

L. 4148

3421

193903

E. 1



lecciones

Y ENSAYOS

J/M

14





# LECCIONES Y ENSAYOS

1959

N° 14

## ESTUDIOS

	<u>Pág.</u>
ERNESTO J. URE: Homicidio Placido .....	7
CARLOS A. AYARRAGARAY: Disposición de la forma: su presencia .....	29
AMBROSIO L. GIOJA: La actividad ejecutiva .....	43

## TEXTOS

I.—TRATADO SOBRE ASILO REFUGIO POLITICOS ...	51
II.—TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL ..	59

## NOTAS Y COMENTARIOS

AGUSTIN GORBILLO: La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado .....	81
TEOFILO MEJALILATT: El precio de la locación de servicios. Jurisprudencia interpretativa del artículo 1627 del Código Civil Argentino .....	101
AMIRAL CESAR GORI y CARLOS A. R. LAGOMARINO: La mención de Preñas en las notas del Código Civil Argentino .....	123

## ESCRITOS JUDICIALES

WEGEL MURGE: Objeción de excepciones en el juicio ejecutivo .....	135
---	-----

## UNIVERSITARIAS

PABLO A. HONVATH: El caso intensivo de obligaciones ....	141
HAYDEN SUSANA TALAVERA, EUTH ANIBINO y OSCAR FERNANDEZ BRITAL: Comisión Internacional Jurídico-Aeromática .....	153
ESTADÍSTICAS DE EXAMENES: Año 1959 .....	167

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de: Ernesto B. Friedman, Mario R. de Marco Nado, Pablo A. Honvath, Carlos López Castro, Carlos A. R. Lagomarin, Teofilo Mejailatt, Mario R. Minetti y Horacio J. Sanginetti .....	187
---	-----

**DECANO:**

*Doctor Francisco P. Loggiani*

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Dr. Ignacio Winitzky*

**CONSEJO DE PROFESORES**

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

**CONSEJO DE REDACCION**

*Director: José Menascé*

*Subdirectora: Nelly M. Freyre Penabad*

*Secretario de Redacción: Alejandro H. Dagnino*

*Secretarios adjuntos: Edgardo Alberti y Teófilo Mejabelaty*

*Redactores: Héctor A. Mairal, Carlos A. R. Lagomarsino, Marta E.*

*Angulo, Pablo A. Horvath y Aurora S. Frutos.*

*Redactoras suplentes: Norma G. Sabia*

Hecho el depósito que dispone la ley N° 11.723

La responsabilidad por las ideas expuestas en los trabajos contenidos en esta revista pertenece exclusivamente a sus autores.

## HOMICIDIO PLADOSO (\*)

Dr. ERNESTO J. URE

Profesor Titular Interino de Derecho Penal II

### I

En julio de 1924 ocurrió en París un hecho que tuvo resonancia mundial. La prensa diaria y las agencias noticiosas se ocuparon extensamente del caso y de las alternativas del proceso judicial, que, por ese medio, fue conocido, seguido y comentado en el mundo entero. Seguramente influyeron en ese interés general las características especiales que rodearon al hecho y la condición d sus protagonistas: la actriz polaca Stanisława Umńska, joven y hermosa, llegó a París llamada por su amante, el escritor de la misma nacionalidad Jan Żinowsky, que pasaba sus últimos días acosado por tremendos dolores producidos por la conjunción de dos enfermedades que no perdonan, cáncer y tuberculosis. La Umńska se convierte en la más solícita enfermera de su amante, al que profesaba entrañable cariño, y dona continuamente su sangre para transfusiones que ningún éxito pueden tener. Hasta que un día, atormentada por los sufrimientos de Żinowsky y accediendo a los repetidos ruegos de éste, decide poner fin a los dolores lacerantes del enfermo disparándole un tiro en la boca durante el sueño procurado por el narcótico que, por prescripción médica, le suministraba cuando el padecimiento se hacía intolerable.

La homicida fue juzgada y absuelta por el Tribunal del Sena. Las particularidades del caso, el aspecto sentimental de la historia de amor, la sinceridad conque se expidió la acusada, su belleza, su dolor por la muerte del ser querido, y la declaración del médico de cabecera, que afirmó que la actriz sólo había adelantado en pocos días la muerte irremediable, y las de los amigos del muerto, que afirmaron que éste a todos rogaba que le ahorrraran los padecimientos, fueron factores que decidieron las simpatías del jurado y del público a favor de la Umńska. El propio fiscal dejó

---

(\*) Reconstrucción de dos clases sobre el tema.



dirigido al criterio del jurado la solución del caso. "No hay derecho a matar", dijo. Las manos de las mujeres no se hicieron para eso. Pero ¿qué reclamar contra esta extranjera, casi una niña, que nos comprende mal? Vds. decidirán, señores del Jurado. Pero si sale libre esta tarde, que se aleje cargada de nuestra compasión, en el silencio, en el recogimiento, quizá entre recordamientos". Y la autora, preguntada, como es ritual, si quería agregar algo antes del veredicto, se limitó a decir: "Lo hubiera dado todo, inclusive mi vida, por salvarlo. Por lo menos, traté de darle descanso". El veredicto no demoró más que cinco minutos. Al conocerse el fallo absolutorio, el público no siguió el consejo del Fiscal y aplaudió a la muchacha cuando se retiró de la sala de audiencias. No hubo diario o revista que no se preocupara del asunto, rodeando de una aureola de heroísmo a la autora del que se llamó "crimen caritativo".

Ese caso obró a modo de chispa que enciende una hoguera, pues durante algún tiempo, se sucedieron los "homicidios piadosos" o "crímenes caritativos" en distintas partes del mundo, inclusive en la República Argentina, poniendo en el tapete de la discusión pública el tema de la "eutanasia", o sea de la buena muerte, la muerte dulce, la muerte fácil, sin sufrimientos ni dolores, la muerte grata y deseable por el paciente. Luego, como sucede con todas las cosas que reconocen como origen el espíritu de imitación, el tema fué olvidándose y no volvió a hablarse por mucho tiempo de este tipo de homicidios —que fue también tema central de varias novelas de escritores conocidos—, hasta que la ocurrencia de casos más o menos recientes, que dieron motivo a argumentos de películas cinematográficas y a alguna novela de fondo psicológico y psicoanalítico, han vuelto a actualizar un tema olvidado.

No bien concluyó aquel sonado proceso, los casos se repitieron con asombrosa asiduidad. Algunos de ellos realmente patéticos.

Cuando aún no habían cesado los comentarios y polémicas en torno a la Uminaka, se presentó a la policía de París una mujer, Virginia Levasseur, confesando que acababa de dar muerte a balazos a su hermana Ana, enferma de tuberculosis ósea, por pedido de ésta, que prefería la muerte a los padecimientos de su mal. Decidieron entre ambas abreviar los sufrimientos. Ana se colocó frente a la hermana armada de un revólver y la incitó a que disparara, advirtiéndole que haría signos negativos con la cabeza si el tiro no daba en el blanco. Dos señales de desacuerdo hizo Ana antes de que el tercer disparo la matara. El relato del hecho, a través de las palabras de la autora, revelan que más que un sentimiento pietista movió a la homicida un móvil egoísta y eliminador, y fué condenada.



El doctor Blazer, médico radicado en Denver (Colorado) de setenta y un años de edad, vivía con su única hija, parálitica y débil mental, a la que había prodigado siempre los más cuidados. No tenía otros parientes, y su vida entera, desde que enviudara muchísimos años atrás, la consagró a atender a la desgraciada enferma. Hasta que, sintiéndose morir, y aterrado por el futuro que esperaba a su pobre hija, imposibilitada física y mentalmente, sin recursos ni familia, le suministró una dosis mortal de cloroformo, que también ingirió él, pero, atendido a tiempo, fué salvado. El móvil sentimental y piadoso era cierto en este caso, y el Dr. Blazer fue absuelto.

