina antigua tendía a asimilar "mandato" y "representación"; hoy el concepto moderno lleva a la distinción de ambas instituciones,² no por ser imposible su coexistencia sino porque el mandato es un contrato y la representación puede hacer de él, pero también de otras relaciones no contractuales. La representación configura un efecto abstracto de relaciones generadoras de diversa índole, es "una institución genérica independizada de su causa".

Acuña Anzorena (Salvat-Acuña Anzorena: "Fuente de las obligaciones", III, p. 110, nota § 1 a), comentando el artículo

¹ En Alemania sustentan esta posición además, BRINZ y OETTERMAN, JOSSERAND hace el distingo también, pero dice que mandato sin representación no es un verdadero mandato, sino un mandato imperfecto, incompleto ya que en este caso el mandatario no obra en nombre de su comitente sino que hace un asunto propio.

² El Código Civil Alemán prescinde de la representación como elemento esencial del contrato de mandato considerando mandatario a quien toma a su cargo un negocio de otro (B. G. B., art. 682).

1869, dice que ha sido propósito legislativo ratificado por la nota al 1871, hacer de la representación el rasgo característico del mandato. "Pero decir que es rasgo característico no es decir que sea esencial al mismo. El efecto representativo es el efecto ordinario, común, pero no imprescindible al grado que, sin representación no hay mandato"... "La doctrina del código, al no hacer de la representación un elemento esencial del mandato sino simplemente característico del mismo, se acuerda perfectamente con las enseñanzas modernas que hacen de una y otro conceptos distintos, pero no antagónicos, desde que pueden existir independientemente..."; "... se advierte cuan apasionada es la crítica que hace Bibiloni a aquel artículo, porque si él acepta que "el mandato puede ser realizado por medio de la representación o sin ella", no cabe sino aceptar que, frente a lo que disponen los arts. 1869 y 1929, por nuestro código el carácter representativo del mandato es atribuido por el primer texto legal como característica y no como esencia del contrato, con lo que se está más cerca de la realidad en lo que se refiere a la realización de actos jurídicos por otro, y permite, a la vez, diferenciar el mandato como simple encargo de una persona a otra de la gestión de negocios o ejecución de hechos que le conciernen, de la representación"...

IV. CONTRATO CONSIGO MISMO

Se ha discutido en doctrina si el representante puede concluir en calidad de tal, el negocio encargado consigo mismo, a nombre propio, o como representante de un tercero (doble representación). Se habla en esta hipótesis de contrato consigo mismo o autocontrato.

Enneccerus dice que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de dichos contratos. Afirma su validez siempre y cuando las partes lo celebren con la debida exteriorización, es decir sin ocultar la verdadera naturaleza jurídica. No se ve porque el representante que emite la declaración a nombre de otro no pueda recibirla a nombre propio o nombre de otro representado, si el acto no se realiza de un modo oculto, sino que puede ser conocido por terceros (jueces o testigos). La autocontratación al haber intereses opuestos no será en principio genuina, de ahí que sólo deberá suponerse cuando ha sido especialmente conferida o cuando se trata de negocios en los que no haya que temer lesión en la otra parte.

Rösner acepta esta figura porque dice que se trata de dos esferas patrimoniales distintas, por un lado está la voluntad del representado a través de la del representante y por otro lado la del representante por sí mismo o como representante simultáneo

de un tercero. Esas dos voluntades no se confunden, sino que se unen para dar lugar a la figura del autocontrato. En cambio, Leonhard no admite la institución pues sostiene que es requisito indispensable que existan varias personas, situación que no se da en el contrato consigo mismo.

Por su parte Rümelin se expresa en estos términos: La autocontratación es admisible en general, a condición de que el acto autocontractual sea susceptible de control y aparezca como un acto obligatorio conforme a la voluntad del autocontratante, y siempre que se pueda probar que el negocio en el momento de celebrarse corresponda al interés del representado o de ambos representados.

Hupka expresa que si el derecho admite la representación directa, se debe reconocer esta figura siempre que haya una declaración que haga constar la voluntad del representante de obligarse jurídicamente y excluya la posibilidad de una revocación arbitraria.

El artículo 1819 de nuestro Código admite una forma de autocontratación al aceptar que el mandatario encargado de tomar dinero prestado, lo preste él mismo, al interés corriente, a su mandante.

LA CONSTITUCION ITALIANA DE 1947

ÁRIBAL S. QUINTEROS MARENGO

Los estudios realizados en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, relacionados con el Derecho Romano, permiten observar la gran antigüedad de casi todas las Instituciones jurídicas de la actual República de Italia.

Sin embargo, en ese venerado derecho existe un aspecto de excepcional juventud, es el Derecho Constitucional.

Circunstancias históricas vinculadas a la formación del Estado italiano explican esa circunstancia. Puede afirmarse que todas las Comunas italianas de la Edad Media y las diversas regiones —algunas llamadas reinos— existentes en el actual territorio italiano no tuvieron realmente propósitos de unión permanente y sus diferencias idiomáticas, de costumbres y aún de raza, superaban las afinidades entre sí.

El desarrollo de los acontecimientos europeos y la providencial visión de algunos de sus dirigentes hicieron posible la unidad.

En este trabajo evitamos considerar en detalle aquellos hechos para circunscribirnos sólo al tema del título.

ANTECEDENTES

El estado unitario de la península empieza a tomar forma, con la expansión del Estado de Cerdeña, regido por la Casa de Saboya.

El primer documento constitucional italiano es el "Estatuto", dictado el 4 de marzo de 1848, por Carlos Alberto, según un autor italiano —Pergolesi— por presión de la opinión liberal de la península, para la cual el problema nacional de la independencia estaba íntimamente ligado al problema político de la libertad constitucional.

Otro autor, Dionisio Petriella, señala coincidentemente que: "la misma denominación de Estatuto fue preferida a otras más generalmente usadas, para recordar los Estatutos de las Comunas italianas medievales, que habían representado la más grande conquista de la libertad política e individual.

Ese primer antecedente, fue proclamado el 17 de marzo de 1861, como Ley Fundamental del Reino de Italia. Continuó vigente hasta el 25 de junio de 1944, fecha en la que se dicta el Decreto Lugartenencial convocando a una Asamblea Constituyente para dar al Estado Italiano una nueva Constitución.

En las elecciones respectivas para elegir asambleístas hubo mayoría de votos para los partidos de masas (demo-cristianos, socialistas, comunistas) sobre los candidatos de otros siete grupos. Esas elecciones influenciaron marcadamente en la elaboración de la Carta Constitucional.

De acuerdo con el mencionado Decreto Lugartenencial en caso de victoria del principio Republicano en el referéndum, la Constituyente debía proceder a la elección del Jefe Provisorio del Estado y debía delegarse al Gobierno el Poder Legislativo por toda la duración de la Constituyente misma y hasta la convocación del Parlamento.

El proyecto de Constitución fue presentado el 13 de enero de 1947 a la Asamblea, y en ella, el 4 de marzo, se iniciaron las discusiones respectivas, dedicándose a tal fin 170 sesiones. Fue votada el 22 de diciembre de 1947.

A título de referencia digamos también que esta llamada Asamblea Constituyente desarrolló un notable trabajo en el campo legislativo común, además ratificó el Tratado de Paz entre Italia y los Aliados.

ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN

Se inicia con los Principios Fundamentales; comprendidos desde el artículo 1º al 12.

Luego, dos partes: I) Derechos y deberes de los ciudadanos.

II) Ordenamiento de la República.

Concluye con disposiciones transitorias y finales.

La Parte I, trata de las relaciones civiles, ético-sociales, económicas y políticas.

La Parte II, corresponde al Parlamento (Cámaras y formación de las leyes), el Presidente de la República, El Gobierno (Consejo de Ministros, Administración Pública, órganos auxiliares), La Magistratura, las Regiones, Provincias y Comunas y las Garantías Constitucionales.

ELEMENTOS Y CARACTERES DEL ESTADO ITALIANO

Territorio:

En parte proviene de antigua y específica posesión (Reino del Piemonte y Cerdeña).

En el período 1859 a 1870 por tratados y plebiscitos se anexó la Lombardia, la Emilia, la Toscana, las Provincias Napolitanas, las Marcas, la Umbría, las Provincias Vénetas, Mantua y Roma.

En el período 1920 a 1924 se incorporó la Región de Trento y Alto Adigio, la Venecia Julia, una parte de la Dalmacia, Fiume y las provincias del Carnaro.

A Francia fueron cedidas Niza y Saboya en 1860, el Estado de la Ciudad del Vaticano fue creado el año 1929 por el Tratado de Letrán.

Dependen de Yugoslavia: Istria, Venecia Julia, Fiume, Dalmacia e islas adriáticas.

Se cedió a Albania, la isla de Saseno.

Pueblo:

Comprende al conjunto de los ciudadanos del Estado, excluyendo a los extranjeros.

La ciudadanía se rige por la Ley del 13 de junio de 1912, Nº 555 y su Reglamento del 2 de agosto de 1912 Nº 949 con las modificaciones introducidas por la Ley Nº 517 del 4 de abril de 1935.

En general tienen vigencia las normas del "jus sanguinis", es decir que este tema tiene distinta orientación al que rige en nuestro país, marcadamente inclinado por el "jus soli".

Soberanía:

Es la potestad originaria, suprema y directa de imperio.

Dice el art. 1º de la Constitución italiana: "La Soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y en los límites de la Constitución", disposición semejante en su contenido al art. 3 de la Constitución francesa de 1946, por la cual "la Soberanía pertenece al pueblo".

Se destaca que esta voluntad popular se concreta en la elección de las Cámaras, que a su vez designan al Presidente de la República y del Gobierno.

Además el art. 71 establece que el pueblo tiene la iniciativa directa en la formación de las leyes.

Por el art. 75 puede resolver directamente "por referéndum" la abrogación de una ley o de un acto con fuerza de ley.

CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN

Principios fundamentales:

Dice el art. 1º: "Italia es una República democrática, fundada en el trabajo. Definición que surgió como reacción al sistema político existente en ese país, encabezado por Benito Mussolini —y explicable, si se considera que la mayoría de los asambleístas fue anteriormente opositor al mencionado régimen—. La Constitución Argentina no contiene ese vocablo (democrático) sin haberse cuestionado por ello tal calidad.

El art. 2, puede considerarse la síntesis del pensamiento humanista contemporáneo: "La República reconoce y garantiza los derechos individuales del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales en que se desenvuelve su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

El art. 3 dice: "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales". Es semejante a nuestro artículo 16 de la Constitución Argentina.

Nótese que la materia contenida en los preceptos señalados actualizan los conceptos contenidos en otras Constituciones más antiguas, pero que también han tomado como modelo a la de Estados Unidos de Norteamérica; incluida la de nuestro país.

La materia religiosa que ocasionara tantos desencuentros entre las autoridades civiles y eclesásticas de casi todos los países del mundo, es reglada mediante el artículo 7 del texto analizado, dice: "El Estado y la Iglesia católica son, cada cual en su propio orden, independientes y soberanos. Sus relaciones son regladas por los Pactos de Letrán. Las modificaciones de los Pactos, aceptadas por ambas partes, no requieren procedimiento de revisión constitucional". Siendo completado por el art. 8º: "Todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley. Las confesiones religiosas diversas de la católica tienen derecho de organizarse según sus propios estatutos, en cuanto no contrastan con el ordenamiento jurídico italiano".

Sus relaciones con el Estado son regladas por ley en base a convenios con las correspondientes representaciones.

Derechos y Deberes del Ciudadano:

La Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 19, señala que: "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Y el artículo 33 amplía la libertad de los ciudadanos al proteger los derechos no enumerados.

No obstante ello, las constituciones modernas se refieren específicamente a los derechos de libertad para proclamar su adhesión ferviente a los mismos.

En la Constitución italiana la serie de derechos relacionados con la libertad es amplia y completa; realmente es quizá una de las más detalladas de las constituciones vigentes.

No obstante si se violare sus disposiciones, el individuo puede recurrir a la Justicia, específicamente a la Corte Constitucional si se considerase que alguna ley es contraria al texto constitucional.

El art. 13 es garantía de la libertad personal, estableciendo que cualquier forma de detención, inspección o registro personal será admitido sólo en "los casos y modos previstos por la ley". Serán lícitos si existe una ley que los autorice y si en la misma se especifican las circunstancias respectivas.

Hay un principio muy antiguo y respetado en el derecho clásico, es el derecho de defensa, contenido en el art. 24 de la carta analizada, agregando "en cada estado y grado del procedimiento", por lo que la norma que implica el derecho de ser asistido por el letrado, se vuelve generalísima y no sufre excepciones, no consiente tampoco aquellos particulares procedimientos ya tan conocidos y despreciables en que la defensa consiste en una mera apariencia.

El art. 25 es muy semejante a nuestro 18: "Nadie puede ser excusado de su juez natural, preconstituido por ley".

"Nadie puede ser penado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigencia antes de haberse cometido el hecho".

"Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley".

Además por el art. 27: "La responsabilidad penal es personal y el imputado no es considerado culpable hasta su condena definitiva".

El art. citado tiene mucha semejanza con el 18 "in fine" de la Constitución Argentina, al decir: "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reducción del condenado".

"No es admitida la pena de muerte, sino en los casos previstos por las leyes militares de guerra".

También están relacionados con estos conceptos, la disposición del artículo 24: "la ley determina las condiciones y la forma para la reparación de los errores judiciales" y el art. 32, por el cual "nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley. La ley no puede

en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

El art. 14, 15 y 18 tutelan la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y la libertad de circulación respectivamente.

El art. 21 establece: “Todos tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento con la palabra, la escritura y cualquier otro medio de difusión. La prensa no puede ser sometida a autorizaciones o censuras”. No obstante ello y aún como lógico corolario, diversas leyes y reglamentaciones hacen posible la censura y el secuestro del material calificado de ilícito por la Justicia.

Al respecto, la Ley Nº 47 del 8 de febrero de 1948, ordenó que toda publicación debía llevar indicación de su lugar y fecha, nombre y domicilio del impresor, del propietario, del director o vicedirector responsable (cuando el director desempeñe un mandato parlamentario).

Se destaca la disposición del art. 8º de esa ley, por la cual el director responsable debe publicar en el periódico, íntegra y gratuitamente, las contestaciones, rectificaciones y declaraciones de las personas a las cuales el periódico haya atribuido actos o pensamientos o afirmaciones lesivas de su dignidad o que ellos consideren contrarias a la verdad, siempre que dichas contestaciones, rectificaciones o declaraciones no tengan un contenido que pueda dar lugar a una imputación penal.

Con respecto a la libertad de enseñanza, el artículo 33 dice: “El arte y la ciencia son libres y libre es su enseñanza... Los entes y los particulares tienen el derecho de instituir escuelas e institutos de educación... la ley debe asegurar a los mismos plena libertad”.

Además, por el mismo artículo se reconoce a las instituciones de alta cultura, universidades y academias, el derecho a darse ordenamientos autónomos dentro de los límites establecidos por las leyes del Estado.

El art. 34 establece la obligatoriedad para la instrucción inferior, impartida durante ocho años por lo menos, la que es gratuita; previendo el otorgamiento de becas, asignaciones familiares y otras providencias para que los más capaces y meritorios puedan alcanzar los grados más altos de los estudios.

Un autor italiano, Balladore Pallieri, destaca el doble contenido de este sistema: a) referida a la escuela pública, ella quiere decir libertad para los docentes de enseñar de acuerdo a sus propias convicciones personales (dentro de los límites naturalmente impuestos por la ciencia y las buenas costumbres) y no de acuerdo a las prescripciones del Estado. La calidad, para el docente, de empleado público y sus deberes de jerarquía adminis-

trativa, no indican que él deba seguir una u otra corriente del pensamiento.

En este aspecto, durante el desarrollo de la Asamblea, se citan las siguientes palabras de la diputada Bianchi: "... El Estado no puede delegar a otros la actividad educacional...".

La libertad de reunión aparece consagrada en el art. 17: "Los ciudadanos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas". Obsérvese que dice "ciudadanos" y no "habitantes" por lo que sería uno de los pocos derechos que es restringido para los extranjeros.

La jurisprudencia italiana considera reuniones en lugar público las que se tienen en lugares en que cada persona puede transitar libremente o permanecer sin que sea necesario normalmente el permiso de la autoridad (como calles y plazas); reuniones en lugar abierto al público, aquellas que se tienen en lugares cerrados a los que el acceso, aun subordinado a la presentación de una entrada especial, sea consentido a un número determinado o indeterminado de ciudadanos (cines, teatros, etc.); y reuniones privadas, las que se tienen en lugares cerrados con acceso a personas ya nominativamente determinadas (así los socios de un club).

La Constitución Argentina no ha previsto expresamente este derecho, pero se interpreta que lo comprende en dos disposiciones: 1º) En el art. 33 entre los derechos implícitos no enumerados.

2º) En el art. 22 que prohíbe las reuniones armadas, a "contrario sensu". La Doctrina y la Jurisprudencia han dado a la reglamentación del derecho casi los mismos alcances que el señalado para Italia.

La rica experiencia política del país peninsular tuvo expresión legislativa en las disposiciones referidas a la libertad de asociación, reconocida a los ciudadanos, sin necesidad de autorización previa "para fines que no les estén prohibidos por la ley penal".

El Decreto N° 48 del 14 de febrero de 1948, define a las asociaciones militares o de ese carácter a "aquellas constituidas mediante el encuadramiento de los asociados en cuerpos, destacamentos o núcleos, con disciplina y ordenamiento jerárquico interno, análogos a los militares, con la eventual adopción de grados o de uniformes, y con organización apta también para el empleo colectivo en acciones de violencias o de amenazas".

El mismo decreto permite el uso de uniformes a las organizaciones constituidas con fines deportivos y a los institutos de carácter cultural y educativo (salvo prohibición temporánea dispuesta por el Ministerio del Interior) y lo prohíbe permanentemente para las organizaciones ligadas a partidos políticos o que tuvieran aún indirectamente fines políticos.

Medidas restrictivas de la Libertad y el Estado de Sitio.

La Constitución italiana no ha previsto ningún motivo de suspensión de los derechos de libertad. Pero en caso de guerra, el art. 78 ha dispuesto que las Cámaras, al deliberar el estado de guerra, "confieren al Gobierno los poderes necesarios" y por lo tanto, concurriendo aquellas circunstancias, nadie podría discutir al gobierno la facultad de instituir la censura sobre la prensa y, siempre con previa autorización legislativa, prohibir las reuniones públicas, etc.

En cambio para los casos de conmoción interior, que generalmente en la legislación universal dan origen al llamado estado de sitio, nada ha previsto el Constituyente italiano.

El derecho de huelga.

Entre los derechos de libertad y la facultad para los trabajadores de organizarse en sindicatos y su principal manifestación, es decir los contratos colectivos de trabajo, existe una figura nueva en la vida jurídica, es el derecho de huelga, que día a día adquiere nuevas modalidades, al tiempo que se permutan las condiciones del derecho laboral en general.

El derecho de huelga es propio de los Estados con estructuras jurídicas modernas y democráticas: su ejercicio permite a los trabajadores obtener muchas veces beneficios negados de otro modo, pero así también su uso inadecuado ha ocasionado lamentables consecuencias perjudiciales para toda la comunidad.

Es por todo ello que leyes y reglamentos han limitado esta figura, organizándose el procedimiento para su proclamación, imponiendo trámites previos de conciliación, prohibiendo la suspensión completa de los servicios públicos u otros indispensables a la vida colectiva y otras limitaciones tendientes a circunscribir las reclamaciones al terreno exclusivamente laboral o económico, no político.

En otros países, se prohíben las huelgas en determinados períodos, y en la gran mayoría, hay autoridades que dictaminan acerca de la legalidad o ilegalidad de las huelgas.

Con respecto a los empleados públicos, la Doctrina ha sido no pacífica, pero puede decirse que si bien las normas constitucionales no lo contemplan, les ha sido reconocida una amplia libertad sindical, que no puede sin embargo llegar al contrato colectivo, siendo el empleo público regulado con normas legislativas.