La casística es muy extensa, y no insistiré porque la hora de la clase no sería suficiente. Pero, pese a ello, no me resisto a leerles una noticia aparecida el año pasado en un diario de Buenos Aires, que relata un caso acontecido en Reims y que impresiona por su patetismo. Dice la crónica: "Un viejo veterinario, Carlos Demangoat, después de haber inyectado a su esposa una dosis mortal de estricnina, volvió la aguja hacia sí y, calmadamente, inyectó en su brazo el resto del contenido. Cuando la mujer encareada de la limpieza de la casa llegó a la mañana siguiente, halló los cuerpos sin vida del matrimonio, y una conmovedora carta en la que Demangoat decía: "Eben pronto no viviré más. Mi mujer, parálitica desde hace 5 años, ha perdido la razón y se ha tornado una niña. Un día u otro cualquiera, la diabetes puede matarme, y entonces, ¿que será de ella? ¿Quién tendrá el coraje de curarla, de soportarla, de amarla? Es por esto que la mato y que, una vez que haya escrito esta carta, me dará también la muerte. Hemos vivido felices toda la vida, uno junto al otro, y moriremos ahora para no sufrir, para evitar la desgracia que no podría afrontar".

Esta carta es el epílogo de una dramática y emotiva historia de amor. Carlos Demangoat había sido el veterinario más joven de Francia y, valeroso y simpático, había logrado una merecida popularidad. Desposado con Elisa, tuvieron un hijo, Marcel, que al llegar a la mayoría se casó y les dio dos nietos. Pero un día, Marcel quedó ciego y en su desesperación se suicidó. El veterinario y su esposa se hicieron cargo de la viuda y los pequeños, pero ya la tragedia se había cernido sobre el hogar. Pasado un tiempo, Elisa adquirió una grave parálisis que derivó en demencia, mientras que Carlos contrajo una diabetes progresiva y fatal. La inminencia de su propio desenlace llevó a Carlos a su trágica decisión. Se acercó a su esposa, tendida en el lecho y le dio un beso. En seguida, le inyectó con la aguja el veneno y la muerte vino pronta, sin dolor y sin que aquella se percatase. Luego, el marido fue a su gabinete, redactó la carta, se inyectó también la dosis mortal y, llevado por su amante corazón, halló aún fuerzas para llegar

hasta el tálamo y caer en el último sueño estrechamente abrazado al cuerpo de su esposa."

Entre nosotros han ocurrido también casos de subido interés. Vds. habrán leído que no hace mucho, se rememoró la catástrofe de Almatagal. Una delegación de cadetes militares chilenos se trasladaba a Buenos Aires para asistir a las fiestas programadas; entre ellas un desfile militar, para celebrar un nuevo aniversario de la Independencia nacional. La única Independencia con mayúscula. Al llegar a una localidad llamada Almatagal, el tren que conducía a los jóvenes chilenos descarriló, muriendo varios de ellos. Pero un cadete militar quedó con vida, aprisionado entre los restos de la locomotora, con sus piernas fracturadas y presa de horribles dolores. Como se había producido, además, un incendio de los vagones, las llamas alcanzaron al infeliz muchacho que pedía a gritos que lo mataran para evitarse los tremendos dolores ocasionados por las fracturas y el fuego. Era imposible sacarlo de la situación en que se encontraba. Entonces, un compañero suyo, sufriendo un ardo, se acercó y, en medio de los ayes de dolor, de las llamas y de la oscuridad, lo remató de un balazo. Luego los presentes, encabezados por el autor, se inclinaron ante el compañero muerto y elevaron sus plegarias entrecortadas por el llanto.

En 1929 me tocó conocer, como Secretario de un Juzgado de Instrucción, en el caso de Juana Costello de Peretti, una mamá de un balazo a su hija afectada de lepra. Esta enfermedad, incurable y con nefastas lacerantes dolores en su etapa final, era hereditaria en la familia. Los padres de la homicida habían muerto en medio de atroces dolores, y Juana vivió poseída del temor de que su única hija llegara a padecer de ese terrible mal, hasta que un día comprobaba, por síntomas evidentes, que la niña era también leprosa. Comienza en ese momento su calvario. Vive angustiada y con la obsesión de que la hija morirá como sus abuelos, sufriendo y alejada de los suyos. Desesperada por esa idea, y cuando la enfermedad comenzaba a hacerse sentir, mató a la niña de un certero balazo. Luego intentó suicidarse, pero la bala fue desviada en su trayectoria y sólo le ocasionó una herida leve, de la que curó. Yo escuché de esta pobre mujer sus angustias, sus penurias, sus sufrimientos morales. Los médicos forenses que la examinaron, movidos sin duda por sentimientos de piedad, informaron que, en el momento del hecho, la procesada había obrado en estado de inconsciencia, y el Juez interviniente decretó entonces el sobreseimiento definitivo. La solución no habrá sido tal vez estrictamente ajustada a los hechos... Pero sí fue humana... Y la justicia no puede desprenderse de humanidad en casos como este, en que la mayor pena para la madre era, precisamente, la pérdida

de su hija. No era necesario agregar una sanción más a esa desgraciada mujer.

Un mes después, un sobrino de la señora de Foretti, afectado también de lepra, dio muerte a su joven hermana, igualmente leprosa, y se suicidó.

Hace dos o tres años un médico norteamericano mató a su esposa a fin de evitarle los dolores de una cruel e incurable enfermedad. Lo hizo cuando sus colegas confirmaron el próximo fin de la enferma y en el período en que sólo los narcóticos mitigaban el sufrimiento constante. La justicia dictó un fallo que a nosotros nos extrañaría: lo absolvió de pena privativa de libertad, pero lo condenó a no ejercer la profesión por un tiempo determinado. Se dijo que como hombre había cometido un acto piadoso, pero que como médico no tenía excusa, ya que la función del médico es siempre alargar la vida y no acortarla. La apreciación de esa dualidad es realmente rara.

Pero no se crea que las prácticas estancánicas datan de esas fechas. Siempre se han realizado, aun cuando no siempre por piedad. En la antigüedad, esa muerte tenía una finalidad eugénica (la eugenesia es la rama de la ciencia dirigida al mejoramiento y bienestar de la raza humana) antes que caritativa. Los ancianos, los defectuosos, los enfermos de mente, eran personas inútiles para la colectividad y se consideraba que era un deber eliminarlos.

Uno de los primeros casos —si no el primero— de que se tiene noticia de homicidio piadoso está relatado en el Libro de los Reyes de la Biblia, donde se cuenta la relación que hace un amalecita del desastroso resultado que tuvo para los israelitas el combate con los filisteos, que hirieron gravemente a Saúl en el monte Gelboé. Según ese texto, el amalecita refiere a David que Saúl le pidió que lo matara porque "estoy ya en la agveia y no acaba de salir mi alma". Como en ese momento los carros del enemigo estaban próximos al lugar, el relator agrega que "Por lo que poniéndome sobre él, le acabé de matar" (Libro Segundo de los Reyes, capítulo 1°, versículos 8 a 10). Los escritores católicos niegan veracidad a ese pasaje bíblico, pero, de todos modos, puede verse en el relato hecho a David un caso evidente de muerte piadosa.

En ciertas tribus primitivas, especialmente escandinavas y eslavas, era costumbre que los hijos quitaran la vida a sus padres decrepitos, y una esquimal se los llevaba a largas distancias, dejándolos con alimentos para pocos días. Los espartanos daban muerte a las criaturas raquíticas, deformes o con taras físicas, arrojándolas desde la cima del Monte Taigeto. Se las consideraba una carga inútil y onerosa para el Estado, preocupado, como es sabido, en criar futuros guerreros, fuertes y robustos. Los que

no reunían esas condiciones eran eliminados desde la más tierna infancia.

Entre los hebreos se guardaba cierta consideración a los condenados a muerte y, para hacerles menos amargo el trance, se les daba a beber bebidas que lo hicieran menos doloroso. Tal vez con ese sentido dieran a Jesús el vino mezclado con la hiel.

En Atenas se autorizaba a los médicos a propeccionar bebidas tóxicas a los clientes que se las solicitaran para apurar la muerte que demoraba en llegar. Hipócrates, contrario a ese criterio, escribió en su famoso juramento, observado por todos los médicos del mundo: "Yo no entregaré a nadie ningún veneno que se me pida...".

No hace falta acudir a la remota antigüedad ni a países extraños. En nuestra campaña, y lo mismo en las de otros pueblos sudamericanos, era habitual "despenar" al amigo que, próximo a morir, sufría dolores que superaban lo normal. Era casi un deber amistoso, José Ingenieros, en un artículo publicado en el año 1911 en la Revista del Círculo Médico Argentino, relata un caso que le fuera consultado por un Juez de provincias y que, por sus especiales características, reproduciré textualmente. Se trataba de un campesino, tuberculoso pulmonar y con avanzadas lesiones faríngeas, laríngeas y esofágicas, que le impedían tomar alimentos y, por lo tanto, empieza a verse morir de hambre. Cuenta Ingenieros:

"Durante dos años ha recorrido todos los hospitales urbanos, vendiendo por fin unos caméfitos con cuyo producto se entrega de buena fe al villaje de curanderos mano-santas, brujas y toda clase de embaucadores, que agotan todos sus recursos pecuniarios. Reducido a la mayor miseria, sin ánimos ni recursos para permanecer en la ciudad, regresa a un pueblecito de la campiña y un viejo y leal amigo de la infancia le hospeda caritativamente en su rancho pobrísimo. Al principio el enfermo sobrelleva resignadamente su triste situación; come algo y sus fuerzas le permiten algunos movimientos en la cama, los necesarios para satisfacer sus necesidades más premiosas. A poco andar, la deglución tór-nase difícil y el estado general conduce al enfermo a una completa inacción como de quien se ve morir de hambre, día por día, hora por hora. En tal situación pide a su buen amigo, a su "hermano" de toda la vida que lo "despense". El otro se resista, intenta darle alientos, le dice que tal vez pueda sanar y procura convencerle. Pero todo es en vano; a los pocos días renueva el enfermo su súplica con igual resultado. La tercera vez, el amigo ejecuta el gesto liberador que refiere de la manera siguiente:

"A las ocho de la mañana le llamó el enfermo por señas y con gemidos —pues desde tiempo atrás tenía dificultad para hablar—, se le echó al cuello llorando y gimiendo en forma tan desesperada y desgarradora que él también se echó a llorar hondamente con-

movido. En ese momento el enfermo cayó de espaldas, sofocado por un horrible acceso de tos, que parecía iba a arrojar los pulmones por la boca; y mirando fijamente a su amigo como implorándolo, tomó su mano derecha con las dos propias y las llevó hasta su cuello instándole a apretar con muécas desgarradoras. El amigo no recuerda más. Dice que estaba llorando con el corazón partido de pena; apretó un momento volviendo la cara del otro lado para no ver, pero que el infeliz se quedó en seguida tan tranquilo, como si le estuviesen haciendo un gran bien.

"Después, el estrangulador notificó a los vecinos que el enfermo había fallecido, lo que a nadie extrañó, pues todos sabían su extrema gravedad y por creerlo inútil no dijo que lo había despenado. Al regresar al rancho se encontró con un colono italiano y según declaró el procesado "no sabiendo qué contarle se me ocurrió decirle cómo ayudé a bien morir al pobre Juan". El italiano, formado en un medio social donde no era excusable un acto de tal naturaleza, denunció el hecho a las autoridades. Detenido el criollo declaró tranquilamente, que no había contado antes cómo ocurrieron las cosas, porque no se le había ocurrido que fuera malo y por impedirle hablar de ello la propia aflicción en que le tenía la muerte de su amigo.

"El funcionario judicial que tomó declaración al autor de la muerte agrega el siguiente comentario: "Parece que, realmente, Don G. . . no cree haber hecho nada malo, sino que por el contrario, más bien cree haber cumplido con los deberes de amistad"."

Ingeniero, partidario de la eutanasia, aprobó la conducta del criollo.

Antes de dar término a esta parte de la conversación de hoy, recordaré que los caballeros de la Edad Media cuando combatían en los duelos singulares llamados "Juicios de Dios", llevaban un puñal pequeño y filoso, que utilizaban para rematar al adversario que caía vencido con heridas mortales, introduciéndolo por un intersticio que tenían las armaduras a la altura de la garganta. Ese puñal se denominaba "misericordia", y es lógico admitir que el propósito perseguido no era vindicativo sino piadoso. Algunos suponen que la señal con el pulgar hacia abajo que hacían los operadores romanos en el circo, y que indicaba que el vencedor debía dar el golpe de gracia al gladiador vencido que se desangraba en la arena, tenía una finalidad piadosa. Tal suposición no es convincente, dada la manera en que se sentía en esa época. Era, más bien, una manifestación de la crueldad de los emperadores, que estimaban inútil para siempre al gladiador que había perdido su lucha a muerte.

Lo expuesto en el apretado resumen que acabo de hacer, demuestra que la Eutanasia es un tema que nace con la historia misma y que prosigue con el andar de los años hasta tener cabida,

según veremos, en algunas leyes contemporáneas. Demuestra también que, en épocas pretéritas, marchaban juntas la muerte liberadora de sufrimientos y la muerte eliminativa de los que no podían ser útiles a la comunidad. Es decir, que aparecen unidas la Eutanasia y la Eugenesia en su aspecto selectivo.

## II

Las prácticas eutanásicas lograron ser acogidas en algunas leyes modernas. Nos ocuparemos únicamente de ese aspecto, vale decir de la muerte liberadora de dolores, y no de la eliminativa de seres inútiles, que es problema de otra índole.

En 1906 una mujer de Cincinnati, Ana Hall, presentó a la Cámara de Representantes un pedido para que se la autorizara a concluir con los insufribles dolores de su madre. En principio, la demanda fue aceptada, pero el revuelo que causó el asunto hizo que volviera a tratarse en segunda lectura y fue definitivamente rechazado. Pocos años más tarde, en 1912, otra mujer, Sara Harvis, elevó a la Cámara de Representantes del Estado de Nueva York, esta escalofriante comunicación: "Estoy paralítica y mi dolencia es incurable. Llevo cuatro años postrada y sufro horribles dolores. Mi médico ha agotado su ciencia, que es mucha, para mitigar mis sufrimientos, pero ya no puede hacer más. Quiero suicidarme, pero como no puedo moverme, no me es dado quitarme la vida sin ayuda ajena. Le he pedido a mi médico que me procure una muerte dulce por medio de la morfina, pero no quiere porque teme que le envíen a presidio. Por esto yo me dirijo a esa Cámara para decirle que mi vida es un sufrimiento horrible, un eterno suplicio. ¿Por qué no han de librarme de ella? Que esa Cámara autorice a mi médico para matarme sin hacerme sufrir. Hará una obra de caridad. Sólo la muerte puede poner fin a mi suplicio. ¡Venga la muerte redentora! ¡Y benditos sean los que me la procuren!". La Cámara de Representantes rechazó el pedido sin tomarlo en consideración, pero la carta causó gran sensación en los centros científicos y culturales, emitiéndose opiniones favorables y adversas a la súplica de la enferma. En el mismo año fue presentado un proyecto de ley al Parlamento de Sajonia, autorizando a los médicos a abreviar los padecimientos de los enfermos incurables que lo pídieran. Y años más tarde, el francés Binet Sanglé expuso un proyecto de minuciosa reglamentación para la muerte piadosa de enfermos incurables y sufrientes que la solicitaran, y cuyo estado se comprobare mediante examen de tres médicos especializados que dieran la certidumbre de la incurabilidad de la enfermedad.