Tampoco se reconoce a los empleados públicos el derecho de huelga.

Al respecto en 1951, el Gobierno presentó a las Cámaras un proyecto de ley con disposiciones relativas a inscripción en los sindicatos, a los contratos colectivos (de los cuales, a algunos se

acordaba válides, solamente para los asociados, a otros "erga omnes"); a la huelga (admitida para fines contractuales, excluidos los empleados públicos) y el cierre patronal (prohibido, salvo para legítima defensa), etc.

Este proyecto no llegó a convertirse en ley y mientras tanto, en Italia, los sindicatos se constituyen y estipulan contratos sobre la base del derecho común y de las resoluciones jurisprudenciales.

La Corte de Casación ha definido así al derecho de huelga: "Una abstención colectiva del trabajo concordada y uniformemente actuada a fin de resolver un conflicto de trabajo o de conseguir una reglamentación más favorable de la precedente relación de trabajo".

Durante la huelga, la relación de trabajo no se interrumpe, sino que queda suspendida, ya sea por la prestación del trabajo como por la retribución, limitándose la suspensión de ésta solamente a las jornadas consideradas laborales y no a las festividades semanales, y quedando excluidas las contribuciones asistenciales en la parte a cargo del empresario".

El art. 48, reconoce el derecho de los obreros a participar en la marcha de su Empresa, "A los fines de la elevación económica y social del trabajo y en armonía con las exigencias de la producción, la República reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar, en las formas y dentro de los límites establecidos por las leyes en la gestión de las empresas".

Sin embargo, con posterioridad no se ha dictado alguna ley aclarando esta norma, que en la práctica choca con otros principios de la productividad, como la unidad de la empresa, el secreto necesario a la negociación comercial, etc.

La misma institución de los Consejos de Fábrica, ha quedado en Italia, limitada a modestas tareas de asesoramiento y asistencia.

Derecho de petición.

El art. 50 dice: "Todos los ciudadanos pueden elevar peticiones a la Cámara para solicitar medidas legislativas o exponer necesidades comunes".

Este derecho "de petición" se formula especialmente teniendo en cuenta que los partidos políticos asumen actualmente la representación de la ciudadanía.

El derecho de petición pertenece exclusivamente reservado al ciudadano elector y la petición, transmitida por el Presidente de una o de otra Cámara a la Comisión competente, sobre propuesta de la Comisión misma o de un miembro de la Cámara, es tomada en consideración y archivada. Si es tomada en consideración será transmitida al Gobierno y si sobre ella es presentado un orden del día, éste es considerado como moción y concluye con una votación (art. 92 del Reglamento del Senado).

Deberes del ciudadano.

El art. 54 dice: "Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar su Constitución y sus leyes. Los ciudadanos a quienes son confiadas funciones públicas tienen el deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley".

Y el art. 52: "La defensa de la Patria es deber sagrado del ciudadano. El servicio militar es obligatorio dentro de los límites y en las formas establecidas por la ley. Su cumplimiento no perjudica la situación laboral del ciudadano ni el ejercicio de los derechos políticos. La organización de las fuerzas armadas se informa en el espíritu democrático de la República".

El llamado a las armas se realiza por orden del Ministerio de la Defensa, normalmente en el año en que los jóvenes enrolados cumplen 21 años de edad; permanecen en filas por 18 meses. Pueden ser utilizados los enrolamientos voluntarios para determinados servicios armados (por ej., seguridad pública y finanzas).

Otro deber importante mencionado en la Constitución es el de Trabajar; el segundo párrafo del art. 49 dice: "todo ciudadano tiene el deber de desarrollar, según sus propias posibilidades y su propia elección, una actividad o una función que concuerda al progreso material o espiritual de la sociedad".

Debe ser considerado un deber individual y social.

Los autores del Derecho Constitucional italiano incluyen otros deberes: instruirse durante ocho años por lo menos, efectuar prestaciones patrimoniales al Estado para que éste pueda cumplir con sus fines, y para los funcionarios públicos se los obliga en manera especial al cumplimiento de sus deberes (art. 328 del Cód. Penal y 28 de la Constitución).

EL PARLAMENTO

Con este nombre se designa en Italia, y casi universalmente, al conjunto de las dos Cámaras (en los países que siguen el sistema bicameralista, con división de Poderes), si bien se advierte que se trata de dos órganos distintos, cada uno de los cuales funciona y delibera por cuenta propia.

En los Estados modernos, este órgano denominado también Congreso, es el medio por el cual el Pueblo ejerce el poder legislativo, pues no pudiendo hacerlo directamente, elige en su representación un número limitado de personas que constituyen a aquél.

En la República Argentina, el Congreso es compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores

de las Provincias y de la Capital; estos últimos —los senadores— son elegidos por sus respectivas legislaturas, es decir que efectivizan la forma Federal de Gobierno.

La Italia del Estatuto albertino (anterior a la Constitución en estudio) establecía un Senado con miembros de derecho (los príncipes de la familia real) y miembros vitalicios elegidos por el Rey en determinadas categorías de personas.

La Italia republicana ha organizado dos Cámaras electivas, con sufragio universal y directo, y ambas con carácter representativo.

Los Diputados duran cinco años en su mandato, sus electores deben tener 21 años de edad, para la elegibilidad a diputado basta tener 25 años de edad, y son elegidos a razón de un diputado cada 80.000 habitantes o fracción superior a 40.000.

Los Senadores duran seis años en el mandato, sus electores deben tener 35 años de edad; para la elegibilidad de senador se requiere 40 años de edad, y hay uno por cada 200.000 habitantes o fracción superior a los 100.000.

A título de referencia se cita el Capítulo I de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Sección I dice: "Todos los Poderes Legislativos, aquí otorgados estarán investidos en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes".

La Sección II dice: "La Cámara de Representantes estará compuesta de miembros elegidos cada dos años por el pueblo de los diversos estados y los electores de cada Estado tendrán las condiciones requeridas para los electores de la rama más numerosa de la Legislatura del Estado".

La Sección III: "El Senado de los Estados Unidos estará compuesto de dos Senadores por cada Estado, elegidos por la Legislatura de éste, por seis años, y cada Senador tendrá un voto".

Juramento.

No es requerido para los Diputados y Senadores, por lo que entran en funciones por efecto de la proclamación o de la comunicación al Senado en el caso de los senadores de derecho o vitalicios.

Como es sabido el art. 59 de la Constitución Argentina, ordena que: "Los senadores y diputados prestarán en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo y obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución". Sin embargo, esta falta constituye una innovación en el derecho italiano, por cuanto su antecedente —el Estatuto albertino—, la preveía en su art. 48: "Los senadores y diputados antes de ser admitidos al ejercicio de sus funciones prestan juramento de ser fieles al Rey, de observar lealmente el Estatuto y las leyes

del Estado, de ejercer sus funciones con el solo fin inseparable del Rey y de la Patria".

Privilegios parlamentarios.

El art. 68 dispone: "Los miembros del Parlamento no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos dados en el ejercicio de sus funciones". La palabra "perseguidos" según un autor —Balladore-Pallieri— significa que en el ejercicio de sus funciones, no incurrir en responsabilidad civil, penal ni disciplinaria.

El mismo texto señala que: "Sin autorización de la Cámara a la cual pertenece, ningún miembro del Parlamento puede ser sometido a procedimiento penal, ni puede ser arrestado, o de otro modo privado de la libertad personal, o sometido a registro personal o domiciliario, salvo que sea sorprendido en el acto de cometer un delito por el cual sea obligatorio el mandato de captura. Igual autorización es requerida para arrestar o mantener en detención a un miembro del Parlamento en ejecución de una sentencia aún irrevocable".

Se señala especialmente la diferencia con el ordenamiento argentino, que se refiere solamente al arresto, mientras que el italiano habla de arresto o cualquier otra privación de libertad, incluso el registro personal o domiciliario.

La tradición parlamentaria italiana extiende esta inmunidad a los locales donde funcionan las Cámaras y en los cuales la policía puede entrar solamente por orden del Presidente y después de levantada la sesión.

Periodo de sesiones.

En nuestro país existe un solo período de sesiones desde el 1º de mayo, al 30 de setiembre y la convocación la efectúa el Presidente de la Nación. Italia tiene dos períodos de sesiones que comienzan de derecho el primer día no feriado de febrero y de octubre y terminan al finalizar sus trabajos.

Como consecuencia de esas normas, en Italia no existe la institución de la "prórroga", porque es innecesaria.

Además, se advierte que si bien en ambos países existen las convocaciones extraordinarias, en Argentina son realizadas por el Presidente de la República y en Italia, no sólo ese funcionario, sino también el Presidente de la respectiva Cámara o un tercio de sus miembros.

Referéndum popular.

El art. 75 de la Constitución italiana dice: "se convoca al

referéndum popular para deliberar la abrogación total o parcial de una ley o de un acto que tenga valor de ley, cuando lo piden quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales". No obstante con el objeto de evitar algunos posibles excesos "no se admite el referéndum para leyes tributarias y de balance, de amnistía e indulto, de autorización a ratificar tratados internacionales".

Este esquema jurídico, del referéndum tiene su similar en países como Suiza y Dinamarca, y puede decirse que es un modo por el cual el pueblo participa directamente en las decisiones importantes.

En cuanto a su aplicación el referéndum entra inmediatamente en vigencia con su publicación, que se produce sin intervención del Jefe del Estado.

La misma Constitución establece que "tienen derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados. La propuesta sujeta a referéndum queda aprobada si ha participado en la votación la mayoría de los que tienen derecho y han alcanzado la mayoría de los votos expresados".

Formación de las leyes constitucionales.

En las ya clásicas clasificaciones constitucionales se caracteriza como "rígidas", "flexibles" o "mixtas" según los requisitos necesarios para su reforma.

La Constitución Argentina es considerada rígida por cuanto la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de sus dos terceras partes, al menos, pero es realizada por una Convención convocada al efecto.

En Italia, es facultad del Parlamento la materia de revisión constitucional y conviene aquí recordar que la Asamblea Constituyente italiana dictó dos tipos de leyes: por una parte la Constitución y las otras leyes declaradas constitucionales, es decir: Doctrinariamente puede establecerse esta distinción: la ley ordinaria puede modificar otra ley ordinaria, pero nunca una ley constitucional. Esta última, en cambio, puede modificar toda norma preexistente, sea ella contenida en la Constitución o en otras leyes constitucionales o en leyes ordinarias.

PODER EJECUTIVO

En el derecho comparado se han caracterizado modernamente tres sistemas; a) Presidencial; b) Parlamentario y c) Colegiado.

Al primer tipo corresponde la gran mayoría de naciones civilizadas, con mayor o menor grado de facultades otorgadas al

titular del mismo; habiéndose podido observar una creciente suma de atribuciones al mismo, como fenómeno paralelo al de la intervención del Estado en la vida de los pueblos. Puede decirse que el ejemplo más conocido es el de Estados Unidos de Norteamérica, donde todo el Poder Ejecutivo se concentra en un solo ciudadano, que es al mismo tiempo Jefe del Estado y Jefe del citado Poder.

Al segundo de los sistemas pertenecen varias naciones europeas, quizá como reacción al anterior "presidencialismo". Caracterizado ejemplo es Inglaterra, donde junto al Rey "que reina pero no gobierna" existen un Primer Ministro y un Consejo de Ministros, que proceden del Parlamento y se hallan sujetos a sus influencias, siendo responsables frente al mismo. Otros países siguen este sistema, aunque conserva el nombre de Presidente para el titular del Poder, así Italia, Francia, etc.

Al tercer sistema pertenece especialmente considerada Suiza, cuyas circunstancias históricas y diferencias entre los cantones, hicieron conveniente la adopción de este sistema. Uruguay, sin esas características señaladas, ha adoptado también una organización semejante, siendo rotativo el cargo de Presidente del Consejo.

En Argentina, siguiendo el ejemplo de la norma existente en Estados Unidos, se adoptó el régimen "Presidencial" de gobierno; concentrando en el ciudadano Presidente las funciones de Jefe Supremo de la Nación, en tal carácter tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1º), expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación y participa en la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga (inc. 2º y 4º); nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado y por sí solo nombra funcionarios de la Administración.

Puede ser elegido Presidente italiano todo ciudadano, sin distinción entre ciudadanía originaria o adquirida, que haya cumplido cincuenta años y goce de los derechos civiles y políticos. No se ha previsto discriminación alguna por razones de sexo, —religión u otras.

El Presidente puede usufructuar del Palacio del Quirinal y de los edificios San Felice y Martinucci; de la estancia de Castelporziano (excluidos los terrenos arrendados); de los muebles y pertenencias de dicha finca; y de la suma anual de ciento ochenta millones de liras.

En cuanto a la forma de elección, se recuerdan los tres sistemas más utilizados: a) directamente, a mayoría de votos: Portugal, Austria, Chile, etc.

b) Por el Parlamento: Francia, Italia y Turquía.

c) Por electores: Estados Unidos, Argentina.

Respecto de Italia conviene aclarar que para esta elección actúa con el agregado de electores elegidos para ese acto. En la elección participan también tres delegados por cada Región. El Valle de Aosta tiene un solo delegado.

La elección tiene lugar por escrutinio secreto, sin presentación oficial, ni previa discusión de candidatos, a mayoría de dos tercios de la Asamblea, pero después del tercer escrutinio es suficiente una mayoría absoluta.

El destacado autor Dionisio Petriella señala que en los "trabajos preparatorios de la Constitución, fue rechazado el proyecto de la elección directa, considerando que un Presidente que fuera exponente directo del pueblo, sería demasiado fuerte y podría poner en dificultades el funcionamiento del gobierno parlamentario. Se descartó también la idea de la elección por las solas Cámaras reunidas en sesión conjunta, que haría al Presidente prisionero del Parlamento".

No obstante se ha criticado esa forma de elección considerando que los sesenta electores regionales tiene escasa influencia en un cuerpo compuesto por 800 parlamentarios.

En este sistema, por el art. 32º: "El Presidente nombra al Presidente del Consejo de Ministros y, sobre propuesta de éste, a los ministros".

Como el gobierno debe tener la confianza de las dos Cámaras, el nombramiento equivale a una propuesta a las Cámaras de la misma. Sin embargo, es siempre una función de suma importancia otr a las personalidades del país.

En la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, el artículo II, Sección I, establece: "El Poder ejecutivo estará investido en un Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. El desempeñará su cargo por el término de cuatro años y junto con el Vicepresidente, electo por el mismo término...".

La Sección IV estatuye: "El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos podrán ser destituidos sobre la base de acusación y convicción de traición, cohecho, u otros crímenes o delitos.

Como sabemos en la Constitución Argentina, también se admite este Juicio Político actuando coordinadamente ambas Cámaras para el funcionamiento del sistema.

En Italia, el "juicio político por mal desempeño" es mucho más simple y rápido porque se hace con un simple voto de desconfianza contra el Presidente del Consejo de Ministros o los ministros mismos, por los cuales la responsabilidad política es,

la esencia de la institución. En cambio no existe la responsabilidad igual del Presidente de la Nación.

El art. 80 establece que el Presidente: "... es puesto en estado de acusación por el Parlamento en sesión conjunta, a mayoría absoluta de sus miembros".

Distinción entre Presidente y Gobierno.

Llegado a este estado del estudio, corresponde destacar que la persona y funciones del Jefe del Estado (Presidente de la República) son netamente distintas de las personas y funciones del Gobierno.

El art. 92 dispone: "El Gobierno de la República está compuesto por el Presidente del Consejo y los ministros que constituyen juntos el Consejo de Ministros".

Cada ministro-secretario de Estado tiene a su cargo un Ministerio. Suele designarse también a Ministros "sin cartera" que son designados con misiones especiales o para ensanchar la base y reforzar la autoridad y la posición política del Gobierno.

El orden de formación del Consejo de Ministros designados por el Decreto del 10 de febrero de 1954 es: Presidente del Consejo, Vicepresidente del Consejo, ministros sin cartera (4); ministros secretarios de Estado (16): Relaciones Exteriores, Interior, Gracia y Justicia, Balance, Finanzas, Tesoro, Defensa, Instrucción Pública, Obras Públicas, Agricultura y Bosques, Transportes, Correos y Telecomunicaciones, Industria y Comercio, Trabajo y Previsión Social, Comercio con el Exterior, Marina Mercante.

Se preveía en ese año crear los Ministerios de Sanidad, Turismo, Espectáculo y Deporte.

En cuanto a la designación de los ministros italianos intervienen dos elementos: la designación por el Jefe del Estado y la confianza de las Cámaras.

En la práctica constitucional italiana, continuando una costumbre de la época monárquica, el Jefe del Estado, una vez que haya aceptado la renuncia del Ministerio saliente, inicia las consultas para formar el nuevo, convocando a las mayores personalidades políticas del país; los que hayan sido Presidentes de la República o del Consejo de Ministros de la Asamblea Constituyente y de las Cámaras, los jefes de los grupos parlamentarios. No queda excluido que en vía excepcional pueda consultarse también a personalidades no parlamentarias, como los secretarios de los partidos políticos.

Terminadas las consultas, el Presidente encarga la formación del Ministerio a la personalidad que le parezca con mayores probabilidades de éxito frente a las Cámaras.

La persona designada, se reserva el derecho de aceptar, sólo después de haber realizado sus propias consultas en las Cámaras.

El gobierno que no obtiene la confianza, según una práctica aprobada también por la Doctrina, queda en el cargo hasta que haya nuevo Gobierno, para los actos de ordinaria administración.

El art. 95 declara responsable al Presidente del Consejo de Ministros "de la política general del gobierno" y a los ministros "colectivamente de los actos del Consejo de Ministros e individualmente de los actos de su propio Departamento".

Disposiciones de la ley, respecto de la Administración Pública.

La Constitución italiana, en el título III, "Del gobierno", después de haber tratado en una Sección I, "Del Consejo de Ministros", dedica una Sección II, con dos arts. a "La Administración Pública".

En nuestra constitución no se ha previsto nada semejante, si bien se determina que está confiada exclusivamente al Presidente de la República, el que de acuerdo al art. 86, inc. 1^ª, tiene a su cargo la administración general del país.

De acuerdo con el mismo art. 86, inc. 10: "por sí solo nombra y remueve... los empleados de la administración, cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución".

Esta reserva constitucional comprende únicamente: 1) los nombramientos de funcionarios designados por elección popular; 2) los que deben efectuar otros poderes; 3) los que debe acordar el Senado.

El 11 de enero de 1906, el Gobierno de la República italiana, en cumplimiento de la delegación recibida por la Ley del 20 de diciembre de 1904, N^º 1181, dictó una serie de decretos "con fuerza de ley", que modificaron la organización de la Administración pública referida al texto.

Consejo de Estado.

Es uno de los "Organos Auxiliares" junto a la Corte de Cuentas, el Consejo Nacional de Economía y del Trabajo.

Las entidades mencionadas se distinguen de los otros órganos con funciones análogas por su especial organización y atribuciones que los ponen en un plano de gran importancia.

El Consejo de Estado es en Italia el órgano principal de la administración y el instituto más importante de la justicia administrativa.

Habría tenido su origen en los Consejos de Estado o Regios, existentes en las antiguas monarquías, habiendo sido el gran alma de la codificación en Francia, durante la época napoleónica.

Actualmente este órgano tiene funciones más limitadas, estrictamente técnicas, pues toda atribución política ha pasado al Consejo de Ministros.

Fue establecido por el Texto Único del 26 de junio de 1924, N° 1054 y modificaciones sucesivas; posteriormente se reglamentó por Decreto N° 444 del 21 de abril de 1924. Es integrado por: un Presidente, cincuenta vocales y un secretario general. Además, Presidentes de Sección, refrendarios y secretarios de sección.

El Presidente, los Presidentes de Sección y los vocales pertenecen a los más altos grados del escalafón del Estado; respectivamente al 2°, 3° y 4°. Son nombrados por Decretos del Presidente de la República, a propuesta del Ministerio del Interior y previa deliberación del Consejo de Ministros.

Gozan de inmovilidad, no pudiéndose privarlos de sus cargos, sino por las causas taxativamente determinadas por la ley y con el procedimiento indicado por la misma. Concluyen su carrera al cumplir setenta años.