En 1920, los alemanes Hoche y Binding, médico y jurista respectivamente, ambos de reconocido saber y sumamente res-

petados en los círculos científicos, abogaron por la oficialización de la eutanasia, fundándose en que hay vidas que han perdido la calidad de bien jurídico por carecer de valor para ellas y para la sociedad. Los citados autores agrupan en tres categorías a los seres a quienes debiera aplicarse la eutanasia: seres que por enfermedad o heridas llegan a un estado de dolor sin límites y piden la muerte; seres cuya muerte no es inmediata pero que son incurables —v. gr., los locos— y cuya muerte sólo puede ser sentida en condiciones restringidas; y seres espiritualmente sanos pero que en virtud de cualquier acontecimiento han perdido el sentido y que cuando vuelvan de su inconsciencia caerán en miserable estado, por ej., intoxicados, accidentados, etc. El pequeño libro de Binding y Hoche causó sensación. Fue discutido ampliamente en la Sociedad Psicológica-Forense de Gotinga, con asistencia de juristas, médicos, filósofos y teólogos. El resultado de la polémica suscitada en esa asamblea, lo mismo que en otras que se convocaron con el mismo objeto, fue la repulsa casi unánime de las ideas de Hoche y Binding. Sin embargo, la discusión pública y las opiniones encontradas no fueron infructuosas, pues, a partir de entonces, varios países introdujeron en la legislación penal reformas tendientes a atenuar sensiblemente la pena a los autores de homicidios piadosos y aun, en ciertas condiciones, a eximirlos de toda sanción. Es particularmente interesante el artículo del proyecto Checoslovaco de 1925, así redactado: "Si el delincuente ha dado muerte a otra persona por piedad, a fin de acelerar una muerte inevitable y próxima, y librarla así de crueles dolores causados por una dolencia incurable, o de otras torturas corporales contra las que no hay remedio alguno, el Tribunal puede atenuar excepcionalmente la pena o eximir del castigo". Por su parte, el Código del Perú reprime con prisión no mayor de cinco años al que, por un móvil egoísta, ayuda o instiga al suicidio de otro. La condición del "móvil egoísta", indica que cuando el motivo es altruista o piadoso no podrá recaer condena. Otras legislaciones —Brasil, Bulgaria, Letonia, Colombia, Costa Rica, Noruega, el cantón suizo de Ticino— no llegan a la impunidad, pero atenúan el homicidio. Los proyectos argentinos posteriores a 1922 también contienen disposiciones sobre el homicidio caritativo, atenuando la responsabilidad del autor. Encuentro perfectamente coherente con el sistema del Código esa atenuante, ya prevista para el infanticidio, que es un homicidio por causa de honor, y el homicidio cometido en estado emocional excusable. No habría, pues, razón valedera para negar poder de atenuación al que, a impulsos de un sentimiento de piedad, perfectamente demostrado, mata a otra persona que sufre una enfermedad incurable, a su propio requerimiento, para abreviar una agonía demasiado larga y dolorosa.

Claro está que si la palabra "eutanasia" equivale a muerte dulce, agradable, indolora, no es posible limitarla al aspecto puramente legal, que es, como anticipé, el que interesa a nuestro curso. Haré, no obstante, un rápido examen de las distintas especies.

Hay, por de pronto, una eutanasia espontánea ampliamente explicada por Royo Villanova en "El derecho a morir sin dolor", y otra provocada. A la primera categoría pertenecen la muerte súbita y la muerte natural. A la segunda, la eutanasia eugénica, la terapéutica y la legal.

Fundados en la etimología de la palabra eutanasia —"eu", bueno; "thanatos", muerte—, ciertos autores sostienen que las muertes súbitas, repentinas, son verdaderas eutanasias. La muerte no da tiempo a advertir su proximidad. No hay transición dolorosa entre el paso de la vida a la muerte. Es esa clase de muerte de la que Montaigne dijo que era la suprema dicha de la vida, y que anhelaba Julio César. Con referencia a esa muerte fulminante, Ramón y Cajal ha dicho: "... Si eres labrador, pide a Dios que te sorprenda la muerte plantando un árbol; si eres escritor, ruégale que la implacable te sorprenda con la pluma vibrante, reclinada la cabeza sobre las albas cuartillas, el más bello de los sudarios".

La eutanasia natural está representada por lo que comúnmente se llama muerte natural, la que resulta del debilitamiento progresivo de las funciones vitales. Es la muerte de los viejos, "sin otro sufrimiento que la dificultad de existir". Es el descanso, deseado a veces luego de una vida prolongada y de luchas. La muerte llega como una función normal en personas de edad avanzada, y arriba como el sueño de todas las noches. Las funciones vitales se extinguen, a la manera de la llama de una vela, poco a poco, en una agonía tranquila, sin dolor. No es la más frecuente de las muertes, porque el mecanismo humano es tan delicado que rara vez los hombres llegan al fin natural de su evolución vegetativa.

El anciano sale de la vida como entró: sin saberlo, sin darse cuenta, inconscientemente. Sin el menor sufrimiento. "El viejo, se lee en el excelente trabajo de Royo Villanova, se va al otro mundo apaciblemente; para él, morirle no ha sido otra cosa que quedarse dormido. El individuo que así se duerme, en este sueño eterno, muere como el vegetal que no habiendo tenido conciencia de su vida, tampoco puede tenerla de su muerte". Marañón enseña que "la esclerosis cerebral borra suave las huellas del pasado en embotamiento sensitivo; aísla un tanto el mundo que nos rodea, y dulce viene la muerte, no con la hórrida guadaña,

sino con un bello gesto" ("El deber de las edades"). No en vano la mitología griega presentaba a la Muerte y al Sueño como los hijos gemelos de la Noche.

Llegado el hombre a la vejez, va desapareciendo el instinto de vivir, que es substituído por el instinto de la muerte. A esa edad la visita de la muerte es esperada con tanto deseo como la del sueño.

Novoa Santos, otro distinguido médico español, fallecido hace pocos años, dice en un pequeño pero hermoso libro intitulado precisamente "El instinto de la muerte": "Hay que pensar que la muerte natural es una necesidad fisiológica, y que sobre el estirio de esta necesidad debe levantarse el nuevo instinto de la muerte. Ya que a la satisfacción de todas nuestras necesidades fisiológicas se asocia un sentimiento de placer, también debería sernos agradable el hecho de colmar la postrera necesidad de la vida. Si luchamos esforzadamente para satisfacer nuestras groseras necesidades corporales, y en el instante de acallar la sed y sofrenar el hombre nos sentimos ahitos; si invocamos el sueño y el descanso después de una penosa jornada, y al despertar nos sentimos invadidos por la grata sensación de la euforia; si procuramos conquistar nuestro alimento espiritual, y una vez logrado experimentamos el placer de la hartura, ¿no debiéramos, por las mismas razones, invocar la muerte cuando se acerca el término natural de la existencia? Deberían de invocarla los viejos, y si no la invocan, por lo menos sabemos de muchos viejos que la reciben santamente, que es una manera de invocación pasiva y silenciosa".

#### IV

A la eutanasia provocada o artificial pertenecen la eugénica-económica, la terapéutica y la que ha sido llamada legal, que es la correspondiente al enfoque jurídico-penal del problema.

Sobre la terapéutica, es decir del derecho que debiera concederse a los médicos para suprimir rápidamente al enfermo sin esperanza de salvación, dándole el sosiego y la calma en los supremos instantes por medio de sustancias narcóticas y calmantes, se expresa el antes citado Royo Villanova: "Cuando por causa de accidente o enfermedad aguda uno es derrocado en pleno vigor y como arrancado por violencia a la vida, la muerte expone a sufrimientos crueles; pero se sufre muchas veces más sin morir, y la muerte, que pone fin a las intolerables torturas, juega un papel de liberadora: el aire de calma solemne que esperece sobre las facciones cuando su obra está acabada, demuestra que es la libertad final y el supremo apaciguamiento" ("El derecho a morir sin dolor"). La observación final del profesor español

es certera. Cuando desempeñé la función de Juez de Instrucción tuve oportunidad de ver muchos muertos por la violencia, y, sin embargo, nunca en sus rostros una mueca de dolor, de espanto. La beatitud de las facciones del muerto contrasta a menudo con las de los familiares acogojados. Más de una vez, hemos oído decir a personas que observaban la cara de un muerto: "Si parece que está dormido... y hasta que esboza una sonrisa".

La eutanasia eugénica y económica no es sino la aplicación social de la eulmasia terapéutica o médica, y consiste en provocar artificialmente una muerte dulce y sin padecimientos a todo ser humano que, por causa de nacimiento, deformidad adquirida, accidente desgraciado o enfermedad incurable pueda degenerar la raza, perturbando eugénica o económicamente el medio social. Para sus partidarios, el esplendor de la raza es un valor tan absoluto que a su lado palidecen los demás. Es sagrado imperativo que debe prevalecer sobre cualquier otra consideración, por respetable que fuere. Para ellos, los raquítics, los imbéciles, los dementes, están ocupando un lugar que pertenece a los más fuertes y sanos y deben ser exterminados sin piedad. Y propugnan la selección humana con los mismos procedimientos con que se procura el mejoramiento de la raza caballar o canina.

Ya vimos que se llegó hasta proponer sistemas oficialmente autorizados, y cuál fué su condenación general. Esos métodos, según se desprende de informaciones emanadas de algunos gobiernos europeos, fueron puestos en práctica durante la última guerra mundial por una de las potencias combatientes mediante cámaras de gases letales. Aparte de que esos procedimientos sublevaran nuestra conciencia y nuestra manera de sentir, de haberlos aplicado con la severidad que algunos han postulado, no habrían existido glorias que se llamaron Miguel Angel, Scarron, Lamartine, Leopardi, Esopo. Esos enfermos inútiles —no recuerdo ahora quién lo dijo— han conquistado el derecho a la vida de todos los deformes y degenerados.

Además, no todos los seres desprovistos de valor vital son completamente inútiles. Los dementes son a veces aptos para faenas rurales, los inválidos para labores manuales y artísticas, los decrepitos para aconsejarnos y mantener unida la familia. "Ese anciano mísero postrado, se lee en un trabajo de Luis Zulueta, agónico, que entre las nieblas de su conciencia quería levantar la mano para bendecirnos, realiza con ello un acto que quizás no vale menos que el descubrimiento de un nuevo principio científico o la inauguración de una nueva línea de aeroplanos". Y lo curioso es que, en la práctica, son los propios médicos lo que se resisten a abreviar la vida del paciente. Tal vez alguno, movido por un sentimiento humanitario, lo haga sin decirlo. Pero cada vez que son solicitados por algún miembro de la

familia para aplicar la inyección final, se han negado categóricamente a hacerlo, invocando aquello de que su función es prolongar y no acortar la existencia.

Y ya que acabo de referirme a las solicitudes de los parientes, es menester tener en cuenta que, algunas veces —no afortunadamente todas— esta finalidad aparentemente humanitaria oculta un sentimiento egoísta, porque en esas agonías largas suelen sufrir mayores tormentos espirituales los que atienden al enfermo que éste. Lo recuerda Royo Villanova con estas crueles frases: "¿No recordáis el caso de esos enfermos crónicos, fatalmente destinados a morir, que durante meses y meses son la pesadilla de sus familiares, que les cuidan al principio con cariño, luego con resignación, después con impaciencia? Acaban al fin de sus días no sin pasar por el tormento de adivinar los encontrados sentimientos que despierta en su derredor aquella enfermedad desesperada. Y cuando vais a dar el pésame a la familia, os conforta y sorprende la facilidad conque se os anticipan a las frases de consuelo. Por fin —dicen sin lágrimas de emoción— el pobre ha dejado de sufrir y descansa. ¡Y los que han descansado son ellos!".

## V

Por fortuna, repito, ninguna de esas tesis ha triunfado. Sobre todas las consideraciones prácticas, económicas, eugénicas y terapéuticas, se ha impuesto el "¡No matarás!".

Otro argumento que se alega en favor de la eutanasia radical, como vimos, en la necesidad o conveniencia de evitar lacerantes dolores al agonizante. Pero es un error muy difundido creer que el moribundo sufre. La sensibilidad desaparece en el moribundo cuando parece sufrir más, y los signos exteriores de ese sufrimiento no son, la mayoría de las veces, más que reflejos puramente mecánicos que se producen fuera de la conciencia. Las alteraciones de la sangre que circula por el cerebro y el embotamiento general del sistema nervioso, con la paralización de las funciones del gran simpático, tornan fisiológicamente imposible el sufrimiento.

Novas Santos ha escrito al respecto: "Otra de las fuentes que alimenta el temor a la muerte, es la creencia de que nuestra extinción resulta físicamente dolorosa. Ningún dolor experimenta el hombre cuando un brusco accidente le nubla la conciencia, o cuando se consume en el lento y suave agotamiento de la vejez. Aun en el caso de que la agonía tenga la apariencia de una lucha atrozadora, parece tratarse más bien de un cuadro engañoso que sobrecoge al espectador, pero que respeta a la víctima próxima a abatirse. Algunos de los que se han encontrado en trance de morir, y luego volvieron a la posesión de la plena vida sana, han

revelado que en la proximidad del momento decisivo se experimenta un indecible sentimiento de bienestar, una ventura sin límites y una exaltación dulce y serena del espíritu. Ni aun parece sufrir el hombre en la agonía más aparatosamente cruel. Las muecas de dolor, la inquietud, las contorsiones que sacuden el cuerpo, el extravío de la mirada... todo, en suma, lo que parece traducir un sufrimiento real del moribundo, son gestos que se desatan al margen de todo dolor, en virtud de mecanismos fisiológicos que no irrumpen en la conciencia, ya muerta, del agonizante". Y concluye el párrafo con esta poética expresión: "Trágica en la forma, en el gesto, pero suave, mansa y dulce como una novia, nos recoge la muerte".

Los que han escuchado las últimas palabras de muertos ilustres, confirman que, en ese instante decisivo, no se han quejado de torturas físicas. Por el contrario, esos últimos momentos son de calma y serenidad. Los relatos de los médicos son concluyentes en ese sentido. Cuéntase que el matemático Terrasson murió diciendo: "Calculo que he perdido los cuatro quintos de las luces que había adquirido", y que, para hacer hablar a Lagny, un amigo le preguntó cuál era el cuadrado de doce, respondiéndole en el acto el moribundo "ciento cuarenta y cuatro", y expiró. El sabio botánico Heiler tomándose el pulso repetía "la arteria late... la arteria late... la arteria... ya no late" y quedó muerto. Rabelais, según las referencias, concluyó su vida con estas palabras: "No tengo nada, debo mucho, y el resto se lo dejo a los pobres. Bajad el telón, el sainete ha terminado". El ironista Scarron, sofocado por el hipo final, exclamó: "El escape de ésta, vaya sátira que voy a hacer contra el hipo". Y se dice de un caballero de la corte de Luis XIV, que divertía a su rey imitando las muecas y gestos de los moribundos, que al ser visitado por el monarca en sus últimos instantes, alcanzó a decirle: "Señor, muchas veces os he divertido imitando a los demás; ahora me llega el turno a mí: mirad bien, porque nunca lo haré mejor".

Entrados ahora a la última parte de la exposición, examinaremos algunos argumentos que, referidos especialmente al enfoque jurídico-penal del tema, son también aplicables a los demás aspectos de la eutanasia y que conducen a pronunciar un categórico rechazo. Quiero aclarar que cuando aludo al punto de vista jurídico-penal me refiero al "homicidio piadoso", vale decir a la muerte violenta que se da a otra persona, a su pedido o con su consentimiento, para evitarle los dolores de una enfermedad incurable o de una agonía larga y dolorosa, y no a la muerte por razones eugénicas, económicas y médicas.

Aparte de lo que he expuesto acerca del dolor, debe prestarse atención a dos criterios de superlativa importancia: la certidumbre del diagnóstico y la incurabilidad de la enfermedad.

La incurabilidad es uno de los conceptos más dudosos. Hay enfermedades, como la tuberculosis, que antaño eran casi siempre mortales y que hoy, merced a los progresos de la ciencia, que día a día nos da nuevas drogas medicamentosas eficaces, ya no lo es. Bien por el contrario, las estadísticas de mortalidad demuestran un ínfimo índice de muertes por esa enfermedad. Como lo era la hidrofobia antes de la vacuna de Pasteur. ¿Podríase afirmar que el canceroso morirá fatalmente porque en este momento no hay remedio contra ese terrible mal? ¿No se pensaba lo mismo hasta el instante en que Pasteur inoculó su vacuna salvadora?

El doctor Cardenal, que fuera profesor de la Facultad de Medicina de Madrid, cuenta el caso de un padre de tres hijos, a dos de los cuales muere un perro rabioso y a los que ve morir en medio de horribles sufrimientos. Cuando creyó que el tercero de los hijos había escapado a la enfermedad, observó, aterrorizado, que presentaba los primeros síntomas de hidrofobia, seguramente mordido por alguno de sus hermanos en un descuido de los padres. Desde el mismo día de advertir los síntomas, el padre pensó en eliminar al hijo para que no sufriera como los otros, pero justamente ese día Pasteur comenzó a aplicar con éxito su vacuna, y la criatura fue salvada. El propio relator pone en duda la veracidad de la historia, pero el caso pudo presentarse.