El Consejo está dividido en seis secciones; tres consultivas y tres jurisdiccionales. Además una ley de 1945 le agregó una sección especial para el examen de los recursos en materia de "depuración" de empleados comprometidos con el régimen político precedente.

La función consultiva del organismo, se ejerce sobre la legalidad y la conveniencia de los actos administrativos, en dictámenes facultativos o de índole obligatoria.

La Corte de Cuentas.

Ejerce la vigilancia superior sobre la administración financiera del Estado. Reconoce como antecedente la Cámara de Cuentas instituida en Chamberry por los Duques de Saboya en 1351 y fusionada con la de Turín en 1720.

Hoy es regida por el Texto Único del 12 de julio de 1934, N° 1214 y algunas modificaciones sucesivas hasta la Ley del 21 de marzo de 1953, N° 161.

Es integrada por el Presidente, los Presidentes de Sección y los vocales. Todos los funcionarios mencionados, gozan de absoluta independencia y también de inamovilidad.

Las funciones de la Corte son de tres categorías: administrativas, constitucionales-contables y jurisdiccionales. A éstas se agrega una función especial relativa a la liquidación de las jubilaciones para el personal de la administración del Estado.

En nuestro sistema jurídico no encontramos entidades con jerarquía y funciones similares a las señaladas para los dos órganos indicados.

Tal vez lo más parecido a la Corte de Cuentas italiana, es en el orden nacional la Contaduría General de la Nación, regida por Ley 12.961 de 1947.

Magistratura.

Las naturales diferencias con nuestro país en el plano político e histórico, han hecho surgir una organización judicial muy distinta a la nuestra.

El art. 104 establece expresamente que: "la Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder".

Está constituida por los auditores, los jueces de distinto grado, los tribunales, las Cortes de Apelación y Casación y los magistrados del ministerio público. Verla en detalle será materia de un futuro trabajo.

Conclusión.

Se ha querido señalar aquellos aspectos de la Constitución Italiana con motivos de interés para el estudioso de nuestra Constitución, pudiéndose observar así una realidad común a ambas; su deseo de dar las normas básicas para el progreso de sus respectivos países y el bienestar de sus habitantes.

DERECHO LABORAL MARITIMO: EL TRABAJO DE LOS MARINOS

CARLOS ERNESTO URS

I

Existen dentro de este especial y tan poco estudiado tema de las ciencias jurídicas que es el Derecho Laboral Marítimo, varios aspectos sobre los cuales se han generado interesantes discusiones. Ello no es de extrañar, desde el momento en que se cuestiona el carácter mismo de las normas que tienden a regular todo lo relacionado al trabajo de la "gente de mar": unos autores entienden que integran el Derecho Marítimo (o más ampliamente: el Derecho de la Navegación); y otros sustentan la idea —a la cual adherimos— de que constituyen un estatuto especial, similar a los que rigen relaciones de trabajo específicas (v. g.: periodistas profesionales, servicio doméstico, personal de bancos particulares, etc.), por lo que deben ubicarse dentro del llamado Derecho Laboral.

II

Uno de los puntos de gran atractivo doctrinario —y también jurisprudencial— sobre el cual se ha polemizado intensamente, es el que se refiere al monto indemnizatorio que fija la ley 9688, en relación a lo que preceptúa el artículo 1010 del Código de Comercio. Para su correcta elucidación debemos realizar un complejo análisis, estudiando la vinculación que existe entre la ley sobre accidentes de trabajo y el código mercantil, y entre sus respectivas fuentes, para llegar en última instancia al examen de la esencia misma del Derecho Laboral Marítimo.

III

El artículo 1010 del Código de Comercio pertenece a su Libro III, que se ocupa del Derecho de la navegación marítima,

y dentro de esta forma parte del Título VI, referido a los derechos y obligaciones de la "gente de mar".

Adelantándose a todas las normas de derecho social que se dictaron con posterioridad, prevé un régimen indemnizatorio para los tripulantes que enfermen o sean heridos o mutilados mientras trabajan al servicio del buque. No fija límites en cuanto al monto.

Veinticinco años más tarde se sanciona la ley 9688, que establece el sistema general sobre la materia, fijando en su artículo 8º un tope máximo de indemnización.

La prevalencia de una u otra norma ha sido objeto de encendidas disputas y contradictorias decisiones de nuestros tribunales, que —al menos en lo que hace a estas últimas— han quedado terminantemente resueltas en fecha reciente (26 de octubre de 1965) por la Cámara de Trabajo en Pleno de la Capital Federal, en el fallo "Rubin, Félix P. c. Cia. de Navegación Costera Argentina (S. R. L.)". Dudamos que las primeras se hallan acallado.

Escasamente un mes y medio antes del fallo citado, el Tribunal del Trabajo Nº 3, de San Martín, en la causa "Elcano, Paulino c. Arrenera Argentina (S. A.)", se había expedido en idéntica forma que nuestra Cámara de Trabajo.

IV

Antes de proseguir adelante, y a fin de dejar claramente expuesto el tema, resulta imprescindible transcribir los textos legales pertinentes a este litigio.

A. Código de Comercio:

Art. 1010: Cualquiera de los individuos de la tripulación que cayera enfermo en el curso del viaje, o que, ya sea en servicio del buque o en combate contra enemigos o piratas, fuese herido o mutilado, seguirá devengando el sueldo estipulado, será asistido por cuenta del buque y, en caso de mutilación, indemnizado a arbitrio judicial, si hubiere contestación.

Los gastos de asistencia y curación serán a cargo del buque y flete, si la enfermedad, herida o mutilación, sucediere en servicio del buque. Si tuviese lugar combatiendo en defensa del buque, los gastos e indemnización serán prorrateados entre el buque, flete y carga, en forma de avería gruesa.

B. *Ley 9688*:

Art. 2º: Quedan comprendidos en el régimen de la presente ley los obreros... que presten sus servicios en las siguientes industrias o empresas:

4) Transportes, carga y descarga;

6) Industria... pesquera;

8) Toda industria o empresa similar peligrosa para los obreros, no comprendida en la enumeración anterior, que hubiera sido declarada tal por el Poder Ejecutivo, previo informe del Departamento de Trabajo, con treinta días al menos de anterioridad a la fecha del accidente.

Art. 8º: La indemnización... no será superior a la suma de sesenta mil pesos moneda nacional (\$ 60.000.— m/n.).

C. *Decreto Nacional Reglamentario de la Ley 9688 (del 14 de enero de 1918)*.

Art. 7: De acuerdo con la especificación del art. 2 de la ley, ésta se aplicará especialmente a:

4) la navegación con los barcos que vayan ordinariamente de un punto a otro de la República o en barcos que navegan exclusivamente en ríos y aguas interiores, y al mismo tiempo, vengan del extranjero, siempre que el accidente ocurra en aguas jurisdiccionales;

5) el servicio de barcas de paseo;

6) la industria de pesca ejercida en ríos o aguas interiores o jurisdiccionales;

7) la industria de construcción y desguarne del buque;

8) la industria de aparejos de buques;

13) los trabajos de los contratistas de carga, descarga, apilamiento, medida, transportes o almacenajes de mercadería.

V

Dice la doctrina sentada por la Cámara de Trabajo —que compartimos totalmente— que "debe calcularse según el prudente arbitrio judicial la indemnización correspondiente a los infortunios sufridos por la gente de mar, prevista y encuadrada dentro del art. 1010, C. Com., sin que obste a ello el tope establecido por el art. 8, ley 9688".

VI

Cuando un trabajador marítimo sufre un accidente de trabajo, tres caminos se le abren para accionar judicialmente:

1. El establecido por el art. 1010 del Código de Comercio;
2. El de la ley 9688; y
3. La acción de derecho común, que se basa en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

La segunda vía le ofrece una apreciable ventaja: la inversión de la prueba. Como la ley 9688 se funda en el principio del "riesgo profesional", el trabajador tiene derecho a la indemnización aún cuando no haya mediado culpa de su patrono. Le basta sólo acreditar la producción de los hechos para percibir la condigna compensación; y es el armador —si desea liberarse de su obligación— a quien incumbe probar que el accidente ocurrió por culpa del marino.

Las disposiciones del Código de Comercio se basan para algunos autores igualmente en el "riesgo profesional", en cuyo caso serían de aplicación los principios mencionados (Malvagni, "Derecho Laboral de la Navegación", 241; Fernández, "Código de Comercio Comentado", V, 252); pero el doctor Folchi, al dictaminar en el plenario citado, en su carácter de Sub-Procurador General del Trabajo, deja bien aclarado que quien opta por la acción del Código de Comercio toma a su cargo la realización de la prueba, debiéndose aplicar las reglas procesales comunes, y no las de la ley 9688.

Por otra parte, es sabido que nuestra ley mercantil reconoce su origen en una norma sancionada en la segunda mitad del siglo XVII, época en la que no existía, ni siquiera en germen, la idea de la responsabilidad patronal; por lo que mal puede estar informada de un principio igual al de una ley —la de accidentes de trabajo— cuyos antecedentes se remontan a fines del siglo XIX, y son por cierto muy distintos.

La elección de cualquiera de las tres acciones posibles excluye a las restantes, según lo dispone el art. 17 de la ley 9688 ("una vía electa non datur ingresus ad alteram").

VII

Entrando de lleno a la cuestión, un único y simple argumento sería suficiente para afirmar la tesis de la Cámara: el derecho del trabajo es una disciplina esencialmente protectora; su fin primordial es ejercitar una tutela jurídica sobre el obrero, parte más débil de la relación laboral; y uno de los correlarios de

este principio básico es aquel que establece que siempre se debe aplicar la ley más favorable al trabajador ("in dubio pro operario"). En este caso, el artículo 1010 del Código de Comercio.

Aún cuando en el trasfondo de esta elaboración subyace el interés de toda la sociedad, no necesitamos, para arribar a esta solución, ni siquiera apartarnos de los principios kelsenianos, pues no se trata aquí de resolver según el "ars bonae et aequi"; por el contrario, el fundamento jurídico-positivo es indiscutible, pues se trata de una de las ideas troncales de la ciencia del derecho social.

Cuando, producida la unificación italiana, se extendió la vigencia de su código de comercio a todas las nuevas provincias, los trabajadores del mar de la Venecia Julia no se sometieron a sus normas: se les continuó aplicando la legislación austríaca, que resultaba más favorable para ellos.

En la República Oriental del Uruguay, cuyo código de comercio es idéntico al nuestro, la ley de accidentes de trabajo se dictó el 28 de febrero de 1941. Al plantearse un problema de relación entre ambas leyes similar al que estamos considerando, la solución ha sido unánime. Si bien es inversa a la argentina, por las características distintas de su ley de accidentes, posee este mismo fundamento. La sintetiza el profesor Mezzera Alvarez: "En caso de muerte o incapacidad permanente, los tripulantes o sus herederos pueden tener derecho a indemnizaciones superiores a las que establece el Código. Por consiguiente, sus artículos deben considerarse derogados, en todo cuanto sea pertinente, subsistiendo tan solo en cuanto acuerdan al tripulante derechos especiales que esa ley no ha previsto". ("Curso de Derecho Marítimo", 210.)

En el caso sub-limine, el propio Dr. Eisler, cabeza de la minoría en el fallo citado, admite que la aplicación del Código de Comercio favorece al trabajador, al permitirle obtener una indemnización acorde con el daño irreparable que ha sufrido; y no lo constriñe a los límites inactuales y desproporcionados de la ley de accidentes de trabajo.

VIII

Según Raymundo L. Fernández, hay que evitar gravar con exceso a los armadores nacionales. Nuestra flota naviera no se ha desarrollado todavía plenamente, y pesadas cargas conspirarían contra su consolidación.

Pero este argumento de tipo económico —que debe ser justipreciado en su cabal medida— no es óbice para que, entrando

en materia jurídica, y refiriéndose al criterio que debe emplearse para la correcta comprensión del artículo 1010 del Código de Comercio y sus correlativos, pueda decir "que en línea dogmática, y por principio, por tratarse de disposiciones cuya finalidad es la protección del trabajador, y en caso de fallecimiento, de su familia, deben interpretarse siempre a su favor, a efectos de establecer la amplitud de los beneficios que acuerdan" (op. cit., V, 231).

IX

La ley 9688 y las disposiciones del Código de Comercio sobre "gente de mar" constituyen dos regímenes completamente distintos e independientes.

El Derecho Laboral Marítimo ha sido realmente precursor de la moderna legislación social. Casi desde la Edad Media los marinos gozaron de especial protección, y de ciertos privilegios que estuvieron por mucho tiempo lejos de conocer los demás trabajadores.

Nuestro Código se inspiró indirectamente en las famosas Ordenanzas Marítimas francesas de Juan Bautista Colbert (1681), cuya redacción se atribuye a Levayer de Boutigny. Sus principios pasaron a los códigos holandés de 1826, y portugués, de 1866, que fueron la fuente inmediata de nuestra ley comercial en esta materia.

Haciendo un detenido examen de los caracteres del régimen preceptuado para los trabajadores del mar, tanto en nuestra legislación como en la extranjera —que sustancialmente coinciden— encontraremos rasgos distintivos y peculiaridades interesantes, que subrayan su singularidad.

X

Objetivamente, la relación de trabajo entre armador y marino, no difiere de la relación laboral común: una parte pone su capacidad laborativa al servicio de otra; y ésta le retribuye en la forma estipulada.

Es el esquema típico de la relación de trabajo dependiente o subordinada, a título oneroso, del que participa el contrato de ajuste, que es, precisamente, el convenio que celebra el armador con la gente de la tripulación en virtud del cual ésta se obliga a prestar sus servicios en la navegación de mar o de río, mediante una remuneración (Diez Mieras, "Derecho de la Navegación", I, 212).

A poco que ahondemos, sin embargo, comenzarán a surgir las diferencias. En primer término, el marino se engancha para inte-

gar una organización productiva, con fines de lucro: la empresa marítima. Organización, por otra parte, en cuyos desenvolvimiento y pervivencia está interesada la nación.

Podemos agregar que se trata de una comunidad relativamente pequeña, sometida a riesgos y peligros que no son corrientes, que se gobierna con disposiciones jerárquicas y disciplinarias tan rigurosas como no es dable encontrarlas en otros contratos colectivos o individuales de trabajo. Es que la disciplina de esta relación debe adecuarse forzosamente a la modalidad productiva de la actividad náutica.

Entre la variedad de funciones que desempeña, el capitán tiene por ley carácter de autoridad pública. Estos poderes y prerrogativas, que no admiten limitaciones, y lo convierten en buena medida en una especie de jefe militar, tienen un neto contenido de derecho público.

Y no hay que olvidar, pues es fundamental, la técnica específica de la navegación, que es, en suma, el venero donde se originan las distintas facetas que otorgan su autonomía al contrato de ajuste; y que lo distinguen de los demás contratos del derecho del trabajo y del derecho civil.

Dos son los elementos capitales que particularizan a la relación de trabajo marítimo, según Andrea Torrente ("I Contratti di Lavoro della Navigazione", 107), a quien hay que seguir cuando se abordan estos puntos, pues quizás sea la opinión más autorizada al respecto, por la profundidad y amplitud de sus estudios:

1. El carácter público de la actividad marítima; y,
2. El tecnicismo de la materia.

El entrelazamiento entre normas que por su naturaleza pertenecen al derecho público, y normas que son de derecho privado, que es estrecho, y uno de los aspectos más notables del sistema—existiendo en todas las legislaciones— no es, como podría parecer, un efecto del segundo elemento. La técnica puede influir sobre el contenido de la norma, pero no determinar su naturaleza de un modo tal que la convierta en norma de derecho público o privado. Es precisamente en función del interés protegido que estará determinada la naturaleza de la regla jurídica.

XI

Hemos sentado técnicamente la distinción, la diferencia de naturalezas entre la relación jurídica de derecho laboral marítimo y la relación jurídica de derecho laboral y de derecho común. Si analizamos las disposiciones de nuestro derecho positivo, ha-

haremos también los rasgos distintivos de la materia de nuestra consideración.

Nuestro Código ha implantado a bordo un sistema especial, al que aludíamos "ut supra". Por ello, ha podido decir certeramente la jurisprudencia (L. L., 43-312) que "la seguridad del navío y por lo tanto la del pasaje, de la tripulación y de la carga, preside perfectamente las prescripciones que el legislador ha adoptado para reglar la navegación en todos sus aspectos. La naturaleza del trabajo a bordo de un buque, sobre todo cuando éste se encuentra en navegación, y las obligaciones que impone a los tripulantes, son fundamentalmente distintas de las del obrero de la industria o el comercio terrestres, de la misma manera que las de éste difieren del trabajador rural. A ello se debe la regulación minuciosa del Código de Comercio. Hay prescripciones que sólo allí pueden tener cabida".

Así, los artículos 988 y 989 se refieren a la dación de alimentos, a la prohibición de salir del buque sin licencia del capitán so pena de perder un mes de sueldo, no sacar del buque su equipaje sin que sea inspeccionado por el capitán, obedecer sin contradicción a éste y a los demás oficiales, abstenerse de riñas, embriaguez o cualquier otro desorden, bajo las penas establecidas en los artículos 906 y 991, auxiliar al capitán en caso de ataque al buque, o desastre que sobrevenga al buque o a la carga, conducir a seguro surgidero y amarrar el buque si el capitán lo exigiere, ayudar a su equipo y cargamento.

El artículo 991 prescribe que el hombre de mar, después de matriculado, no puede ser despedido sin justa causa, considerándose justas causas de despido: a) la perpetración de cualquier hecho o delito que perturbe el orden del buque, la reincidencia en insubordinación o falta de disciplina o de cumplimiento del servicio que le corresponda hacer; b) embriaguez habitual; c) ignorancia del servicio para el que hubiere sido contratado; y d) cualquier ocurrencia que inhabilite al hombre de mar para el desempeño de sus obligaciones, con excepción de los casos que prevee el artículo 1010. (Como se observa, el texto legal difiere del artículo 159 del mismo cuerpo —ley 11729— que regula la injuria laboral, dejando librada a la apreciación judicial una interpretación amplia sobre su concepto). El artículo 993 fija el régimen indemnizatorio a que están sometidos los tripulantes despedidos sin justa causa, estableciendo que la indemnización consistirá en el tercio de los salarios que el despedido habría verosimilmente ganado durante el viaje, si se lo despide antes de salir del puerto de la matrícula; y en el importe de los sueldos que habría percibido desde la despedida hasta el fin del viaje y gastos de retorno, si ha sido despedido en el curso del viaje. El artículo 994 permite considerarse despedidos a los oficiales y hombres de

la tripulación, antes de empezado el viaje, si el capitán altera el destino estipulado, o la República entra en guerra marítima después del contrato, hay noticia cierta de peste en el lugar de destino, muere el capitán o es despedido, o si contratados para ir en convoy, éste no se realiza.

Otras disposiciones fijan normas respecto a salarios por enfermedad, accidentes, muerte, horas extras, trabajos extraordinarios, maltrato a la tripulación, matrícula o rol, prisión del tripulante que abandona el buque, revocación del viaje, captura del buque, etc.

XII

Hecho el estudio precedente, debemos fatalmente arribar a la conclusión clara e inequívoca que ya expresáramos en el acápite I: las normas sobre "gente de mar" contenidas en el Código de Comercio, constituyen un estatuto especial, que regula todo lo referente a los distintos aspectos del trabajo marítimo; y pertenecen al Derecho del Trabajo.

En una próxima reforma deberán ser extraídas del Código de Comercio —conjuntamente o no con el resto del libro III, según cual fuere el criterio que se adopte— e incluidas en la sección de Estatutos Especiales del Código de Trabajo y Seguridad Social cuya sanción prevé el artículo 67 inciso 11 de nuestra Constitución Nacional.

XIII

No fue el propósito de la ley 9688 modificar ni reglamentar el Código de Comercio. Aun cuando Fernández ha sostenido lo contrario, es bien sabido que la sanción de la ley de accidentes se debió a la necesidad de adecuar la protección que se debía a los trabajadores frente al desamparo en que los colocaban las disposiciones del Código Civil, dictadas en una época en que la industrialización, la masificación de la clase obrera, los fenómenos del maquinismo, no provocaban ninguna reacción en el cuerpo social, que apenas los vislumbraba.