Más comunes son los errores de diagnóstico. Jiménez de Asúa, que ha escrito eruditas páginas sobre el tema y que es enemigo declarado de las prácticas eutanásicas, refiere el caso de un joven estudiante de medicina que fue mordido por un perro sospechoso de hidrofobia. El muchacho, que había estudiado los síntomas de la rabia y que, por añadidura, era un neurasténico, ofreció todo el cuadro del mal, con sus más característico síndrome. El diagnóstico parecía seguro. Pero el joven no estaba enfermo; todo fue una sugestión que halló terreno propicio en su neurastenia. Pensemos, acota el maestro español, en un partidario de la Eutanasia que, engañado por los síntomas que el joven presentaba, hubiese propinado al falso hidrófobo un "dulce veneno" para evitarle el tormento de una enfermedad absolutamente incurable. La posibilidad de un error sobre el criterio de la incurabilidad, continúa, me espanta en tales términos que no acierto a basar la Eutanasia sobre raíces tan inseguras. Un médico francés, el doctor Sicard, refiere el caso de una muchacha a la que se le diagnosticó cáncer de estómago, confirmado por los exámenes que le fueron practicados, y a la que se le hizo una operación meramente paliativa, regresando a su casa con un pronóstico de muerte a muy breve plazo. Al año siguiente, la presunta cancerosa ganaba un torneo de tenis.

## VI

La literatura no ha sido ajena al tema de la Eutanasia. Varias novelas basan su argumento en ese problema y, casi todos los autores, lo mismo que los argumentistas de películas cinematográficas, previenen contra la sinceridad del móvil del autor, que puede ser otro bien distinto al de la piedad.

Luis Araquistain es autor de una breve novela, "Las furias cautivas", en la que trata el problema de la vida sexual de los presos, y, como episodio secundario, toca el homicidio piadoso. Presenta a un simpático viejito, que, por piedad, dio muerte a su mujer cancerosa, y está cumpliendo su condena. Sin embargo, el motivo no fue altruista, y en la soledad de la cárcel se apercebe que, en realidad, fue un amor inconsciente por su mecanógrafa el que armó su brazo homicida.

Jiménez de Asúa, en "Libertad de amar y derecho a morir", alude a un cuento de Hernández Catá, que califica de maravilloso, en el que, aparte de destacar su repulsa por la eutanasia, demuestra en la trama los resortes indignos que pueden mover el ánimo del que desea abreviar la vida del enfermo. Un viejo catadrático aprovecha el entusiasmo por la eutanasia de su joven discípulo para obligarle, con refinada hipocresía, a apurar los últimos días de su vieja cónyuge, paralítica irremediable. Tiempo después, en un baile, el joven médico descubre la verdad: su anciano maestro, de tan respetable apariencia, liberado del lazo que lo unía a su esposa, casó enseguida con su antigua amante.

Eso se dice en novelas, pero invitan a meditar muy hondamente y a investigar muy acuciosamente los casos que puedan producirse de crímenes caritativos. Los literatos de fina sensibilidad suelen captar mejor que los técnicos la psicología de los hombres. En cambio, se muestran decididos partidarios de la eutanasia escritores de tanta nombradía como Wells, en Inglaterra; Guido da Verona y D'Annunzio, en Italia; Mauricio Maeterlinck, en Bélgica y en Francia, Guy de Maupassant y Roger Martin du Gard. El caso de la Umínska, relatado al comienzo, dio tema a Marcel Prevost para su difundida novela "Su querida y yo", en el que plantea el conflicto entre una mujer que practicó la Eutanasia con su primer marido enfermo, y el actual, amigo del anterior y que repudia el proceder de su mujer, inconcebible para sus sentimientos de occidental.

## VII

Los que abogan por la Eutanasia agregan que si el enfermo ha requerido la muerte o, por lo menos la ha consentido, ningún reproche cabe a quien cumple la trágica faena.

El criterio es objetable. En primer término, porque es raro el enfermo que realmente desee la muerte. Cuando sienten sus carnes doloridas, piden que la muerte los libere cuanto antes. Pero no bien experimentan el más leve alivio, se apegan nuevamente a la vida. Los médicos opinan que es rarísimo el enfermo que de verdad quiere morir. El instinto de la vida, en personas que no han llegado a la senectud, es demasiado fuerte. Un médico cuenta el caso de un hombre que intentó suicidarse por segunda vez y fue llevado a la sala de operaciones para extraerle la bala, y cuando el cirujano se aprestaba a dar comienzo a la intervención, el suicida advirtió que, por una puerta abierta del quirófano, se colaba una corriente de aire, y pidió que cerraran esa puerta, "no sea cosa que me agarre una pulmonía".

Además, no es posible asegurar que está en la plenitud de sus facultades mentales el enfermo que pide la muerte. ¿No es a menudo el suicidio un motivo para dudar de la salud mental de quien se quita la vida?, se pregunta Morsell. Y en idéntico sentido Jiménez de Asúa previene que es preciso reconocer que es muy dudosa la consistencia del deseo o la voluntad, expresadas y concebidas en momentos de dolor, cuando la mente está dominada por la emoción y la angustia, cuando por el estado autotóxico del cerebro pueden faltar del todo o estar muy disminuidas la conciencia y espontaneidad de los propios actos.

## VIII

Heimos llegado, por fin, a la consideración del aspecto jurídico del homicidio pasados.

Una corriente de opinión, acogida en el Código soviético, aboga por la impunidad. Otras, que constituyen mayoría, estiman que el móvil pasados, debidamente acreditado, debe computarse como figura privilegiada del homicidio, como lo es la causa de honor y la emoción violenta. Vimos ya que varios códigos han recibido en sus normas ese criterio. Por último, con un criterio de severidad y haciendo caso omiso del motivo, para otros este homicidio será un homicidio común. Nuestro Código no contiene disposición alguna al respecto, pero, en los poquísimos casos acontecidos, los Jueces no permanecieron indiferentes ante el drama humano planteado y, sin escapar de los marcos legales, encontraron buenas razones para excusar por haber obrado el autor en un estado de locura momentánea o de emoción violenta excusable.

Para excusar este tipo de homicidio se acude al principio del consentimiento de la víctima. Si ésta, se dice, que es dueña de su existencia, ha consentido en su eliminación, no hay reproche que pueda alcanzarse al que pone término a los padecimientos. Novoa

Santos, que fue médico y no jurista, expresa que quien tiene derecho a vivir también debe tenerlo para morir. "Se nos concede el derecho a disponer de nuestras prendas de uso personal y de nuestras propiedades, que forman una prolongación jurídica de nuestra personalidad... y niégasenos el derecho a disponer de lo único verdaderamente nuestro y, no obstante, la sociedad organizada sabiamente cree tener derecho, y lo ejerce violentamente muchas veces a disponer de nuestra vida. Si no es la pena capital para los criminales, es el imperativo que nos violenta a disponer de la vida enviándonos a la conquista de territorios, o lanzándonos a combatir contra hermanos de otra religión, o de otra lengua, o de ideales que no son los nuestros. O es, por último, la indiferencia ante ese ejército de hombres y niños que sucumben de inedia, de frío o de morbos inevitables. ¿Por qué se puede morir por un ideal, ideal más vigoroso que la misma vida, que nos obliga a despreciar, y, en cambio, no se "debe" morir a impulsos de otros móviles? Desprenderse de la vida por tedio o por dolor no es menos gallardo que producirse por presión de otros móviles".

Esto nos conduce directamente al problema del valor del consentimiento en derecho penal, punto que daría materia para una clase íntegra, y sobre el que Felipe Grispiñi, uno de los más lúcidos penalistas de Italia, ha escrito un muy importante trabajo ("Il consenso dell'offeso").

Por de pronto, el consentimiento de la víctima es un tema de carácter general y que, por lo tanto, no puede ser reducido al homicidio piadoso. Abarca toda la gama de los delitos del catálogo penal y se vincula con otro más amplio: la extensión del derecho del individuo sobre su propia personalidad.

Para la determinación de ese derecho se acudió, en un principio, a la distinción clásica de derechos "adquiridos" —renunciables— y de derechos "innatos" —irrenunciables—. Entre éstos, se cuenta el derecho a la vida física (integridad personal) y a la vida moral (libertad en todas sus formas, de locomoción, de pensamiento, de trabajo, etc.). Los primeros, son los derechos patrimoniales, únicos renunciables, siempre, claro está, que la renuncia no afecte el interés público y el derecho de los demás. De manera, pues, que yo puedo consentir —y esta voluntad tendrá efecto exculpatorio— que alguien saque la cartera de mi bolsillo y se la lleve. Pero, en cambio, mi consentimiento para que alguien atente contra mi integridad personal, no tendrá poder para eliminar la delictuosidad del hecho.

Grispiñi, en el libro citado, limita el ámbito del consentimiento eficaz a tres grupos de casos: cuando se trata de derechos privados cuya lesión por sí sola no constituye delito; cuando se trata de derechos privados cuya lesión es perseguible únicamente por querrela o instancia de parte; cuando se trata de derechos

patrimoniales. Es decir, que yo puedo consentir eficazmente la acción inocente, la injuria o la calumnia y el hurto. No podré, en vez, destruir la ilicitud de la lesión corporal o del homicidio.

En realidad, en aquellos casos no es propio hablar de delito justificado por el consentimiento. Esto lo demuestra claramente Jiménez de Asúa cuando expresa que lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata. Sería cómicamente ridículo que cuando permito que otro tome una cosa mía, se diga que hay un hurto justificado por el consentimiento. El permiso del propietario ha hecho surgir una figura jurídica bien distinta a la del delito contra el patrimonio; en ese caso nos hallamos en presencia de una donación.

El requerimiento de la víctima no puede tener, pues, eficacia para eliminar la culpabilidad del agente y excluir la pena. El derecho a morir no debe confundirse con un supuesto derecho a matar, exista o no consentimiento. Por otra parte, no se ve cómo podría hablarse seriamente de consentimiento válido en los supuestos de los dementes o idiotas, y aun de los dolientes en trance de muerte, cuyas facultades mentales, según antes lo dijimos, estarán bastante disminuidas.

Si el Estado reconociera, como algunos quieren, la facultad de abreviar los sufrimientos, la muerte, dada en esas condiciones, sería un acto que quedaría al margen del Código penal, como queda la venta de billetes de lotería autorizada y la mendicidad de las órdenes mendicantes religiosas reconocidas por el Estado. Sería un acto lícito, como la muerte del condenado a la pena capital.

Y como tampoco podría seriamente pensarse en la impunidad invocando que se trata de una "causa de justificación", como la legítima defensa, o de inculpabilidad, como el error de hecho, sólo resta, desde el estricto enfoque jurídico, la represión del homicidio piadoso con sujeción a la norma del art. 79 del Código Penal, o, en su caso, del art. 80, salvo, naturalmente, que de las circunstancias del caso concreto, resulte que el autor obró en estado de inconsciencia o de emoción violenta.

No se me oculta el excesivo rigorismo de calificar el crimen caritativo como homicidio simple e imponer al autor una pena no inferior a ocho años de prisión y que puede llegar a ser perpetua. Así se ha sentido también en los países que han ido introduciendo en su legislación penal la figura atenuada del homicidio piadoso, cometido por parientes o amigos del sufriente. Y es de esperar que en la reforma de nuestra ley penal reciba favorable acogida, creándose una figura de homicidio privilegiado para los casos determinados por móviles piadosos y que, según palabras del profesor Peco, "son de un dramatismo enternecedor que ponen de relieve no sólo sentimientos generosos, sino también heroísmo

ejemplar, ya que acaso hay menos abnegación en rehusar la demanda que en matar. Repugna a la conciencia popular y al sentido jurídico que una madre que mata a la hija leprosa o a un cónyuge doliente sean objeto de las sanciones rígidas del homicidio calificado". En su proyecto de 1941 establece que si el autor obrare por móviles piadosos y en caso de consentimiento mediante instancias apremiantes del interesado, la sanción será de uno a tres años de prisión. Exige no sólo el móvil piadoso, sino, además, el requerimiento del enfermo, manifestado mediante "instancias apremiantes".

Otra solución estaría en el perdón judicial, institución que todavía no ha sido recibida en nuestra legislación penal, como, en cambio, lo ha sido en otros países (Noruega, Japón, Uruguay, Italia, China, Colombia). Es una facultad que se otorga al Juez para perdonar al autor de primer delito cuando, por la levedad del hecho y los motivos determinantes o por la concurrencia de circunstancias extraordinarias que revelen mínima peligrosidad, pueda vaticinarse que el autor no volverá a delinquir. Como se advierte, esta facultad —que el Código vigente acuerda, aunque no en forma de "perdón", en ciertos casos de tentativa de delito imposible— no se condiciona únicamente a la levedad del hecho, sino que puede aplicarse a cualquier delito si el imputado obró movido por motivos sociales.

El perdón judicial —substitutivo judicial del derecho de gracia que se acuerda al P. E., y que, para no caer en desprestigio, tendría que ser empleado con suma cautela—, ha sido acogido, como adelanté, por varias legislaciones positivas. No habrá Juez alguno, se lee en el recordado estudio del profesor Jiménez de Asúa, que a pesar de tener ante él la ley punitiva del homicidio consentido, pronuncie una condena contra el que abrevió los padecimientos de un canceroso que clama por la muerte en los últimos días de sus lancinantes angustias, o de un atacado de hidrofobia que pide la liberación de los terribles espasmos que le martirizan. En la ancha fórmula podrían hallar también el perdón el cónyuge que en justo dolor de saberse engañado por el otro de manera afrentosa e injustificada diere muerte al adúltero; el padre que mata al agresor del hijo fuera de legítima defensa; y tantos otros autores de delitos que en el caso concreto presentado al Juez merecen indulgencia plenaria.

Mientras tanto, el Juez tiene que manejarse con los rígidos preceptos relativos al homicidio, que, no obstante, siempre dan escape a soluciones en consonancia con los motivos nobles del homicida, sin llegar, empero, a la impunidad.

Pongo fin a esta segunda clase, y con ella al tema del homicidio piadoso, en las que hemos tocado, aun cuando tangencialmente, algunos puntos de la parte general que, aunque conocidos

por Vds., nunca está de más refrescar. He querido, además, abrir perspectivas para reflexionar acerca de un problema jurídico de raíz profundamente humana y que podrían servir de base para una futura discusión. He manifestado mi desacuerdo con las prácticas eutanásicas de tipo eugenésico, económico y terapéutico. No justifico, pero sí explico, el homicidio piadoso cuando es realmente tal, y estimo que la solución justa es la preconizada por Peco en su proyecto.



## DISPOSICIÓN DE LAS FORMAS: SU RENUNCIA

CARLOS A. AYARRAGARAY

Profesor Titular de Derecho Procesal II

El mejor homenaje que pueda tributarse a Hugo Alsina, incansable investigador y divulgador de las modernas doctrinas procesales, está en el curso de lecciones semanales, dispuestas por esta Universidad, al cumplirse el primer aniversario de su muerte. Y para nosotros, es doblemente grato el tener oportunidad de referirnos a sus enseñanzas, no obstante apartarnos de alguna de ellas, con lo que traducimos la mejor prueba de cariño al maestro, quien así revive en la novedad de la crítica con respecto a lo que enseñara. La culminación de la obra del trabajador intelectual está en la pesquisa y aporte ulterior de quienes patentizan las mismas inquietudes del antecesor.