Es por ello que la ley 9688 es complementaria del Código Civil. Así lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *in re* "Arrieta, Francisco c. Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles": "la ley 9688 es de derecho común, ampliatoria y modificatoria del Código Civil" (L. L., 7-211); y lo ha reafirmado la Cámara Civil Primera: "la ley 9688 forma parte del Código Civil; es ampliatoria de su contenido (*in re* "Gausman, José c. Establecimientos Klockner S. A.", del año 1944, fallo en el cual dijo

también el vocal Dr. Tobal que "el legislador debió llenar lo que resultaba un vacío en el Código"; L. L., 6-944).

Coincidimos plenamente con José María Rivas, quien, conforme con estos principios, dice que por aplicación de la norma I del Título Preliminar del Código de Comercio, la ley 9688 —considerada como norma de fondo— sólo puede ser aplicada para los casos que no estén especialmente regidos por dicho Código ("El Riesgo Social del Trabajo", 38).

XIV

Tal como lo ha establecido reiterada jurisprudencia, las normas generales se aplican a los casos concretos, siempre que no haya disposiciones especiales que los contemplen. Sería absurdo e ilógico pretender lo contrario; y ése es el sentido del tan conocido fallo plenario de la Cámara del Trabajo en la causa "Pisani, Domingo c. Cía. Argentina de Pesca" (D. T., XII, 696), referente a la aplicación de la ley 11729 y el decreto 33302/45 (ley 12901) a la "gente de mar".

Como lo destaca acertadamente Obarrio, hablando del artículo 1010, su especificidad es tan grande, "a tal punto propia de la navegación, que los gastos para solventar los beneficios que consagra son tratados por el Código como averías en punto a la forma en que deben ser soportados" ("Derecho Comercial", III, 179).

No existe tampoco en nuestro caso, ninguna manifiesta disposición legal que fundamente la sustitución de la ley especial por la general, reemplazo que evidentemente importaría cercenar un derecho expresamente reconocido, como lo señala Machera (voto in re "Rubin").

XV

La enumeración del artículo 2º de la ley 9688 es taxativa (Fernández Gianotti, nota en Adla, 1889-1919, 975), y no incluye los riesgos de la navegación.

En cuanto al inciso 8, la declaración que allí se requiere nunca se ha efectuado.

Más discutido es lo relativo al inciso 4. El problema se suscita por el término "transporte". Como no hace la ley ninguna distinción sobre si es terrestre o marítimo, los sostenedores de la tesis restrictiva lo extienden a ambos modos, amparados por el inciso 4º del artículo 7º del decreto reglamentario. Se les ha contestado con dos contundentes argumentos:

- a) El transporte a que se refiere el inciso 4º del artículo 2º

de la ley 9688 es el regulado en el Libro I del Código de Comercio; y sólo comprende el que se realiza por agua en la medida en que lo prevé el artículo 206. Para las restantes formas de transporte marítimo (el que no se realiza por las pequeñas embarcaciones allí enumeradas) se aplican las disposiciones del Libro III (Situra, "Comentario del Código de Comercio", III, 306).

b) Nuestra ley de accidentes se inspiró principalmente en la ley francesa del 9 de abril de 1898, la que incluía en su enumeración el transporte por tierra y por agua. La interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia galas dieron a este precepto fue, que sólo comprendía al transporte terrestre y fluvial. Todo el personal de las empresas marítimas escapa completamente a la regulación de la ley de 1898 (Sachet, "Tratado", IV, 44), pues según la economía del código de comercio francés, la expresión "empresas de transporte por tierra y por agua" no es de aplicación a los transportes marítimos.

XVI

La legislación comparada ha manifestado lentamente su tendencia hacia una regulación autónoma de todo cuanto concierne al trabajo de la "gente de mar". A pesar de ello, uno de los textos más modernos, el "Codice della Navigazione", italiano, de 1942, no ha conferido categoría independiente a la legislación de la labor marítima, a la que son aplicables, a más de las normas en él contenidas, otras regulaciones dispersas, como las normas corporativas de las disposiciones preliminares del "Codice Civile".

El primer país que dictó un código uniforme para regir el trabajo marítimo fue Alemania ("Seemannsordnung, 1902). Lo siguieron Estados Unidos de América ("Seamen's Act", 1915), Francia ("Code du travail maritime", 1928) y Bélgica ("Engagement des gens de mer", 1928).

En todos ellos se tratan los derechos y obligaciones de la "gente de mar", incluso en cuanto a las enfermedades y accidentes inculpables que pudieran sufrir, haciendo abstracción de la ley especial sobre la materia.

La Segunda Conferencia Internacional del Trabajo, que se reunió en Génova, en 1920, ha señalado la necesidad de que cada gobierno codifique las leyes y reglamentaciones de su país atinentes al trabajo de mar, por medio de un cuerpo legal o "estatuto nacional de los marinos". A su vez, la efectuada el año anterior en Washington había resuelto que lo relativo al trabajo marítimo debía tratarse en reuniones especiales, que no se ocuparan del trabajo terrestre.

XVII

En Italia, hubieron también acaloradas disputas respecto de la aplicación a los trabajadores marítimos de las disposiciones de las leyes de derecho común. La jurisprudencia fue contradictoria, hasta que, considerando las características técnicas particulares de la relación laboral marítima, el Real Decreto del 6 de febrero de 1936 sustrajo expresamente el contrato de ajuste de las normas que regían el contrato de trabajo subordinado ordinario, y estableció una regulación propia, que acentuaba los elementos públicos del contrato. También se decidió allí que el Real Decreto del 13 de noviembre de 1924, que contenía las normas generales sobre empleo privado no se aplicaba al capitán de buque.

XVIII

En Estados Unidos, el régimen sobre esta materia ha sido creado —naturalmente— por las decisiones jurisprudenciales. El primer caso —precursor— fue el del buque "The Osceola" (1903).

El marino accidentado puede:

1. Demandar según la ley común marítima, basado en el estado de innavegabilidad del buque. El juicio se tramita ante un tribunal marítimo.

Esta acción, que es la de derecho común, fue elaborada en el fallo citado, y es la utilizada hoy casi exclusivamente.

El término "innavegabilidad" tiene una extensión inusitada. La jurisprudencia lo extiende a toda culpa en la navegación y en el manejo técnico del buque.

2. Demandar, según la Jones Act, basándose en la culpa del armador. El juicio se desarrolla ante un jurado.

Como los tribunales no contemplan los casos en que había negligencia del capitán, o de cualquier otro tripulante del buque, fue necesario en 1920 dictar la ley citada, que textualmente dice: "Cualquier tripulante lesionado durante la vigencia de su contrato de ajuste, así como los derechohabientes de cualquier tripulante fallecido como consecuencia de esas lesiones, puede ejercitar una acción por reparación del daño sufrido, aplicándose en ese caso las disposiciones referentes a lesiones del personal de los ferrocarriles". Estas disposiciones autorizan el pago de indemnizaciones en los casos en que ha habido las negligencias mencionadas.

3. Demandar acumulando ambas acciones.

4. Demandar las sumas que le corresponden por manutención, asistencia y salarios, independientemente de aquéllas a que

tiene derecho en concepto de indemnización, y que puede perseguir por las tres vías anteriores.

XIX

Algunos de los proyectos nacionales tratan el tema. No hay uniformidad en cuanto a su enfoque.

Así, el "Proyecto de Código del Trabajo" que presentó al Congreso el Poder Ejecutivo en Junio de 1921 (atribuido a Unsain), en el Capítulo Único (Trabajo de Marinos) de su Título VII, contiene un artículo que dice: "Las disposiciones del presente Código no se entenderán como derogatorias de los beneficios y derechos que el Código de Comercio consagra para los tripulantes y gente de mar".

Por su parte, el "Proyecto de Ley General de la Navegación", que elaborara en 1962 el Dr. Attilio Malvagni, por encargo del Poder Ejecutivo Nacional, realiza un novedoso distingo entre la situación que posee el tripulante mientras se encuentra en el puerto de matrícula, y luego de la zarpada del buque. En el primer caso, no hay ninguna diferencia entre el tripulante y un obrero terrestre, por lo que aplica entonces las disposiciones de la ley 9688, pero cuando el buque ha levado anclas, empieza a jugar la condición de hombre de mar del tripulante, con todas las peculiaridades inherentes a su tarea, por lo que le es de aplicación un sistema propio en materia de lesiones y enfermedades (Malvagni, "Proyecto", 9°).

También innova respecto al régimen de las indemnizaciones, pues se remite a la ley de accidentes. Dice así el artículo 656 del Capítulo IX (De las lesiones, enfermedad y muerte del tripulante) del Título Único del Libro III (De las normas laborales): "Las indemnizaciones que corresponden a los tripulantes por las incapacidades resultantes de accidentes o enfermedades están sometidas al régimen de la ley respectiva". Explica el autor que "no hay razón para observar la indemnización legislada en el art. 1010 del Código, que fue concebida en época en que no existían las actuales leyes sociales".

XX

La mutilación, en definitiva, aparte del problema de la indemnización a que da lugar, es también una de las formas en que el contrato de ajuste termina.

Los autores italianos realizan una clasificación valiosa sobre los distintos modos de finalización de la relación de trabajo marítimo.

Así, para Torrente (op. cit., 208) y Santoro Pasarelli ("Nozioni", 115) son dos:

1. Extinción o cesación: cuando la causa del contrato se ha realizado; comprendiendo aún la resolución unilateral del contrato a tiempo determinado.

2. Resolución: cuando una de las prescripciones correlativas no se cumple, o sobreviene algún hecho que lo impide; o sea cuando no puede realizarse la causa del contrato.

Greco ("Contratto di Lavoro", 374), a su vez, hace esta diferenciación:

1. Extinción normal: la relación cesa por haber transcurrido el tiempo o haberse cumplido el fin preestablecido al momento de su nacimiento.

2. Resolución: ocurre cuando un hecho accidental impide la continuación de la relación, aun cuando haya sido previsto por la ley o por las partes al contratar; se trata de un acontecimiento futuro e incierto.

ESCRITOS JUDICIALES

ESCRITURAS DE "PODER ESPECIAL",
"CONTRATO DE MUTUO CON HIPOTECA
EN PRIMER GRADO" Y "TRANSFERENCIA
DE FONDO DE COMERCIO": (Algunas nociones
elementales de práctica notarial) *

HORACIO N. GARCÍA MELE

Al encarar este trabajo para mostrar como se pasan las escrituras al protocolo notarial, señalando los conocimientos rudimentarios en la materia, lo hemos efectuado con el convencimiento de la necesidad que los estudiantes de Abogacía conozcan este aspecto práctico, pues en el ejercicio profesional no son pocas las veces que deben relacionarse con la función notarial.

No así respecto a quienes cursan la carrera de Escribanía, por cuanto los cursos de trabajos prácticos pertinentes los impondrán en forma completa y acabada de estos conocimientos.

Recordemos que de acuerdo a la ley 12.990 de 1947, que regula las funciones del Notariado, el escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueran encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularan o expusieren, cuando para ello fuera requerida su intervención.

* El Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos agradece al autor de este trabajo su colaboración, porque a solicitud del mismo ha preparado y anotado estas escrituras.

Por otra parte, es de señalar el valor de las notas a pie de página ya que son contribuciones personales que aclararán muchas dudas al lector.

PROTOCOLO NOTARIAL *

Ley 12.990

A 1.008.001 †

PROTOCOLO PERTENECIENTE AL REGISTRO DE CONTRATOS PUBLICOS NUMERO 800 CORRESPONDIENTE AL AÑO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE. ‡ — — — — —

§
En fecha 23 de febrero de 1967 expedí primer testimonio para el mandatario en dos fojas N.ºs. 1335 y 1476. — Conste. —

PODER ESPECIAL: RO-CALI, Juan a favor del doctor Héctor POY. §

ESCRITURA NUMERO UNO. — En la ciudad de Buenos Aires, Capital de

la República Argentina, a los dos días del mes de febrero de mil novecientos sesenta y siete, § ante mí, escribano autorizante, comparece don Juan ROCALL, § quien expresa ser soltero, comerciante, mayor de edad, argentino, con domicilio en la calle Castro 931 § de esta Capital, cédula de identidad número 1.008.000 § expedida por la Policía Federal, vecino hábil, de mi conocimiento doy fe, y dice: Que confiere PODER ESPECIAL a favor del doctor § Héctor POY para que en

* Los sellos que componen el protocolo se adquieren en el Colegio de Escribanos, que lleva un control por Registro de la numeración correspondiente a los cuadernos, acostumbrándose a llamar dicha diligencia "rubricación del protocolo". De acordó con la ley 1.893. Con ellos deben formarse cuadernillos de diez fojas, cada una de las cuales debe estar foliada en forma sucesiva —en número y letras—, § debiendo coincidir con la cifra final del sello. §

† Forma en que se realiza la apertura del protocolo cada año en el primer folio. A continuación de la última escritura del año se efectúa el cierre del mismo, en el cual el escribano certifica que en el curso de dicho término en ese protocolo se han otorgado x escrituras, x no pasó, y x erróse, habiendo terminado el oficio en el folio número x, tras lo cual estampa sello y firma.

‡ Mensuete. Este vocablo se identifica con la determinación, al comienzo de la escritura, del carácter o tipificación de la misma y los comparecientes.

§ La fecha de la escritura debe expresarse en letras por ser parte esencial de la misma.

¶ Todas las letras del apellido de los comparecientes deben ir en mayúsculas, teniendo por objeto diferenciar claramente el mismo.

§ Por no ser parte esencial de la escritura pueden escribirse en números. No así cuando lo fuera, en que debe serlo en letras (E. N.º 3).

¶ En las escrituras no se admiten las abreviaturas (E.): Dr. en lugar de doctor).

su nombre y representación inicie y continúe hasta su total terminación el juicio sucesorio de su madre Doña Carmen Pérez de Rocall. Al efecto lo faculta para que se presente ante los jueces del tribunal inferior o superior, tanto nacionales como provinciales que compete y ante la Dirección General Impositiva, con escritos, escrituras y demás documentos que fuere menester. Asista a juicios verbales, audiencias, interponga recursos legales o desista de ellos, firme documentos públicos y privados; acepte o rechace concordatas, nombre administrador de bienes, tasadores, rematadores, designe escribanos o peritos; tome posesión de los bienes, haga inventarios; pudiendo asimismo poner y absolver posiciones, prestar juramentos; pedir embargos, inhibiciones y levantamiento de iguales medidas; exigir u ofrecer fianzas; transar, apelar y renunciar a este derecho, tachar, recusar con o sin causa; aceptar la herencia con o sin beneficio de inventario; intervenir en la partición judicial o extrajudicial de los bienes hereditarios; pedir nombramiento de administradores de los bienes; impugnar testamentos y legados; cobrar, percibir y otorgar recibos; aceptar o rechazar cesiones de crédito; prorrogar y declinar de jurisdicción; aceptar o rechazar consignaciones; prestar cauciones; diligenciar oficios, exhortos, mandamientos y citaciones y finalmente, para efectuar todos aquellos actos necesarios para el mejor cumplimiento de este mandato que podrá sustituir.⁷ Leída que le fue se ratificó de su contenido, firmando ante mí de conformidad, doy fe.⁸

1
(uno) a

— Firma del compareciente —

ante mí:

Firma y sello del escribano

⁷ Si el poder fuere otorgado por una persona jurídica en este lugar generalmente se hacen constar los documentos que habilitan al compareciente para firmar en nombre y representación de la misma.

⁸ A la terminación de la escritura y de puño y letra del escribano deben salvarse los raspados, enmendaduras e interlineados en los cuales se haya incurrido al pasar aquella. Al final de lo cual se tira una línea recta y horizontal hasta las firmas.

<p>En fecha once de marzo de 1957 expedí primer testimonio para el acreedor hipotecario en dos fojas números 1456 y 1568.</p> <p>— Constae. —</p>	<p>Contrato de mutuo con hipoteca en primer grado: RUIZ, Carlos a favor de SOUTO, Angel. — — —</p>	<p>ESCRITURA NUMERO DOS.¹¹ En la ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los</p>
---	--	--

dos días del mes de marzo de mil novecientos sesenta y siete comparecen ante mí escribano autorizante por una parte don Carlos RUIZ, argentino, casado en primeras nupcias con doña Carmen Pozzi, con cédula de identidad número 1.400.000 expedida por la Policía Federal, domiciliado en la calle Montevideo número 1.090, y por la otra don Angel SOUTO, español, soltero, con cédula de identidad número 3.530.000 de la Policía Federal, domiciliado en la calle Bulnes número 1.030, departamento "A", ambos mayores de edad, vecinos, hábiles y de mi conocimiento, doy fe, que dicen:

Que por medio de la presente escritura formalizan un contrato de MUTUO CON GARANTIA REAL DE PRIMERA HIPOTECA, sujeta a las siguientes disposiciones: Primera: Don Angel SOUTO, en adelante el ACREEDOR facilita a don Carlos RUIZ, en adelante el DEUDOR, en calidad de préstamo la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS MONEDA NACIONAL DE CURSO LEGAL, que éste recibe en este acto en dinero en efectivo por ante el autorizante,¹² lo que se certifica, por cuyo motivo le otorga por medio de la presente

2
(dos)

¹¹ Nota marginal en la cual se deja constancia en la escritura matriz de la expedición de el o los testimonios de la misma, la que debe ser iniciada por el escribano. Es de buena práctica notarial y en algunas jurisdicciones es requisito exigible dejar sentado también en forma marginal y cuando la escritura versa sobre inmuebles, la inscripción en el Registro de la Propiedad que le cupo a la copia respectiva.

¹² Cada escritura se inicia en sello independiente o sea, que el principio general está dado por la imposibilidad que a continuación de una escritura se pueda comenzar otra en el mismo folio. En este trabajo por razones técnicas de impresión nos vemos en la necesidad de obviar dicha característica.

Por idénticas razones es que continuamos la misma como si estuviera contenida en su totalidad en un sello, cosa imposible en la realidad por su extensión.

¹³ El número de la escritura debe ser correlativamente ascendente (en el primer ejemplo — "Poder especial" — recordemos que llevaba el uno).

el correspondiente recibo y carta de adeudo en forma. — Segunda: El deudor se obliga a reintegrar este préstamo al acreedor en el plazo de dos años a partir del día de la fecha, préstamos que redituará el quince por ciento anual pagaderos por semestres adelantados quedando en este acto satisfecho el importe del primero de ellos, sirviendo la presente escritura de correspondiente recibo y carta de pago en forma. — Tercera: A fin de garantizar el importe de este contrato de MUTUO, el deudor grava con derecho real de HIPOTECA EN PRIMER GRADO la finca de su propiedad sita en la zona norte de esta Capital, calle Anchozona número mil cuatrocientos treinta, entre Arenales y Juncal, edificada en el lote número nueve de la manzana veintitrés con las siguientes medidas y linderos:¹² quince metros de fondo, lindando al Sur con el lote número cinco propiedad de don Juan Rufo, al Este con el lote número tres propiedad de don Luis Pines, y lindando al Oeste con el lote número ocho, propiedad de don Jorge Perez, NOMENCLATURA CATASTRAL: Circunscripción décimo-quinta, manzana veintitrés, sección segunda, parcela número nueve. — Cuarta: Con los certificados expedidos,¹³ entre ellos el del Registro de la Propiedad, que se agregan a la presente constan que no existen inhibiciones ni embargos, ni gravámenes de ningún tipo, ni derecho real alguno y que el dominio consta en la forma solicitada, no adeudando el deudor suma alguna en concepto de Impuesto de Contribución Territorial hasta el año 1960 inclusive; tampoco adeuda suma alguna por Impuesto de Obras Sanitarias, Alumbrado, Barrido y Limpieza, ni Afirmados, Cercos y Aceras, hasta el treinta y uno de diciembre del año en curso. LE CORRESPONDE por compra efectuada el 23 de octubre

¹² Las cantidades que se entregan por ante el escribano deben necesariamente expresarse en letras.

¹³ El destino y ubicación del inmueble debe expresarse con exactitud a fin de identificarlo precisamente, de acuerdo al estudio de títulos realizado por el escribano referencista en su caso, siendo su consecuencia la mayor celeridad en el trámite de inscripción ante el Registro de la Propiedad.

¹⁴ De acuerdo a las respectivas leyes impositivas los impuestos que gravan el inmueble deben estar pagos hasta fines del año de la escritura o sus últimos vencimientos. Para ello el escribano solicita los certificados de libre deuda ante los organismos pertinentes, que generalmente se agregan como cabeza de la escritura. Hay obligatoriedad de anexar al protocolo el certificado que sobre las condiciones de dominio expide el Registro de la Propiedad respectivo.

de 1980 a don Esteban Rico, según escritura pasada ante el escribano don Pedro Casal en el folio trescientos veinte del Registro número quinientos treinta a su cargo, cuyo testimonio fue inscripto en el Registro de la Propiedad al Tomo doscientos, Folio veinticinco, Zona Norte, número de finca veinte mil. — Quinta: El atraso del deudor en el pago del préstamo o de los intereses pactados implicará una multa penal del diez por ciento anual sin que se requiera interposición previa ya fuera ésta judicial o extrajudicial. — Sexta: El deudor debe pagar puntualmente los impuestos, tasas y demás contribuciones que le correspondan, así como también las que se produjeran mientras dure la garantía hipotecaria. — Séptima: El deudor no podrá realizar ningún contrato de locación, ni comodato durante el transcurso del tiempo en que el inmueble se encuentre gravado, salvo autorización expresa del acreedor. — Octava: El incumplimiento a todas o cualesquiera de las obligaciones anteriormente fijadas dará derecho al acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación, como si ésta fuera de plazo vencido, teniendo también derecho a exigir el pago de los intereses. — Novena: El deudor se obliga a asegurar el inmueble por un importe no inferior al monto del crédito en la compañía designada por el acreedor en favor de éste y dentro de un plazo de veinte días a partir de la fecha de escrituración. Bajo las cláusulas que anteceden Angel SOUTO, el acreedor, y Carlos RUIZ, el deudor, formalizan el presente contrato de mutuo con garantía real de primera hipoteca, obligándose entre ellos de acuerdo a derecho. Hace constar el escribano autorizante que la presente operación no se encuentra dentro de las reglamentadas por la resolución ochocientos veinticinco R de la Dirección General Impositiva.¹⁵ Leída que lo fue se ratifican de su contenido, y en prueba de conformidad firman como acostumbra por ante mí, escribano autorizante, doy fe.

Firman los comparecientes —

... ante mí:

firma y sello del escribano

¹⁵ La resolución 825 de la Dirección General Impositiva establece la obligatoriedad de acompañar a la escritura declaraciones juradas del número de inscripción en réditos de las partes intervinientes en las operaciones de venta e hipoteca cuando el valor de las mismas supere el monto que aquella establece (en el ejemplo transcrito el monto de la hipoteca no supera los \$ 500.000.— fijados por la citada resolución).

PROTOCOLO NOTARIAL

Ley 12.990

A 1.000.003

En fecha 23 de marzo de 1967 se expidió el primer testimonio en dos fojas números 1328 y 1321. — Consta. —

TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO: CASTRO, Hugo a favor de MORI, Carlos. — — —	ESCRITURA NUMERO TRES. En la ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a
--	---

los nueve días del mes de marzo de mil novecientos sesenta y siete, comparecen ante mí, escribano autorizando, don Hugo CASTRO, argentino, comerciante, soltero, mayor de edad, cédula de identidad número 2.800.090 expedida por la Policía Federal, con domicilio en la calle Paraná número 300 de esta ciudad, y don Carlos MORI, argentino, comerciante, casado en primeras nupcias con doña Marta Martínez, mayor de edad, con cédula de identidad número 2.120.005, expedida por la Policía Federal, con domicilio en la calle Pedernera 134 de esta ciudad, hábiles de mi conocimiento, doy fe, y el señor Hugo CASTRO dice: Que VENDE un FONDO DE COMERCIO ¹⁹ consistente en un almacén al por mayor denominado "El Trébol", sito en Camarú 524 de esta ciudad, al señor Carlos MORI, bajo el régimen de la ley once mil ochocientos sesenta y siete, incluyendo dicha venta las instalaciones y mercaderías según inventario practicado en fecha 28 de febrero de mil novecientos sesenta y siete, copia del cual se agrega a la presente. LE CORRESPONDE al vendedor por compra que hizo a don José González conforme a la escritura que pasó ante el escribano Juan Prato, titular del Registro de Contratos Públicos número ciento veinte, al folio diez, con fecha 20 de enero de 1965, de la que se tomó razón en el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Registro al Tomo X, folio quinto, número veinte del Libro de Transferencias de Fondos de Comercio. CON LOS CERTIFICADOS que agrega a la presente

3
(tres)

¹⁹ En caso de tratarse de la transferencia de un fondo de comercio existente en un local alquilado y sujeto a las disposiciones de la ley 16.739 deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de la misma en lo que respecta a las relaciones entre el propietario del inmueble y el que resultaría nuevo locatario a posteriori de la transferencia —en especial el art. 45 que establece la ratificación por telegrama colacionado al locador de la voluntad del propietario del fondo de comercio de venderlo y el derecho que tiene el locador de optar por la compra del negocio motivo del contrato.

se justifica que no existe deuda por aportes jubilatorias, que el vendedor se encuentra al día en el pago de los impuestos a las Actividades Lucrativas, y que se halla vigente el certificado de Habilitación Municipal;¹⁷ asimismo el vendedor manifiesta que todos los objetos y maquinarias comprendidos en el negocio, ya detallados en el inventario precitado, se hallan libres de todo gravamen prendario. En este estado el autorizante hace constar que se ha dado cumplimiento a la obligación de publicar edictos en el Boletín Oficial y el diario "La Nación", sin haberse registrado oposiciones, cuyos ejemplares se agregarán al expediente que se tramitará para inscripción en el Registro Público de Comercio. BAJO TALES CONCEPTOS la presente venta se realiza por la suma total y convenida de CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA NACIONAL DE CURSO LEGAL, pagaderos al contado,¹⁸ de los cuales el vendedor recibió un millón quinientos mil pesos moneda nacional con anterioridad y el saldo, o sea la suma de tres millones quinientos mil pesos de igual moneda los recibe en este acto sirviendo la presente de suficiente recibo y carta de pago en forma. En tal virtud el señor Hugo CASTRO cede y transfiere en plena posesión y dominio a favor del señor Carlos MORI el mencionado fondo de comercio, quien acepta en este acto, agregando el vendedor que se compromete a no establecerse con un negocio similar en un radio de diez cuadras. Leída que las fue se ratificaron de su contenido firmando ante mí, de plena conformidad, dov fe.

firman los comparecientes -

ante mí:

firma y sello del escribano

¹⁷ En caso de no tener certificado de habilitación deberá pedirse a la Municipalidad, así como certificar del Instituto de Previsión Social que está al día con los aportes a las Cajas o que no tiene personal.

¹⁸ Si el precio no se abona totalmente al contado, como en este ejemplo, deberán establecerse las modalidades a las cuales se ajustará el pago del saldo (Ej. la mora de pleno derecho por el simple vencimiento de los términos que hará exigible la totalidad de la suma adeudada; la competencia de los tribunales que van a intervenir en el litigio, etcétera).

En el supuesto que por el saldo se otorguen pagarés deberá dejar constancia el escribano en cada uno de ellos que corresponden al saldo de precio documentado en la escritura —a los efectos fiscales correspondientes—, evitando así la superposición de impuestos.

En lo que respecta a las consideraciones de carácter general, nos remitimos a los principios expuestos en las notas precedentes que corresponden a las dos primeras escrituras redactadas.

UNIVERSITARIAS

A PROPOSITO DE UN PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

IGNACIO WINICKY

Profesor Titular (I) de Derecho Comercial II

"Quien escribe sobre educación cae en un dilema de hierro. Por una parte, no puede evitar decir lugares comunes, porque nada nuevo puede decirse sobre el tema; pero además tampoco puede evitarlos porque las lecciones que ellos implican aun no han sido aprendidas y por lo tanto es necesario repetirlos..."

"...el Comité de Enseñanza Superior dirigido por Lord Robbins, cuyo monumental informe orientará a las universidades británicas por el resto del siglo, se basa sobre dos premisas inamovibles. Una, que la amplitud y formas del sistema británico de educación superior debe establecerse conforme con la presión de los candidatos que deseen incorporarse al sistema y no de acuerdo con la "succión" que los empleadores hacen de los graduados ni tampoco —como hasta ahora ocurría en Gran Bretaña— conforme con los juicios y prejuicios del sistema. La segunda premisa fundamental del Informe de Robbins es el principio de que iguales esfuerzos deben recibir recompensa académica..."

SIN ESC. ASMY

I. — El ilustre profesor de la Universidad Autónoma de México, Dr. Raúl Cervantes Ahumada, acaba de redactar un anteproyecto sobre una reestructuración "ad integrum" de los estudios de derecho.

Este anteproyecto se hace cargo de la necesidad imperiosa de dejar los cauces tradicionales de la enseñanza del derecho. Ellos han sido superados por las complejidades y características de la sociedad de nuestros días, el influjo de la revolución técnica producida en los últimos decenios, la aceleración cósmica del proceso social y económico que se desarrolla ante nosotros mismos sin que podamos aprehenderlo en todo su alcance.

No en vano el hombre y su mundo viven en una inseguridad excepcional, dominados por el temor cuando no por el pánico y reaccionan en masa e individualmente, en muchos casos, a ciegas, en forma primitiva.

Apenas se atisban los problemas pero no se logran formular soluciones, que además de ser teóricamente factibles incluyan algo que aparezca tan lento en su obtención y que frustra toda aparente posibilidad de éxito: la adecuación de la conducta humana, de la mentalidad del hombre, de su diáspora emotivo, de su capacidad de comprensión.

Aquí y allá se logran, en muchos aspectos, soluciones parciales que parecerían probar que los sectores envueltos en ellas son capaces de aunar solución teórica con aplicación práctica. Aquí y allá son muchas las fórmulas de solución, las frustrantes aplicaciones de la misma y la reelaboración una y otra vez de las búsquedas de salidas que beneficien al individuo en sociedad.

II. — En el ámbito del derecho la fuerza de la tradición se hace sentir con enorme peso y la adecuación es muy lenta y penosa.

Los elementos tradicionales, en el laboratorio científico de los institutos de enseñanza del derecho, son los libros y las revistas.

Ello implica larga elaboración, lenta posibilidad de conocimiento.

En los países latinoamericanos entre otros, la labor de investigación del jurista es un lujo intelectual que se sustenta en un quijotismo imprescindible, pero que no siempre basta ante las exigencias económicas de la vida cotidiana.

La organización profesional no admite fácilmente la vieja pasantía, pues la actividad jurídica profesional se manifiesta en marcos cada vez más heterogéneos.

Poco se ha trabajado en muchas partes del mundo y especialmente en los países latinoamericanos, sobre pedagogía jurídica.

En Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica, el hombre de derecho amén de poder ser abogado, juez o estudioso en general, puede dedicarse íntegramente a la docencia, ya que su dedicación es remunerada de manera tal que le permite un adecuado nivel de vida. Son constantes sus posibilidades de utilizar un instrumental bibliográfico permanentemente puesto al día y de fácil acceso. También le es fácil el contacto personal con los demás investigadores y docentes y muchas veces con los problemas vivos de su interés a través de los dictámenes y pericias que se le requieren.

Todo esto es aún casi utopía en nuestros medios.

Ello incide en la preparación de los docentes como tales, en la dificultad de ir adecuándose a las nuevas exigencias del mundo del derecho y a la propensión a seguir cauces tradicionales.

Por ejemplo, es casi unánime la necesidad de la unificación de las obligaciones y contratos, pero muchos de sus sostenedores se resisten a modificar sus enseñanzas en las Escuelas de Derecho, frenados por la formación clásica de su enseñanza y la necesidad de forzar su adecuación de conocimientos a ese nuevo enfoque sistemático. Nótese que en este aspecto hablamos sólo de sistematización y no de creación o adecuación de nuevas exigencias de la vida actual y del futuro inmediato.

La tradición y el temor a la experimentación, a lo nuevo, hacen el resto.

Cabe señalar que el Proyecto que comentaremos elimina las clasificaciones y lo mismo se ha hecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires en los cursos de Derecho Privado. En punto a sistematización legislativa —hemos de señalar— que en el Brasil se ha redactado un Código de las Obligaciones que no hace distinción y se integra con una parte sobre títulos de crédito en general y particular.

Otros fenómenos modernos importantes inciden en la enseñanza universitaria, que son comunes a la enseñanza del derecho:

a) La gran afluencia de alumnos, que nosotros consideramos un signo positivo que debe alentarse adecuando la enseñanza y los medios de comunicación a este magnífico fenómeno cultural;

b) La especialización, que llega a grados insospechados, que si bien es impuesto por la vida técnica, económica y social, debe ser encarada de tal manera que sus defectos de unilateralidad se vean neutralizados en lo posible;

c) La distancia cada vez más pronunciada entre el teórico y el práctico; en nuestro caso entre el jurista y el abogado y que merece igual comentario y tratamientos.

Un planteo integral del estudio del derecho es pues un evento que merece la máxima atención y un examen crítico. El valor de experimentación al que todos debemos forzarnos es incalculable y debemos afrontarlo sin prejuicios sobre sus resultados hasta que haya habido alguna decantada experiencia propia.

III. — El proyecto que queremos dar a conocer y sobre el cual tejemos estas líneas, comienza ocupándose del Profesorado:

"Art. 1º: Los profesores serán: a) eméritos; b) titulares numerarios; c) titulares ordinarios; d) ayudantes; e) interinos. -

Art. 2º: Los profesores a que se refieren los incisos del b al e

del artículo anterior podrán ser: a) de tiempo completo; b) de medio tiempo; c) libres. - Art. 8º: La jornada de profesores de tiempo completo será de 40 horas semanales, que se repartirán entre horas lectivas, que no podrán ser más de 18 a la semana y en trabajos adicionales de servicio docente, según sus contratos respectivos y las encomiendas que haga la Dirección de la Facultad. Los profesores de tiempo completo no podrán dedicarse a otras actividades remuneradoras, salvo las de consulta jurídica y las de producción de obras científicas o literarias. - Art. 4º: La jornada de los profesores de medio tiempo será de 20 horas a la semana, que se repartirán entre horas lectivas que no serán superiores a 12 semanales, y las funciones que les encomiende la Dirección de la Facultad. - Art. 5º: Los profesores eméritos serán designados por el Consejo Universitario, a proposición del Consejo Técnico de la Facultad. - Art. 6º: Para ser designado profesor emérito se requiere: a) ser profesor titular con antigüedad no menor de 20 años de titularidad; b) ser mayor de 60 años; c) haber producido obras jurídicas escritas de reconocida utilidad para la docencia universitaria. - Art. 7º: El Profesor Emérito no tendrá señalado horario predeterminado y sólo tendrá la obligación de impartir un curso libre sobre el tema que él designe, con una extensión no menor de quince lecciones en un ejercicio escolar. - Art. 8º: Los profesores titulares numerarios serán designados por el Consejo Técnico de la Facultad, como resultado de concursos de méritos. La resolución del Consejo Técnico será recurrible ante el Consejo Universitario. - Art. 9º: Los profesores titulares numerarios impartirán no más de 8 horas semanales de clase y no tendrán obligación de asistir a los exámenes ordinarios. - Art. 10º: Para ser profesor titular ordinario se requiere: a) Poseer título académico cuando menos de la categoría de Licenciado en Derecho; b) ser de reconocida honorabilidad; c) ser aprobado en el correspondiente examen de oposición. - Art. 11º: Los profesores ayudantes e interinos serán designados por el Consejo Técnico a propuesta del Director de la Facultad. - Art. 12º: Para ser profesores ayudantes e interinos se requerirá poseer título académico cuando menos equivalente a Licenciado en Derecho y poseer la capacidad suficiente, a juicio de las autoridades designantes. - Art. 13º: En caso de urgencia, el Director de la Facultad nombrará los profesores interinos que sean necesarios; pero su designación deberá ser sometida a Consejo Técnico en su sesión inmediata. - Art. 14º: Tanto los profesores titulares como los interinos encargados de grupo tendrán a su cargo la enseñanza de sus respectivas materias y la responsabilidad de dirigir los trabajos académicos y prácticos de los grupos correspondientes. - Art. 15º: Los profesores encargados de grupo deberán tener cuando menos un ayudante por cada 30 alumnos. - Art. 16º: La enseñanza se someterá a un determinado plan de estudios."

1º) Nosotros hemos venido sosteniendo en la cátedra y en las publicaciones y conferencias que la responsabilidad de la mayor parte de las deficiencias que se atribuyen a nuestras Universidades y en especial a las Facultades de Derecho (las más conformistas de todas, grave pecado científico y docente) recae en los profesores.

No se es Maestro ni Profesor, por el hecho de tener un título y de dictar, aunque sea brillantemente, las clases que reglamentariamente se le exigen.

El profesor debe además despertar en cada momento y a todos y cada uno de sus alumnos, un auténtico interés en los puntos fundamentales de su materia y no hay disciplina que no tenga fascinantes aspectos que no pueda atraer la atención del más indiferente de los jóvenes que cursan el estudio universitario.

Ya sea que el profesor monologue o establezca un diálogo verbal con sus alumnos, igual será profesor *stricto sensu*, si sabe vibrar, aun en los aspectos más áridos de su materia, la inteligencia, el interés y la inquietud intelectual del alumno.

En nuestras disciplinas lo fundamental es obligar al alumno a razonar y a saber que debe razonar de una manera específica acorde con los objetivos de la institución que tiene entre manos.

Es inútil e imposible hoy pretender enseñar o aprender en el marco de la Universidad todos los detalles de un instituto, ni necesidad que hay. Lo importante es que el estudiante aprenda a identificar los rasgos fundamentales, conozca los elementos esenciales, sepa aplicar a los casos particulares los principios que norman un instituto determinado y finalmente que sepa distinguir en la maraña de los hechos aquellos que son relevantes para su estudio o investigación o para determinar dónde está el conflicto y cuál es su solución.

Todo esto es de incumbencia del profesor que por último debe excitar el interés del alumno por los demás aspectos culturales que integran el campo social donde operan las normas de derecho y se producen los conflictos que hay que superar.

2º) De ese capítulo de profesores, claro y sistemático como toda la obra prelegislativa del Prof. Raúl Cervantes Ahumada, digamos que muy acertadamente excluye la participación de alumnos que cumplan tareas docentes.

El alumno tiene poco tiempo —por mucho que tenga— para cumplir con su función específica de estudiar y de vivir plenamente su juventud.

Ese vivir plenamente es fundamental para la formación del joven. Cuando decimos vivir plenamente la juventud, queremos significar el disfrute de las energías vitales que se desbordan

en la generosa atención a los problemas de la comunidad, en la avidez del conocimiento de los problemas técnicos de la hora, en la sed de la lectura, de las artes, en el cumplimiento del hoy im-postergable y útil autoabastecimiento, en el trabajo que le permita seguir sus estudios y satisfacer sus necesidades vitales, con la menor dependencia posible.—mientras no podamos brindarle la base económica para que "su trabajo sea su estudio", en los juegos del amor y del deporte, en fin, en vivir el mundo en el cual ha de actuar como profesional, como jurista, como juez o como profesor y no se horrorice cuando los bellos teoremas y las estructuras teóricas se enfrenten con la realidad.

Si el joven tiene vocación docente la puede usar entre sus compañeros, cuando trabajan en equipo y esto es lo más que puede aspirar, si sus compañeros se lo aceptan.

Esto que parece obvio, requiere que se diga, porque no faltan intentos de dar participación al alumno en la dirección de estudios de otros alumnos, como un recurso más de obviar las dificultades pedagógicas que resultan de la desproporción entre el número de alumnos —que nunca serán demasiados— y el de profesores.

3º) Otro aspecto de la tarea de los profesores, que parece apuntar en los artículos 14 y 15 del proyecto, es la distribución de tareas en la dirección del curso y el dictado de las clases.

En términos generales, el titular toma una parte proporcionalmente mayor de puntos del tema y los adjuntos otra. Muchas veces se rompe la coherencia de la enseñanza, tanto en la calidad cuanto en el enfoque.

Aunque nosotros no vemos mal que el alumno tenga que hacer el esfuerzo de recomponer el cuadro total de la materia y tenga la posibilidad de comparar, en una misma disciplina, distintos temperamentos, ideas, tipos de enseñanza, consideramos necesario reverter esa tradicional de impartir la enseñanza.

Ello porque de esa manera los grupos de alumnos son siempre o casi siempre muy grandes y se diluye el contacto personal entre maestro y alumno y porque la tarea del profesor titular no debe ser simplemente la doble del ayudante o adjunto.

La división de un curso en grupos de alumnos, cada uno a cargo exclusivo de un profesor, que por llegar a ser ayudante o adjunto, después de terminada la carrera docente o tener el cargo por oposición, tiene la calificación científica y pedagógica —por lo menos inicial— para desempeñarse en el total de una materia frente a un grupo estudiantil, parece que debiera ser la norma.

El Titular, amén de reuniones con sus ayudantes debe planificar el desarrollo del curso, para que sea homogéneo, deberá

asistir periódicamente a clases de sus ayudantes e intervenir activamente y debe cuidar que el interés del alumno se extienda a los demás aspectos culturales que integran el campo social donde operan las normas de derecho y se producen los conflictos que hay que superar.

4º) No se exige, en el plan que examinamos, que el profesor tenga el título de doctor. La realidad mejicana quizá dé la explicación.

Los estudios que llevan a la licenciatura están cargados de intención profesional. Los estudios de post-graduados son plenamente científicos.

Por eso es necesario que por lo menos el profesor tenga acreditada una labor de investigación superior, que culmine con el grado académico máximo.

De allí que el título de doctor debe ser una condición *sine qua non*, para ser profesor titular o adjunto.

Pero hay más. La Universidad debe enseñar a enseñar.

Enseñar no es ya, no debe serlo, una actividad intuitiva. La ciencia y la técnica de la enseñanza tienen sus propios principios, sus propios métodos y el doctor o el aspirante a doctor, deberán seguir cursos especiales que le muestren ese nuevo instrumental teórico y práctico.

Parece pues, que en las Escuelas de Derecho o en las Escuelas de Ciencia de la Educación o en cursos interdisciplinarios se tuviesen que hacer estudios específicos.

Establecer pues un curso de docencia como condición para acceder a los concursos de oposición, parece también una ineludible responsabilidad de la Universidad.

IV. — Respecto del currículum de los estudios Cervantes Ahumada proyecta:

II. — "Primer año: Primer semestre: Primer curso de Introducción Técnica al Estudio del Derecho Positivo (especialmente con orientación privatística). Primer curso de Teoría Económica (conceptos fundamentales). Primer curso de Principios de Derecho Romano (referencias históricas; personas; derechos reales; sucesiones). Primer curso de Sociología (sociología sistemática). Primer curso de Derecho Civil (estudio de las personas). - Segundo semestre: Segundo curso de Introducción Técnica al estudio del Derecho Positivo (con orientación especialmente publicística). Segundo curso de Teoría Económica (historia del pensamiento económico). Segundo curso de Sociología (sociología especial). Segundo curso de Principios de Derecho Romano (obligaciones y proceso civil). Segundo curso de Derecho Civil (derecho de fa-

milla). - Segundo año: Primer semestre: Primer curso de Teoría General del Estado (principios generales). Primer curso de Derecho Constitucional (teoría general). Tercer curso de Derecho Civil (régimen jurídico de los bienes). Primer curso de Teoría del Proceso (concepto de proceso; la acción; la jurisdicción y la competencia; las partes; la actividad procesal). Primer curso de Derecho Penal (conceptos generales; historia; la norma penal; teoría del delito; primera parte). - Optativas: (a escoger una): Primer curso de Historia del Derecho. Primer curso de Historia del Derecho Mexicano. Primer curso de Problemas Económicos de México. - Segundo semestre: Segundo curso de Teoría General del Estado (bases estructurales del estado moderno). Segundo curso de Derecho Constitucional (la estructura constitucional mexicana). Cuarto curso de Derecho Civil (régimen jurídico de las sucesiones). Segundo curso de Teoría General del Proceso (desarrollos del proceso; la postulación; la prueba; la sentencia; los recursos; los incidentes; la ejecución; la jurisdicción voluntaria). Segundo curso de Derecho Penal (teoría del delito, segunda parte). Segundo curso de la materia optativa pagada en el primer semestre. - Tercer año: Primer semestre: Quinto curso de Derecho Penal (obligaciones, primera parte). Tercer curso de Derecho Penal (los delitos en particular, primera parte). Primer curso de Derecho Administrativo (la administración pública; fines y funciones del estado; los servicios públicos; el acto administrativo; las formas de organización administrativa; centralización y descentralización). Régimen Jurídico de las Comunidades Indígenas Mexicanas. - Optativas: Primer curso de Derecho Procesal Civil. Primer curso de Derecho Procesal Penal. Primer curso de Derecho Procesal Laboral. Primer curso de Derecho Procesal Administrativo (procedimiento fiscal). Segundo semestre: Sexto curso de Derecho Civil (obligaciones, segunda parte). Segundo curso de Derecho Administrativo (las finanzas públicas y el patrimonio estatal; los principales organismos descentralizados). Cuarto curso de Derecho Penal (los delitos en particular, segunda parte). Derecho Tributario. Segundo curso de la materia optativa pagada en el primer semestre. - Cuarto año: Primer semestre: Primer curso de Derecho del Trabajo (conceptos generales; Historia; Derecho Individual del Trabajo; Previsión y Seguridad Social). Primer curso de Contratos Civiles Mercantiles (los contratos preliminares; la compraventa; el crédito documentario; la permuta; la donación; el mutuo; el comodato; el arrendamiento) Primer curso de Principios Generales del Derecho Mercantil (historia y características del Derecho Mercantil; la materia mercantil; los actos de comercio; el empresario; la empresa; sus elementos). Primer curso de Derecho Internacional Público (historia; conceptos fundamentales; el intercambio internacional; el espacio). Teoría General de las Garantías individuales y sociales. - Optativas: (a escoger una) Medicina Legal. Derecho

Minero, Derecho Municipal, Derecho Canónico, Contabilidad Aplicada al Derecho, Derecho Electoral, Estructura y Funcionamiento de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. - Segundo semestre; Segundo curso de Derecho del Trabajo (El Derecho Colectivo del Trabajo). Segundo curso de Contratos Cíviles y Mercantiles (El Mandato; El Depósito; El Secuestro; Los Contratos de Prestación de Servicios; El Fideicomiso; El seguro; La Asociación; Los Contratos Aleatorios; Los Contratos de Garantía). Segundo curso de Principios Generales de Derecho Mercantil (Las Sociedades Mercantiles). Segundo curso de Derecho Internacional Público (La Comunidad Internacional; El Sistema Interamericano; Medios de solución de los conflictos Internacionales). Amparo. - Opciones: (A escoger una) Derecho Especial. Problemas Jurídicos relativos a la Energía Nuclear. Principios Técnicos del Derecho Comparado. - Quinto año: Primer semestre: Primer curso de Derecho Internacional Privado (Naturaleza Técnica del Derecho Internacional Privado. La Nacionalidad; La Condición Jurídica de los Extranjeros). Primer curso de Derecho Agrario (Historia; Los conceptos fundamentales). Primer curso de Filosofía del Derecho (los conceptos fundamentales). Teoría Jurídica del Dinero y de los Tributos de Crédito. Técnica Legislativa. - Opciones: (A escoger una). Primer curso de Criminología. Primer curso de Derecho Marítimo. Primer curso de Derecho Militar. Primer curso de Derecho Aéreo. Formación de Documentos Cíviles y Mercantiles. Derecho Notarial. Quiebras. Derecho Bancario. - Segundo semestre: Segundo curso de Derecho Internacional Privado (Los Conflictos de Leyes; Los Conflictos de Competencia Judicial). - Segundo curso de Derecho Agrario (Estudio Exegético de la Legislación Agraria). Segundo curso de Filosofía del Derecho (Panorama del Pensamiento Jurídico). Problemas Jurídicos del Proceso de Integración Económica. Principios de Pedagogía Jurídica. - A escoger una de las cinco siguientes: Casos selectos de Jurisprudencia Civil. Casos selectos de Jurisprudencia Mercantil. Casos selectos de Jurisprudencia Laboral. Casos selectos de Jurisprudencia Administrativa. Casos selectos de Jurisprudencia Penal. - Opciones: (A escoger una): El segundo curso de la Materia Pagada como optativa en el primer semestre, o bien a escoger una: Principios Generales del Common Law y la Equity. Régimen de Propiedad en los Ordenamientos Jurídicos Socialistas. Estudio Exegético de las Reglas de Viena y de la Ley Uniforme de La Haya sobre Compra-venta de Bienes Muebles Corporales. Instituciones Jurídicas del Mercado Común Centroamericano. Estudio Exegético de los Tratados de Roma y Montevideo. Antecedentes y Estudio Exegético de la declaración universal de Derechos Humanos. Controversias Internacionales de México (El Fondo Privado de las Californias. La Isla de la Pasión. El Chamizal). - Artículo 179: El

plan de estudios podrá ser reformado por el Consejo Técnico por mayoría del 75 % de sus miembros."

Cinco años de estudios divididos en diez semestres son los que el plan requiere al estudiante de derecho para obtener su licenciatura, es decir su título de abogado. En este aspecto consideramos necesario una modificación que venimos pregonando desde hace mucho.

Por diversas razones, muchos estudiantes que inician sus cursos universitarios, los abandonan.

Ese abandono, casi siempre constituye una frustración. Esa frustración se acentúa con la falsa impresión que se ha perdido tiempo, energía y también dinero. Contra ello debe encontrarse remedio. Nosotros creemos que es necesario, que es justo y que es útil que quien ha efectuado parte de una carrera obtenga un grado universitario.

El egresado de un colegio de enseñanza media, sabe menos que quien entra a la Universidad y que aprueba materias en ella.

Ese saber más, esa mayor cultura, esa inversión en tiempo, energía y dinero de que hablábamos más arriba debe ser reconocida públicamente por el Instituto Universitario que corresponda, para que la colectividad lo sepa y para que el propio estudiante adquiera conciencia que ha escalado un peldaño, que tiene un bagaje intelectual, un instrumental técnico o cultural que le da cierta y determinada posibilidad en la lucha por la vida, en la actividad que ha de desarrollar en su vida extrauniversitaria.

Esto requiere que el plan de estudios esté de tal manera configurado que cada ciclo sea un escalafón homogéneo en el avance hacia la meta final y que pueda certificarse la capacidad adquirida al cumplir un determinado ciclo.

Ya sabemos que se teme al "tinterillo", al "idóneo", al que por haber entrado a la Universidad y cursado algunas materias tenga la habilidad o el desenfado de hacer como que sabe todo y que aprovecha del equívoco de un certificado o de un diploma. No creemos que sea una objeción válida.

Con o sin certificado, la honestidad se agranda o se achica.

Si el peligro existiere el remedio está en los colegios profesionales y no en la Universidad. Está en la comunidad, no en el Instituto que enseña.

Por otra parte es bueno que el mayor número de personas lleguen a la Universidad y adquieran, si se inclinan por los estudios del derecho, principios básicos de la organización jurídica de su comunidad y de la civilización en que viven. Ello les permitirá desenvolverse en el mundo con más confianza, con menos inse-

guridad, por lo menos en algunos de los aspectos que haya estudiado.

De allí que debiera establecerse un plan de estudios que, cumplido un año o dos lectivo la Facultad expidiera un Certificado de Estudios comprensivo de los conocimientos adquiridos, que en el tercero se obtuviera otra constancia y finalmente antes del de la licenciatura se pudiese obtener un tercer grado académico.

Llámsese p. e. al que cumple el primer año "Pre-Bachiller en derecho"; al que finaliza el segundo "Bachiller menor en derecho"; al que termina el tercero "Bachiller en derecho", y al de cuarto año "Bachiller mayor de derecho", para reservar el de Licenciado o Abogado al que termina los cinco cursos.

Claro está que la designación no es fundamental aunque psicológicamente muy importante, pero los diplomas deben ir dando idea del grado de preparación.

Un tal certificado servirá, amén de cerrar un determinado ciclo integral de estudios, con la consiguiente desaparición de un sentido de fracaso en los estudios universitarios, para que en las diversas ramas de la administración pública o privada, general o especial de la Justicia se lo pueda exigir y el interesado pueda acceder a cargos que requieran conocimientos más amplios de los que tienen quien no ha hecho los estudios respectivos.

Un Plan de estudios tiene entonces que tener esa coherencia, diríamos horizontal a que nos referíamos, teniendo en vista los diferentes estadios en que se puede ser útil.

6º) Amén de la división en cinco cursos, avanza el proyecto en la subdivisión en semestres. Esta es una reforma que consideramos acertada y que en nuestra Facultad se ha llevado a la práctica en cierta medida. Ello permite una división más moderna y racionalmente más pedagógica de las instituciones a estudiar. Siempre claro está, que al estudio se oriente el exámen del Instituto en sus características fundamentales y en aquellas normas del derecho (nacional y comparado) que hacen a su mejor dominio y a dar al alumno la flexibilidad razonadora que requiere la interpretación de esas normas específicas de la materia a tratar.

7º) Por último el plan en este capítulo establece una división entre cursos obligatorios y cursos optativos exigiendo con toda propiedad que en primer año sean todas obligatorias, pero ya en el segundo año el abanico de las optativas se va ampliando.

También consideramos acertada esa técnica ya que permite al alumno universitario ejercitar su libertad de juicio para escoger de entre varias posibilidades científicas y culturales, aquellas que más le atraigan. A medida que avanza en la carrera y en la edad, se van delineando las posibilidades de la práctica profesio-

nal o el interés por cierto tipo de especialidad científica y en virtud de ello el alumno puede ir escogiendo los sectores del conocimiento que le parezcan más convenientes.

El plan que exige cinco materias obligatorias en el primer curso —que no tiene optativas—, y en el segundo que abre tres posibilidades, reduce las obligatorias a cuatro en el tercer curso y aumenta a ese mismo número las optativas.

En el cuarto y quinto año se mantienen los cuatro cursos, aunque las optativas para elegir se amplían a diez (siete en el primer semestre y tres en el segundo) de cuarto año y 8 y 8 respectivamente, mantiene los cuatro cursos obligatorios.

En todos los cursos se debe elegir por una optativa que generalmente ocupa dos semestres. Aquí serían convenientes tres reformas:

a) La primera es que ya en el segundo año haya la posibilidad de elegir entre dos o más materias optativas. Esa facultad de optar debiera comenzar a utilizarse lo más pronto posible y cursado un primer año básico, ya debe obligarse al alumno a ejercitar la facultad de ir eligiendo caminos.

En el tercer año aumentar a dos las optativas que deben elegirse, en el cuarto aumentaría a tres o cuatro y en el quinto a cinco, disminuyendo los cursos obligatorios en tercer año a tres, en cuarto año a dos y en el quinto a uno.

Así se es más coherente, con la idea que tenemos de permitir al alumno elegir temas de estudios a medida que avanza su madurez intelectual y se acerca el momento de elegir el camino profesional o científico que va a signar su vida.

b) Una de las optativas en cuarto y quinto año podría ser ajena al currículum de la facultad de derecho. Cualquier tema que se dicte en la Universidad, debiera estar al alcance del alumno de los dos últimos años y su estudio integrar su formación universitaria.

Aprender un determinado aspecto en el medio técnico o científico donde se imparta la enseñanza de la especialidad u otra totalmente ajena, puede constituir un aspecto que apasiones a más de un alumno y que debe fomentarse.

c) Por último descontando que para el ingreso a la Universidad debe saberse un idioma extranjero, durante los cinco años del curso, el alumno deberá seguir curso completo de idioma extranjero en un Instituto Universitario u otro —cualquiera que sea—, reconocida por ésta.

No se trata sólo de obtener un instrumento de acceso a las fuentes originales de otro sistema jurídico, o de los juristas que se expresan en otro idioma, que ello ya sería fundamento bastante.

Es que otro idioma es otra mentalidad, otra manera de ver y de vivir las cosas, otra manera de razonar.

El dominio de dos o más formas de expresión, del conocimiento de otros procesos mentales, amén del propio, permite a la vez que una mayor comprensión y una mejor valoración del derecho mismo, llegar a esa humildad que es necesaria para no encerrarse en estrechos individualismos o esterilizantes nacionalismos y estar preparado, alerta a los conocimientos y a las enseñanzas de los demás.

8º) El plan del Prof. Cervantes responde en términos generales, se lo haya propuesto o no, a la necesidad que dejamos señalada y pocos retoques podrían acoger estas observaciones nuestras.

A este primer año, le está sobrando el derecho romano. No vamos aquí a reproducir la polémica que en Francia tuvo tanto auge.

El derecho romano, cuando es imprescindible, debe y puede ser enseñado en cada rama del derecho privado al estudiar el origen de un determinado instituto.

El estudio más acabado de cualquier sistema de derecho ajeno al que se vive, cabe en cursos especializados o dentro del marco de un curso de derecho comparado—en ambos cuando ya se tienen los conocimientos básicos del derecho vivo, del derecho actual.

En los años superiores debiera introducirse un curso obligatorio de derecho comparado que permitiera apreciar un panorama general del derecho actual en su confrontación con los sistemas del pasado, incluido el romano y daríamos oportunidad en el doctorado como materia optativa el estudio pormenorizado del derecho romano, dentro de la historia del derecho para el especialista que tenga vocación por la arqueología jurídica.

Además suprimiríamos del primer curso el estudio del derecho civil, para suplirlo con el curso de derecho constitucional (teoría general de la estructura constitucional del país en que se vive).

De esa manera, quien ha cursado el primer año tendría un conocimiento de principios básicos, de cultura general que han de ser útil a quien no pueda o no quiera seguir sus estudios jurídicos, tener un panorama jurídico—económico, social y político constitucional—necesario a todo ciudadano que tenga que desempeñarse en la vida a un nivel un poco superior al del egresado del ciclo de enseñanza media.

V.— El proyecto prevé otra importante faz de los estudios universitarios en cuanto se refiere a la unificación de los programas de los distintos profesores o cátedras de un mismo tema.

a) Desde que se crean cátedras paralelas y los cursos que tienen conexión entre ellas, se pueden producir vacíos o superposiciones que no favorecen el estudio de lo que se desea enseñar.

En nuestro medio tenemos ejemplos diría, dramáticos, de tales vacíos o tales superposiciones. Bajo un mismo nombre hay cátedras que dictan clases sobre distintos temas y se da la inversa: también distintas cátedras en el nombre superponen estudios de una misma disciplina.

También se producen vacíos cuando en diversas materias, entrelazadas entre sí, se dejan aspectos importantes del derecho sin estudiar, por que los titulares no se han puesto de acuerdo o lo que es más grave, no lo han intentado o no tienen oportunidad de hacerlo.

Es verdad que existen comisiones de enseñanza pero no se animan a torcer o moldear la voluntad al parecer omnímoda del titular que proyecta "su" programa de estudios.

La libertad de cátedra no puede llegar allí, la planificación de la integralidad de los estudios corresponde, debe corresponder a un criterio técnico que no puede ser atomizado por el punto de vista de un determinado profesor.

Una vez establecido el plan de estudios y el ámbito ideal dentro del que debe cumplir su misión el profesor podrá dar mayor énfasis a un punto que a otros; podrá dejar de lado en sus clases las nociones que piden en el programa, dará en fin, a sus alumnos su personal enfoque aún en la versión de los puntos de vista de quienes no comparten sus opiniones y en estas posibilidades está comprendido el límite de su libertad de cátedra.

Cervantes Ahumada, amén de establecer un plan de materias y señalar su contenido básico, estructura una Comisión de programas y coordinación que tiene a su cargo la tarea de dictar los programas de estudio que serán proyectados por los profesores titulares. Cuando sean varios los profesores titulares deben formularlo en conjunto y si no se ponen de acuerdo, cada uno formulará el suyo, pero la Comisión integrada por los profesores que presentaron sus proyectos, dictará el definitivo.

Dentro de cada curso, el programa establecerá una estimación de las horas lectivas que se dedicarán a cada tema. Ningún curso puede durar menos de treinta y cinco horas lectivas, salvo que antes se haya agotado el tema.

La coordinación se llevará a cabo para evitar duplicidades y agregaríamos también, para evitar vacíos.

El proyecto establece expresamente, que dentro de la temática de su programa cada profesor gozará de la más amplia libertad de cátedra.

b) La coordinación a que nos referimos se confió, en el proyecto, a una Comisión Coordinadora integrada por dos consejeros, profesores, dos alumnos y el profesor más antiguo de la facultad.

Creemos adecuada la proporción mayoritaria de profesores, en esta comisión técnica de enseñanza, y la presencia en ella del que tiene más años en la Universidad, porque es una forma objetiva de representación que balancea la presencia de los alumnos.

La presencia de los alumnos en una comisión técnica es procedente y valiosa. Trae a la mesa de discusión la inquietud de los nuevos tiempos que se van sucediendo sin fin; obliga a los profesores —*vollens nolens*— a explicar y explicarse, a enseñar, a convencer, a recoger las observaciones de los alumnos que, por inmaduras que sean desde el punto de vista técnico, trasuntan preocupaciones, necesidades y deseos.

El estudiante universitario, joven sí, no es un niño y debe ejercitarse en el autocontrol, en la asunción de las más ambiciosas responsabilidades. Una de las maneras de hacerlo es la elección de sus compañeros más capaces de ser líderes y la de éstos de integrar la función de dirigentes.

Los casos individuales que ponen de manifiesto incapacidad, falta de valoración sobre los propios conocimientos, una desubicación respecto de su papel, se da en todas las edades y si aparecen más claras en algunos estudiantes, son generalmente de efectos nocivos menores que cuando se dan en los profesores aunque no sean acompañadas por el despliegue de actitudes bulliciosas.

Lo que importa es el sistema y como siempre, que los profesores sean verdaderamente profesores.

c) En cuanto a la labor del estudiante, amén de la de aprender su materia en los libros y en clases debe asistir a clases de Seminarios, por lo menos en doce ocasiones, en cada semestre y presentar cuando menos, un trabajo escrito semestralmente formulada bajo la inmediata dirección del profesor ayudante respectivo.

El proyecto no regula lo referente a los Seminarios y allí encontramos un vacío que seguramente no es tal frente a la existencia de seminarios sobre los cuales el proyectista no habrá querido innovar en esta ocasión.

Esa labor de comisiones de estudios que personalmente hemos organizado en el curso de promoción por parciales escritos, a cargo directo de los ayudantes y jefes de trabajos prácticos, es de suma importancia pedagógica. El diálogo es más fluido que el que pueda darse en las clases de los profesores, las preguntas

pueden ser hechas sin temor a mostrar lagunas en el conocimiento, la discusión a veces apasionada y confusa puede ser tolerada cuando no incitada para ejercitar al estudiante en la polémica, en el razonamiento, en la confrontación sorpresiva de su argumentación y el interés por aspectos de la materia se agudiza.

También pensamos que es útil la obligación de presentar un trabajo escrito semestralmente, que en nuestro medio tiene la posibilidad de ser publicado y ser útil a los demás compañeros en estas páginas que se pusieron a su cuidado y servicio.

Ambas iniciativas debieran ser recogidas con el aditamento que el Seminario y el trabajo deben versar sobre una materia que se esté estudiando y la posibilidad que un trabajo similar pueda ser requerido a los alumnos por el profesor titular de cada materia.

VI. — Un cuarto capítulo se refiere al "aprovechamiento" y su evaluación:

"Cada semestre habrá un examen final oral. El profesor encargado del grupo presentará a los alumnos, a más tardar el segundo mes de cada semestre, el cuestionario a que habrá de someterse el examen oral. Las fechas de examen podrán ser sorteadas; pero el jurado podrá, en cada caso, interrogar sobre cualquier tema del cuestionario. Para tener derecho a presentar el examen final será necesario haber presentado, cuando menos, un trabajo escrito, a satisfacción del profesor encargado del curso. Los alumnos que hubieren presentado cuando menos tres trabajos escritos durante el semestre correspondiente serán dispensados de la presentación del examen oral, y en este caso la calificación será el promedio de las calificaciones obtenidas en los trabajos escritos. La escala de calificaciones será del 6 al 10. La calificación mínima aprobatoria será de 6. En las notas de calificaciones no se utilizarán fracciones. Si las hubiere, la fracción inferior a 5 será desestimada y la superior se redondeará al número próximo. Los profesores titulares podrán examinar solos, los encargados de grupos no titulares, examinarán asistidos, cuando menos, por un Ayudante."

1) Naturalmente no hay en el proyecto exámenes mensuales, uno de los despropósitos pedagógicos que aún quedan vigentes en nuestro medio, adoptado en una época en que la demagogia llegó desenfrenada a las aulas universitarias.

El estudiantado quiere ver, antes de suprimir esos exámenes mensuales, corregida la insuficiencia de profesores y resueltas las particulares situaciones económicas que obligan al educando a trabajar.

Ambas situaciones deben enmendarse. El proyecto que estu-

diamos corrige en gran medida el problema de la escasez de profesores al entregar la clase a un profesor y agilitar el tribunal examinador admitiendo que el Profesor Titular solo examine o lo hagan dos adjuntos. Un aumento considerable de becas puede ir al encuentro de la segunda situación. El examen en dos períodos anuales obliga al estudiante a sistematizar sus estudios, concurra o no a clases, no acumular materias y le evita la tentación, tan comprensible, de ir especulando con que si no es este mes, es el otro.

Al finalizar cada semestre, habrá un examen final oral sobre un cuestionario que el profesor deberá entregar a los alumnos con, por lo menos, cuatro meses de anticipación.

El examen oral, se puede suplir por los alumnos y a su voluntad presentando tres trabajos escritos durante el semestre, si ellos obtienen un promedio satisfactorio.

Aquí pensamos que el proyectista debió tomar precauciones sobre esos trabajos. Si se hacen en la Facultad bajo la supervisión de un profesor ayudante y sobre un tema dado sea con anticipación, o en el momento, esas pruebas escritas pueden ser también testimonios de conocimiento propio. Pero si se hacen fuera de la Facultad, no están rodeadas de las garantías necesarias.

En el régimen paralelo de promoción por parciales escritos que hemos adoptado, la realización de un trabajo escrito sobre un tema dado por la cátedra puede realizarse fuera de la Facultad y sin ningún control. Esa prueba no sirve para aumentar promedios, pues existe la posibilidad teórica que no sea hecha por el alumno, pero sirve para bajar el promedio, pues si con la posibilidad de consultar textos y opiniones de alumnos, egresados y profesores, la prueba está mal esa valoración debe tenerse en cuenta. El resto del examen escrito se hace en las aulas de la Facultad, sin la ayuda de elemento alguno, con la supervisión del Profesor o sus ayudantes y respecto de preguntas que se hacen en el momento, en volantes mimeografiados.

Otra característica del plan que comentamos y que debiéramos tener en cuenta y adoptarla, es que el Profesor Titular puede examinar solo, y los no titulares asistidos por lo menos por un ayudante de cátedra.

No debe suponerse parcialidad o arbitrariedad en el Profesor Titular. Como los exámenes son públicos, la presencia del alumando constituye un control en potencia. Pero quien llega a la cátedra y en ella sigue hasta obtener el grado máximo, la responsabilidad de dirigirla lleva en sí las calidades morales y de valoración que constituyen por sí mismas la mejor garantía de su actuación justa. Otra vez acá, lo importante es el sistema y la responsabilidad de los docentes y no la circunstancia de la posi-

bilidad de un profesor que no responda a esas exigencias. Para corregir situaciones anómalas habrán medios, en manos de los alumnos y de los colegas.

Hoy más que nunca, ante la desproporción entre alumnos y profesores, debemos ahorrar esfuerzos y energías siempre que no se atente contra la calidad de los estudios y del nivel de los conocimientos de los egresados.

2) Dos requisitos más se exigen al que quiera obtener su título de licenciado, en el proyecto mejicano: una pasantía y una tesis final.

La primera de por lo menos seis meses, que se podrá hacer en diversas entidades: como encargado de la redacción de proyectos de sentencia en Tribunales y Juzgados, como auxiliares del ministerio público federal o local, por la prestación de servicios jurídicos en alguna oficina administrativa, sindicatos, comisariado ejidal o federación o liga de comunidades agrarias o en estudios o defensorías gratuitas.

Esa prestación de servicios estará supervisada, controlada y calificada por una oficina a cargo de un profesor titular.

La tesis y un examen final son los últimos requisitos que debe llenar el candidato al título de Licenciado.

Si en cada cátedra se diese en las reuniones de comisiones o seminarios la posibilidad de la aplicación práctica de los conceptos que se estudien, la exigencia de una pasantía nos parece —donde no hay tradición por lo menos— de poca utilidad y en cierta manera discriminatorio y extrauniversitario.

Digamos las razones:

En primer término, una práctica si es de sólo seis meses, aparece como muy superficial y poco formativa.

Después, implica favorecer sin razón alguna a quienes por cualquier razón han accedido a un cargo público y obligar a otros a buscarlo en algún estudio profesional y que pueden incluso no hallar.

En tercer lugar si se ha permitido una especialización con el recurso de la opción de cursos, establecer que cualquier práctica de seis meses muchas veces en casos de intrascendencia profesional o jurídica y totalmente ajenas al interés profesional o científico del imminente licenciado, aparece como una exigencia sin fundamento.

Nos parece preferible que se ponga mayor énfasis en el planteo de casos prácticos a medida que se avanza en los cursos que se van realizando y una mayor exigencia en cuanto a la calidad de la tesis que se exige finalmente.

Quando como en nuestro medio, después de alcanzar el título profesional máximo, se posibilita el estudio puramente científico y profundizado en un curso de doctorado, consideramos que la tesis debe reservarse para tal caso.

VII. — Hemos querido comentar este anteproyecto no sólo por el requerimiento que nos hiciera el autor, sino porque nos daba la oportunidad de fijar conceptos, en cuanto a algunos aspectos de la enseñanza del derecho.

Desde el punto de vista de la práctica mejicana es posible que muchos aspectos que señalamos aquí sean aplicables, otros estén de alguna manera presentes y algunos sean totalmente impracticables.

Desde el punto de vista de la enseñanza del derecho en nuestro país, debéramos habernos exployado en otros aspectos significativos.

En todo caso terminemos estas notas señalando que en el ámbito nacional debiera haber una coincidencia universitaria en la forma de aprender y enseñar el derecho, situación que no existe. Por el contrario, cada Facultad tiene su propio método y su propio "curriculum", como si en verdad se tratara de establecimientos de estudios de distintos países.

En el ámbito latinoamericano, esa uniformidad es más difícil de lograr. Sin embargo creo que una más frecuente comunicación entre los profesores y la labor de las Reuniones periódicas de los representantes de las Facultades de Derecho latinoamericanas han de influir en la adopción de patrones básicos comunes, ya que son comunes los problemas a resolver y común a los elementos que componen el complejo de la enseñanza del derecho en la época actual.

LIBROS Y REVISTAS



MARIO ROTONDI, "Derecho Comparado", en *Comparative Juridical Review*, Vol. 3, 1956, Coral Gables - Florida (U.S.A.)

La comparación de sistemas e instituciones jurídicas ha sido un método que ha estado muy ligado a la evolución y progreso del derecho, a pesar de lo cual es con bastante retraso que se ha empezado a hacer una consideración sistemática de este tipo de estudio.

El jurista italiano Mario Rotondi, director del "Istituto di Diritto Comparato Angelo Saffa", de Milán, y que fuera profesor en las Universidades de Pavia y Católica de Milán, nos traza en el artículo que reseñamos las líneas generales de esta moderna e importante disciplina.

En primer lugar, delimita el concepto de derecho comparado, distinguiéndolo y señalando sus relaciones con disciplinas afines; luego marca la evolución histórica en la "investigación comparada, para" llegar a las modernas tendencias y orientaciones al respecto, y concluye refiriéndose a diversos organismos y centros de investigación en el campo de la comparación jurídica.

Rotondi caracteriza el objeto del derecho comparado, como la con-

frontación de los ordenamientos jurídicos de los distintos países. Ese contenido varía según la finalidad que se propongan los autores en la investigación, y según esos distintos fines, pueden corresponder también diferentes métodos.

En principio, la comparación es más bien un método correctivo de la dogmática o de la ontogénesis de un derecho positivo particular, pero cuando la indagación se profundiza y cobra mayor desarrollo, trasciende la resolución de problemas particulares, para convertirse en una verdadera disciplina científica autónoma, que marca las conexiones, rasgos fundamentales y rumbos en los diversos ordenamientos o en los sistemas jurídicos más generales.

Partiendo de estas ideas se puede delimitar, como lo hace Rotondi, el derecho comparado de otras ciencias afines: Historia del Derecho, Derecho Internacional, y de las ciencias que utilizan también el método comparado para sus investigaciones.

El origen histórico del estudio de instituciones jurídicas extranjeras es lejano, encontrando testimonios del mismo en Grecia, Roma y en los primeros siglos de la Edad Media. Al consolidarse el derecho común, pierde utilidad y decae la comparación, pero resurge vigore-

samente, a partir del siglo XVIII, en especial con la codificación; y la hallamos como una fuente principalísima de casi todas las obras legislativas del siglo XIX (entre ellas, el autor cita como ejemplo al Código de Vélez Sarsfield).

En el presente siglo, el estudio del derecho comparado se ha extendido, y suscita en todos los países gran interés, pudiendo señalarse varias direcciones, entre ellas la filosófico-natural, y la positivista. Rotondi incluye en la primera a los que parten del concepto de naturaleza humana, que se manifiesta en diversas instituciones según las circunstancias sociales y tradiciones de los pueblos. Califica a algunas expresiones de esta posición de "etnológica jurídica". Por oposición, se encuentra a los que parten de un concepto relativista desechando la búsqueda de contenidos inmutables en los derechos, predominando una concepción formalista en los enfoques de éstos.

El autor expresa su opinión favorable a la investigación histórico-comparada, en busca de un conocimiento integral del fenómeno jurídico, "para determinar las leyes constantes por las cuales es gobernado tanto éste como los demás fenómenos de la vida social".

Por otra parte, señalamos valores al Derecho Comparado en orden especial a una mejor interpretación de los derechos nacionales; y Edouard Lambert le añade la importante función de conducir a una unificación legislativa.

Estas distintas concepciones acerca de la comparación jurídica dan lugar a diferentes métodos para su realización.

El autor concluye su artículo mencionando las principales sociedades e institutos, revistas, colecciones y bibliografía sobre derecho comparado en Europa y Estados Unidos; instrumentos indispensables para el trabajo científico en ese campo. Podemos agregar que en nuestro país los estudios sistemáticos de derecho comparado, si bien relativamente recientes, están bastante extendidos, y se cuentan varios institutos y fuentes de información sobre esta disciplina, entre ellos, los Institutos de Derecho Comparado de la Universidad de La Plata, fundado en diciembre de 1955; el de la Universidad de Córdoba, fundado en enero de 1956; y el que desde hace diez años funciona en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El profesor Rotondi, a quien hemos tenido varias veces en la Argentina como huésped, nos da en este artículo, mediante una exposición sencilla, los planteos generales con que nos podemos introducir a un mayor estudio y profundización del Derecho Comparado.

Abel Fleitas Ortiz de Rosas

RAUL FUCIBO, EULEMA JULIA ESCOBAR, RAUL LUIS CARDON, GUILLERMO A. LOUSTEAU HEGUY, HECTOR JULIO MARTINOTTI, ADOLFO C. MUJICA, ALBERTO CASTELLAS,

LUIS G. VILLAGRA, CARLOS ALBERTO FLORIA, MARIANO GRONDONA, JOSE LUIS DE IMAZ, JULIO ALVAREZ, ERNESTO J. MIQUEO FERRERO, "La Revolución Argentina". Editorial Depalma, Bs. As., 1988.

El libro que intentaremos analizar a continuación consiste en un conjunto de trabajos preparados por un grupo de especialistas en ciencias políticas vinculados al Instituto de Ciencia Política de la Universidad del Salvador. Trabajos que reconocen como tema central a la revolución argentina. Revolución que contemplan desde diversas perspectivas: algunas mediante el análisis prospectivo (Floria, Grondona, Imaz); otras desde la alitud de la ciencia del derecho político y constitucional (Lousteau Haguy, Escobar, Miquero Ferrero); no falta quien utiliza una óptica de teoría política (Martínelli); los que lo hacen desde el ámbito de la ciencia política propiamente dicha, en cuanto estudio de la estructura y configuración del poder (Villagra, Alvarez), y finalmente los que lo hacen desde un punto de vista más especialmente político (Cardón, Castells). Con todo la ubicación de muchos artículos en algunas de estas perspectivas es dudosa y no claramente delimitada. Y ello porque tanto realizan análisis de la realidad como meditaciones en torno a ella, apreciaciones subjetivas sobre el pasado o un conjunto de buenos deseos sobre el porvenir.

Desde un punto de vista formal el libro nos merece, además, otros reparos. Notamos la ausencia de una cronología de los hechos que lle-

van a la revolución: a lo sumo encontramos en el prólogo de Puigbé una explicación, sumaria pero acertada, de las etapas y causas que fueron minando al régimen anterior. Ignoramos si el artículo de Cardón "Frente a los hechos" debía cumplir tal misión en un plan metodológico previo, pero lo cierto es que sólo se refiere por encima a ellos. Notamos, también, que algún trabajo, como el de Zulma Escobar, no guarda mayor relación con el tema del libro en cuanto consigna y estudia los antecedentes jurisprudenciales en torno a las revoluciones anteriores, cuando se trata de la actual de un caso bien distinto. Existen, por otra parte, ciertas superposiciones en los temas, como los artículos de Lousteau Haguy y Miquero Ferrero. Finalmente hay una amplia temática en torno a la revolución que queda sin tratar (v. g., alitud de los grupos de poder frente a la revolución, relaciones de la revolución con ciertos hechos internacionales como la revolución brasileña, perspectivas económicas y sociales de la revolución, etc.).

En cuanto al contenido del libro un tema aparece como dominante. Sea porque le dedican a él varios párrafos algunos de los autores. O porque se lo trata integralmente en otros. O, finalmente, porque subyace como presupuesto en la mayoría de ellos. Este tema es el de la legitimidad de la revolución.

Puigbé comienza distinguiendo entre legitimidad de la revolución y legitimidad del gobierno revolucionario. En su artículo Floria diferenciará entre legitimidad envolvente, que recubre a todo el cuer-

po social, y legitimidades insulares, propias de las instituciones políticas, sociales o profesionales. Y, en orden a diferenciaciones, Martínotti distinguirá a su vez entre legitimidad del Estado, del poder, de la minoría dirigente y de la Constitución.

Con respecto a la revolución, en sí, existe un acuerdo de fondo entre los autores en que la revolución es legítima. Algunos explican tal legitimidad por la situación anterior a la revolución: estado de ilegitimidad político y sociológica (Floria), causado por falta de acatamiento del régimen precedente (Martínotti), o por la frustración de la vocación de modernidad de un pueblo (Puigbó). Cardón, en cambio, reconociendo que no había tal estado de ilegitimidad previo, en cuanto no faltaba ni la seguridad, ni la libertad, ni la posibilidad de ejercer los derechos individuales, piensa que puede legitimarse la revolución histórica y moralmente en virtud de la obra que realiza.

El segundo tema o aspecto que encontramos precisado en el libro, consiste en las características que ya revela poseer el nuevo orden institucional en gestación. Es decir las notas distintivas del estado, luego de la Revolución Argentina.

Estas características sólo resultan claras en lo que respecta al nuevo orden constitucional y al carácter diferente que adoptan algunas instituciones tradicionales, luego de la revolución.

Estudiado con detenimiento por Loustosa Beguy, quien analizando los documentos esenciales emanados de la revolución, nos da noticia de cuál es el orden de prelación de las normas constitucionales, nos dice en quien reside el poder constituyente y cuáles son sus limitaciones, estudia la posibilidad de reforma del nuevo sistema constitucional y su carácter cerrado, reseña las modificaciones que ha sufrido la Constitución en su parte orgánica y declarativa por el conflicto frente a las normas y fines contenidos en el Estatuto revolucionario y, por último, expone la

estructura del poder. Miquel Ferrero al analizar por su parte los documentos emanados de la revolución superpone conceptos a los ya expuestos por el autor anterior y agrega otros.

Con respecto al nuevo carácter que asumen las instituciones tradicionales es estudiado con respecto al poder ejecutivo por Julio Alvarez. Este autor señala sencillamente la evolución que sufrió este poder, los modernos problemas que le aquejan, y la forma en que aparece configurado según los textos revolucionarios.

Podemos añadir como tercer aspecto del contenido del libro a aquellas consideraciones que hacen los autores respecto al futuro de la revolución, esto es, a sus diferentes posibilidades y vías de acción, a sus necesidades e riesgos, a su desenvolvimiento.

El nuevo orden constitucional es

Añil para Luis Villagra el período

que él llama del "Acta-Estatuto-Constitución" no constituye un nuevo sistema institucional sino que es sólo una primera etapa, que permite la elaboración de un nuevo régimen político, que se eslima como necesario. En esta etapa — piensa — se irán institucionalizando las nuevas estructuras económicas que se ofrecen para subsistir a las caducadas.

Tal régimen futuro requiere necesariamente una ideología que lo presida. Y, precisamente, para Fioria la revolución se hizo sin ideología definida: sólo sobre la coincidencia de ciertos valores y apreciaciones de la crisis. Al mismo tiempo y ante la necesidad de elaborar una ideología — señala el autor — amenazan a la revolución los peligros de la adopción de una ideología tradicional, o de un cierto neoliberalismo economicista, o de la adopción de fórmulas revolucionarias extranjeras y extrañas a la argentina. Finalmente Fioria expresa que la nueva ideología puede reconocer como temas predominantes a la modernización y al socialcristianismo, y señala las vicisitudes que estos temas deben pasar hasta convertirse en ideología.

En cambio, según Adolfo Mujica —quien no distingue entre ideología como cuerpo sistemático de creencias y simples valores compartidos—, los fundamentos ideológicos del régimen en gestación son claros: los textos revolucionarios se inscriben por un lado en los principios cristianos sociales contenidos en las encíclicas de Juan XXIII y por otro surge de ellos la "voluntad" de realizar el estado argentino.

Explicita en páginas posteriores en qué consiste esta realización, y aclara el contenido de los términos libertad, autoridad, participación, solidaridad y subsidiaridad contenidos en el estatuto revolucionario.

También para Inaz el régimen político que se va constituyendo tiene ya elaborada una nueva fórmula política: sus temas son la modernización y la elaboración de un nuevo régimen institucional. Fórmula nueva que permite la configuración de una no menos nueva élite política. Para Inaz en un país que en su pasado ha carecido de élite política parece constituirse ahora un equipo gobernante homogéneo, seleccionado en base a una cierta actitud frente a la vida, la práctica de ciertos valores, sobre todo morales y la expresión exterior de un mismo estilo de vida. Este autor estudia los diferentes niveles de la élite política, su reclutamiento y sus relaciones con las élites informales. Aprecia como posible que la tarea de modernización sea concretada, a través de la aplicación de un modelo biomarxiano de organización del estado. Y finalmente advierte que estando las masas populares definitivamente movilizadas, sólo quedan dos alternativas posibles: reprimirlas por la fuerza-fuerza y ejerciendo una auténtica dictadura o integrarlas en un acto de amor.

Y mientras Inaz estudia las características de la élite que está en el poder, Grondona señala qué alternativas puede seguir la oposición a la revolución. Estas alternativas dependen del propio rumbo

que tome la revolución, que ésta se transforme en una monarquía o una oligarquía, según las múltiples variantes que enumera. Y de acuerdo a estas alternativas la oposición será invisible, o visible y dependiente, o visible e independiente. Por último estudia desde qué fuentes ha de provenir la oposición a la revolución las que clasifica en ideológicas, partidarias, sindicales y militares.

Siempre dentro de la textura de la configuración de un nuevo régimen político Alberto Castella nos dice cuáles deben ser, a su juicio, las bases ideológicas sobre las que ésta debe estructurarse: fe en la libertad, virtud política, obrar humano participativo y sentido evangélico de la vida, principios éstos que desarrolla extensamente.

Ubicamos también dentro de este tercer aspecto del contenido del libro a una porción del artículo de Cardón —al que ya nos hemos referido al hablar del problema de la legitimidad de la revolución— en la que señala cuáles son los objetivos que la Nación quiere alcanzar con la Revolución, cuáles son algunos de los medios de acción que se le presentan a ésta (Reforma educativa, desarrollo económico y planificación) y cuáles son los riesgos en que puede incurrir la revolución, especialmente el macharismo y la burocratización.

No es casual que excepto el tema de la legitimidad, que siempre es coetáneo con la producción de un fenómeno revolucionario —recordar aquí aquello de Gettel que la

idea con respecto a la realidad cumple siempre una de estas dos funciones: o la justifica o la cuestiona— y el estudio de algunas características que ya aparecen precisadas en los textos revolucionarios, la mayor parte de los artículos se dediquen a avizorar el futuro de la revolución. Y ello porque a los dos meses de producida la misma los autores no contaban con un material muy rico como para extremar su análisis de la realidad. En consecuencia la mayor parte de ellos intentan descubrir las líneas generales del desarrollo del proceso revolucionario y sus posibles alternativas. Cuando tal intento reconoce como fundamento un método adecuado, esto es, se circunscribe con claridad el ámbito de lo conocido y se dan los pasos metodológicamente adecuados para señalar las alternativas de lo desconocido, el trabajo se mantiene dentro de las fronteras de la ciencia y resulta un valioso elemento para el estudiante de derecho para conocer algo que, guste o no, sucede en el país. En cambio, cuando se prescindiera de tales recaudos, cuando se extremara el bagaje conceptual propio de cada autor con los análisis de la realidad, cuando se toma posición respecto a ésta, cuando se proyectan deseos sobre el futuro, se sugieren medios o vías de acción a la revolución, se le advierte sus peligros, se trasciende del ámbito científico para desembocar en lo propiamente político. Y desde este último punto de vista los trabajos que caen en tales defectos sólo interesan como representativos de una posición.

Alberto Manuel García

**ALFONSO DE LOS SANTOS LA-
BURTEGUI, "Problemas Jurídicos
de la Energía Nuclear".**

El autor de este libro, doctor en Derecho, dicta un curso de Derecho Nuclear en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y es miembro de los grupos de expertos jurídicos del Euratom y de la Agencia Europea de Energía Nuclear. Ha formado parte de la delegación española en varias conferencias internacionales sobre el tema.

La obra consta de tres tomos, el primero, dedicado a doctrina, el segundo donde expone la legislación vigente en España sobre energía nuclear y la de Alemania, E.E.U.U., Francia, Gran Bretaña, Suecia y Suiza y los convenios firmados por España y un tercer tomo donde analiza distintas organizaciones internacionales de la materia, la Organización Económica de Cooperación y Desarrollo (O.E.C.D.), la Agencia Europea para la Energía Nuclear (E.N.E.A.), la Convención relativa a la constitución de la Sociedad Europea para el tratamiento químico de combustibles irradiados (Eurochemic), el convenio para la creación de una organización europea de investigación nuclear, el Eur Atom, la OIEA, la C.I.E.N. y el Instituto Cultural de Investigaciones Nucleares.

En el primer tomo, que es el que recomendamos, el autor comienza definiendo al Derecho Nuclear como "Conjunto de principios y normas legales que regulan la actividad del Estado y la de todas aquellas per-

sonas individuales o jurídicas que y en cuanto se proponen utilizar la energía contenida en el núcleo del átomo". Es como características de este derecho nuevo, su universalidad y su carácter internacional, la intervención del Estado y su carácter evolutivo.

Para analizar la responsabilidad civil por daños a terceros con motivo de un accidente nuclear, y el problema del seguro en estos casos.

Sobre el punto hay tres tratados fundamentales, el de París 1940, Bruselas 1942 y el Complementario del de París, firmado en Bruselas en 1963. Se mantendrá básicamente la responsabilidad culposa pero se abre paso a la responsabilidad objetiva. Las limitaciones a la responsabilidad se derivarían en primer lugar del ámbito de aplicación de la ley, que por su carácter excepcional debe ser restringido; en cuanto a la persona responsable sería el explotador de la instalación nuclear, principio que tiene excepciones para el caso de fuerza mayor, o negligencia o malicia de un tercero. Otra limitación a la responsabilidad está en la cuantía de la indemnización. Las comisiones que estudian estos problemas proponen un límite máximo que sería una suma que pueda ser cubierta por el seguro privado. Por otra parte para obtener una licencia el explotador deberá disponer como garantía financiera una suma que cubra el importe máximo para indemnización previsto en las leyes sobre responsabilidad nuclear.

Otro problema tratado es el de

la intervención del Estado en caso de accidente nuclear. Analiza el sistema americano, en que el Estado reembolsa a la empresa las indemnizaciones que ésta haya pagado a partir de la suma asegurada y hasta 500 millones de dólares, el sistema alemán en que el Estado se hace responsable junto con la empresa por los daños que superen los 15 millones de D.M. y el sistema Suizo donde el Estado debe indemnizar a las víctimas no suficientemente amparadas por el seguro.

Pasa el autor luego al tema del Derecho Marítimo y la energía nuclear. Se basa principalmente en el Convenio de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad del explotador de un navío nuclear. El alta mar sería, en principio, libre a la navegación de cualquier clase de buques, pero en los puertos y aguas territoriales los Estados tendrían derecho a negar el acceso a buques nucleares. Para el transporte de sustancias nucleares en buques no nucleares, dice el autor que es opinión de los expertos que debe exigirse una licencia especial para el caso.

En cuanto a la competencia de los tribunales para los accidentes ocurridos en puertos o aguas territoriales, la competencia corresponde a los tribunales del país ribereño y en alta mar a los del Estado de que fuera súbdito el explotador.

Sobre el problema de los desechos radiactivos nos dice de los Santos Lasdréguí que debe estarse a lo dispuesto en la Conferencia de

las Naciones Unidas sobre Derechos del Mar en el Convenio sobre Alta Mar (o sea que todo Estado está obligado a tomar medidas para evitar la contaminación del mar debida a la inmersión de desperdicios radiactivos, teniendo en cuenta las normas que puedan dictar los organismos internacionales competentes).

-

Luego el autor se refiere a la propiedad industrial en relación con la energía nuclear. Después de hacer un breve examen de las diversas teorías sobre la propiedad intelectual e industrial, nos habla de los diferentes sistemas para otorgar patente de invención que serían "de previo examen" o de "falta de previo examen" según fuera o no necesario para obtener la patente de comprobación de la existencia o no existencia del derecho del peticionario a obtener la concesión de la patente. Considera como más conveniente el primer sistema.

En general los países consideran como reservado al Estado todas las patentes de invención para usos militares. De Los Santos Lasdréguí nos reseña brevemente las legislaciones respectivas de U.S.A., Canadá, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Gran Bretaña, Suecia, Suiza y España.

Trata después el tema de la legislación minera con respecto a los minerales radiactivos haciendo una reseña de la legislación vigente en los países miembros de la organización económica de Cooperación y desarrollo (O.E.C.D.), Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Fran-

cia, Italia, Portugal, Inglaterra, Suecia, Noruega. Después nos habla de la legislación al respecto de Argentina, Canadá, Australia y E. E.U.U., y en una segunda parte la legislación Española.

Concluye diciendo que en las diversas legislaciones se observa primero una etapa de reserva y secreto en que toma el Estado la explotación exclusiva de los minerales radioactivos pero luego sobre todo, como consecuencia de los avances de las aplicaciones de la energía nuclear con fines pacíficos, se admiten las investigaciones y explotaciones privadas reservándose al Estado la adquisición de los minerales radiactivos.

Termina el autor haciendo una reseña de la legislación española, alemana, belga, francesa, británica, italiana y portuguesa sobre régimen de combustibles e instalaciones nucleares, utilización de radioisótopos y control de seguridad.

Nos dice que en general los Estados ejercen control sobre actividad nuclear especialmente con el fin de proteger la salud pública y la seguridad. En casi todos los países se ejerce este control sobre los materiales atómicos, energía nucleoelectrónica y empleo de radioisótopos.

Esta obra nos parece especialmente útil para los que desean iniciarse en el tema, pues es un libro de lectura accesible y en su desarrollo da una visión general y completa de los aspectos jurídicos de la energía nuclear.

Martha Gourdy

BARCIA LOPEZ ARTURO, "La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos". Editorial Abeledo-Perrot, 1968, 150 páginas.

¿Es la causa un elemento autónomo en nuestro derecho o un mero jurídico incapaz por lo tanto de resistir el análisis normativo, que puede dejarse de lado o bien queda comprendido en algún otro elemento?

No resulta fácil la tarea de responder a este interrogante, pero a ella se aboca el autor aunque circuncribiéndose a uno de los aspectos del problema, el de la causa ilícita.

Todos los que hemos tenido acceso al mundo del Derecho en algún momento escuchamos en imaginaria y fantástica discusión y dando un salto en el tiempo y el espacio, las voces de los representantes de las distintas posiciones que han sido tomadas al respecto no sólo en nuestro país sino especialmente en torno al Derecho Francés. Nos hemos preguntado entonces, como lo hace Barcia López, si en esta materia el problema no será más terminológico que de fondo pero como para llegar a las conclusiones es preciso trazar un camino en el que los escollos sean superados y con ellos las imprecisiones que aumentan la confusión, recomendamos la lectura de esta monografía que analiza exhaustivamente el sistema legal argentino con la consideración previa de los siguientes puntos:

1º) Idea genérica de la causa. Se aplica el principio de causalidad en

materia jurídica a través de dos nociones, a) Causa fuente, en el vínculo abstracto del Derecho la causa es el antecedente, el título, la fuente de la obligación, es un hecho al que el Derecho Objetivo le atribuye los caracteres mencionados; b) Causa fin, respecto de la actividad voluntaria del hombre, la causa eficiente de sus actos es su propia VOLUNTAD que está determinada por las representaciones de ciertos fines que desean obtenerse. Tras el autor una cita de Santo Tomás: la causa final es la última en el orden de ejecución pero la primera en el orden de la intención.

2º) Análisis de la doctrina francesa elaborada en torno a la interpretación del artículo 1108 del Código de Napoleón (exige para la validez de una convención una causa lícita en la "obligación") y del 1131 (sanciona con nulidad la obligación sin causa o fundada en falsa causa). Los clásicos causalistas sostienen que la causa es objetiva, intrínseca, siendo un elemento específico e invariable independiente del objeto y del consentimiento. Para los anticausalistas es un elemento falso e inútil y el neocausalismo afirma que la causa es subjetiva, extrínseca no sólo en la obligación sino en cualquier acto jurídico o voluntario simplemente. Sostienen la doctrina de los móviles o fines concretos.

3º) Análisis de las ideas de Vélez Sarsfield no si en base a los textos legales sino también teniendo en cuenta las notas y las fuentes. Por supuesto luego de dados estos tres pasos el autor nos brin-

da su propia interpretación para concluir el trabajo con el estudio de la Jurisprudencia, tomando y clasificando varios fallos sobre causa lícita.

Vamos ahora a esbozar en trazos generales la mencionada interpretación de los textos legales pero sintetizaremos los fundamentos de la misma limitándonos a exponerlos con cierto orden. Sólo con la lectura integral de la monografía puede obtenerse la claridad y precisión que exige el tema.

Ante todo Barcia López alude a la confusión que existe en el Código de Napoleón en el que se habla de la causa en la obligación y no en el contrato o el acto jurídico. La doctrina clásica la considera un elemento específico condición de validez. El problema gira en torno a saber qué es "lo que se debe" distinto a aquello "porque se debe". Estoy obligado porque la causa de mi obligación, de mi deber jurídico reside en alguna de las fuentes que la originan (la del deudor en virtud del contrato, arts. 499 y 1137). Pero otra cosa es saber porque quizás obligarme contrayendo una obligación mediante la celebración de un acto jurídico. Aquí, y éste es el primer presupuesto que debemos recordar, el concepto de causa es el de la razón de ser, finalidad o motivo, no propiamente de la obligación sino del consentimiento. Estará viciada si falta, sino es verdadera esa causa final por ausencia de discernimiento, intención y libertad o si existiendo contraviene algunos de los requisitos del art. 933. No existe

ese cuarto elemento en el contrato distinto e independiente del consentimiento, lo integra y coincide esta causa final con el objeto directo o intrínseco. La idea de causa fin sobrepasa el marco de las obligaciones. Vélez aclaró muy bien que no hay que confundir las causas de los contratos con las causas de las obligaciones, ya que éstas deben hallarse en las fuentes que las originan (nota al 489) y en el texto del mismo artículo "no hay obligación sin causa" se alude a la fuente, en todos los artículos sobre el tema se habla para el actor siempre de obligación en el sentido impropio de instrumento que la conlata y hay un desarrollo lógico de la idea de que es la causa fuente del título o acto jurídico creador de obligaciones. Se citan a continuación otras disposiciones del Código que emplean en el mismo sentido ese concepto.

Hemos llegado a una primera conclusión: en materia de obligaciones no hay otra causa en nuestro Código que la causa fuente, por lo tanto la causa ilícita del art. 663 es el contrato o el acto jurídico de contenido o de fin inmorales ilegítimos o antijurídicos (653,794).

Ya en el tema específico de la causa ilícita en apoyo de su tesis menciona otras artículos incluso del Código de Comercio, donde se ve, insistimos en ello, que la ilicitud de la causa de las obligaciones reside en la fuente voluntaria o acto jurídico de fin ilícita.

Pero más adelante siguiendo con su planteo toma otro argumento: la generalización de principios sobre hechos y actos jurídicos en

nuestro sistema nos permiten hablar de un régimen de la voluntad jurídica con el requisito esencial de la intención real y de la finalidad lícita que forman parte del contrato o acto jurídico que no se concibe sin esa noción de causa final. Como el mismo dirá luego, apunta a una conciliación entre las posiciones extremas, pero sin llegar a darle a esa noción categoría autónoma e independiente del consentimiento, en los contratos, del propio querer en los actos unilaterales ni tampoco del objeto que comprende todos los efectos jurídicos constitutivos del fin inmediato del acto (posteriores al mismo, pero anteriores en el plano de la intención).

Se analizan los requisitos de la voluntad y la licitud en el Código, siendo el eje de su interpretación el art. 663 que juzga la licitud del acto no en virtud de prestaciones aisladas sobre las que versan las respectivas obligaciones (como dicen los clásicos) sino en atención al **CONTENIDO INTEGRAL DEL ACTO EN SI MISMO Y DE SUS FINALIDADES**.

Su posición se centra en la siguiente fórmula: Más allá de la causa pero por el fin. Ella proviene de las dos distinciones hechas: 1) entre la causa de la obligación y la causa final de todo acto jurídico; 2º) dentro de las obligaciones entre la ilicitud que proviene del acto jurídico que es su causa fuente y la ilicitud de ese acto que a su vez reside en la causa final del mismo identificada con su objeto ilícito.

Francisco Anz Siquier Vidal

*Esta Revista
se terminó de imprimir
en los Establecimientos Gráficos
E. G. L. H.
calle Cangallo 2585
Buenos Aires (Rep. Argentina.)*

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