El objeto de nuestra clase será el referirnos a la disposición de las formas, tema acerca del cual tenemos ideas distintas a las corrientes que cultivan los procesalistas argentinos. Partiremos para ello de una norma de nuestro Código procesal en lo civil, poco estudiada, y que no ha merecido mayor consideración: es el artículo 66, el cual textualmente dice: "Todas las contiendas judiciales entre partes, que no tengan una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario." Esta norma no existe en esos mismos términos en el Código de procedimientos civiles de la provincia de Buenos Aires, la cual está redactada con la siguiente originalidad: "Las leyes de procedimientos son de orden público y sólo renunciables en los términos de los artículos 19 y 21 del Código civil." La modificación de la legislación bonaerense nada significa en nuestro concepto, y claramente la precisó el maestro Lascano cuando dijo que de ella resulta que las normas procesales son de orden público y renunciables cuando no son de orden público. El problema que expondremos se perfila con estas preguntas: ¿pueden las partes abandonar las formas procesales estatuidas? ¿Puede abandonarlas el juez? ¿Puede no usarse la forma de juicio dispuesta por la ley, por voluntad de una de las partes o por acuerdo de las mismas? Estas preguntas tendrían respuesta substanciada en esta concreta proposición con un título ajetativo en mapo, ¿puede el acreedor seguir a su voluntad para

su realización el juicio ordinario, desentando la forma especial del juicio ejecutivo ordenada por la ley? Además y los contemporáneos afirman que sí. Ello en razón de que la renuncia a las formas procesales es natural, desde que el juicio ejecutivo está establecido en provecho del acreedor y no del deador, y además porque el ejecutado puede, a continuación del juicio ejecutivo, en el cual hubiera sido vencido, defenderse mediante el juicio ordinario subsiguiente. Se empieza, por lo tanto, por donde se puede acabar. Esa solución era correlativa a la facultad atingente y reconocida de la renuncia anticipada a oponer excepciones. Así lo decían los autores argentinos, hasta que en el orden nacional se sancionó el artículo 58 de la ley 14.237, que declaró irrenunciabiles la citación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia. Nosotros entendemos que tal renuncia, ni aun antes de la sanción del artículo 58 era legalmente válida, por ser ello una especie en el género de la disposición de las formas procesales. Es el tema, problema íntimamente unido a solución inspirada y, más que inspirada, concorde con principios constitucionales relacionados con la defensa en juicio. Creemos que todas las formas rituales son consecuencia de la reglamentación de la garantía de la defensa en juicio a que se refiere el artículo 18 de la C. N.

Las formas deben apreciarse atendiendo a sus antecedentes históricos. Ellas fueron originariamente más que proceder, eminentemente formalistas, y tuvieron carácter férreo en la época romana, a punto que cualquier transgresión a su imperatividad destruía el proceso. La forma simbolizó su origen en expresiones refinadas: la posesión que era lucha, tomando la tierra a puñadas; el despojo guerra apropiada tocándolo con el asta. Ello simbolizaba lo que podríamos llamar la "onomatopeya" representativa.

Mas las cosas lentamente fueron cambiando, y hemos llegado en la actualidad a extremos desconcertantes. Como la forma desconocida trae en consecuencia la nulidad del acto y de los actos que de él derivan en el futuro, se intenta disminuir tan intensos efectos, en consideraciones de la idoneidad de los mismos, apreciados a la finalidad perseguida. Pero cuando se afloja la rigidez del sistema, se cae en el extremo opuesto, y así se desacredita a veces la justicia. Por ejemplo, en un escrito firmado por el letrado que no es parte, y que no lleva la firma del procurador, un tribunal argentino acaba de declarar que ello no es causa de nulidad de la presentación y de su eficacia. En otro caso, se dice que, violada la competencia legal en primera instancia, sin observación de las partes, no obstante ser ella *ratione materis*, no debe anularse la sentencia y cabe su confirmación en segunda instancia (se olvida que la competencia mencionada es de orden público). Mas, en cambio, mediando una notificación hecha sin respetarse el artículo 77 (cumplir con el aviso previo de que el demandado espere para el día siguiente, anacronismo borrado del

Código de procedimientos bonaerense), debe anularse la sentencia de primera instancia por violación de la garantía en juicio. Reflejan estos juicios el resultado de la conjunción del pasado y del presente, por el entremezclamiento del criterio estrecho de la prevalencia de la forma, que se hace valer por sí y para sí, y de las tendencias modernas de quitar valor singular a las mismas. Es la teoría del Código italiano de 1940: la identidad de las formas se determina según la finalidad del acto o del juicio, o sea que impera el principio de la elasticidad de la misma. En el Código de Mendoza su regulación en definitiva se voluntad del órgano (art. 104). Esa misma cuestión está encerrada desde antes atrás por la doctrina: el ideal es que jamás se disponga una nulidad por cuestiones de forma. Y finalmente, este asunto está protegido en la legislación soviética, como criterio de política procesal y de prevalencia del organismo jurisdiccional, consagrando la violación de la forma para el señoreo de su derecho objetivo.

Para el análisis de la materia de la renuncia de las formas debe pensarse a quién van las mismas dirigidas. ¿Al actor, al demandado, al juez? E inmediatamente preguntarse, ¿pueden algunos de ellos apartarse de las mismas? La solución se dificulta, pues inciden en ella las ideas que cada uno tiene del Estado y de los poderes del ciudadano. El Estado moderno, con sus perfiles todopoderosos, afirma la posesión del apartamiento de las formas estatuidas, bastando que el litigante obtenga justicia sin repararse en más; la vigilancia continua del proceso hace que el juez pueda hasta disponer la suspensión de la prueba, desde que entienda estar el hecho suficientemente probado. Cabe al organismo judicial la facultad de disponer medidas para la más pronta y económica tramitación del proceso. Para nosotros esa afirmación está relacionada principalmente con el artículo 23, gemelo del artículo 21 de la ley 14.237, y que murió prematuramente por falta de perspicacia de la Comisión contrareformadora. De donde se comprende que el problema está más en contacto con las facultades reconocidas a las partes litigantes. El problema, en su intimidad, se resuelve según se aquilate el publicismo y el privatismo. Es de llamar la atención que si se clasifica al derecho procesal como perteneciente al derecho público, es incomprendible que se admita y se entienda que su contenido pueda ser renunciado, y más, dejado de lado para someterse el ciudadano al arbitraje, solución extrajurisdiccional. De donde se observa que la intervención jurisdiccional es solamente obligatoria para las secciones indisponibles (divorcio, nulidad de matrimonio, declaración de insanía y otras especies). Pero dentro del proceso cabe, además, la disposición de ciertas formas concretas. El asunto tiene sus bemoles, y nos referiremos a ellos más adelante.

Lo que no podemos admitir es que, con motivo de la renuncia de trámites procesales, pueda convertirse el proceso en motivo

de opresión, cuando el mismo debe inevitablemente, como hemos dicho muchas veces, ser medio de asegurar la libertad, y jamás de dominio ni de avasallamiento. La forma, expresión essecrante, tiene un fin y va dirigido, no sólo al organismo judicial, sino también a las partes. Las formas van dirigidas tanto al juez como a las partes. Su regulación es asunto de ideas y propósitos políticos. El proceso es y será una de las actividades más sobresalientes para hacer efectivo el planeamiento de una determinada actividad: es la idea política de una nación en un momento dado, representativa de una orientación general preestablecida, de previsibilidad de gobierno, como fin esencial al superior derrotero de un país. Ellas tienen que ser ordenadas y uniformes, equilibradas y coordinadas, en un esfuerzo para culminar en el propósito común que se disputa supremo. Todo gobierno se orienta hacia el imperio de un régimen jurídico-constitucional. No puede ser excepción a ello el programa procesal. Y así, éste se configura consubstancialmente como medio realizador de las diversas manifestaciones de un conglomerado social. De donde reflejará el mismo la mayor o menor relevancia del Estado o del ciudadano. Más dentro de esta idea no cabe que el individuo pueda valerse del proceso y de sus formas, para hacer con él lo que le está prohibido: administrarse justicia por sí mismo. Y como el proceso es una actividad dinámica, he ahí su valor como elaborador de la política general y precípua de una Nación, y con él se obtengan las realizaciones de una época, según sea el genio de un momento histórico.

Las formas son medios de expresión, como actos externos de la voluntad individual, dentro del marco de la ley y en la medida que son necesarias para su eficacia. Su incidencia en el proceso es de importancia y contribuye a que el mismo, que es una relación pública, unitaria y progresiva de actos regulados en serie, satisfaga la ansiedad de su fin, la justicia. Mas su satisfacción no debe ser en perjuicio de nadie, pues la justicia consagrada, destruyendo al ciudadano, sería una derrota de la legalidad, de la libertad y de la igualdad. De donde la reforma, que etimológicamente es *re más formare*, importa un apartamiento de la norma legal preestablecida. Es por ello que la experiencia milenaria enseña y revela que siempre hubieron formas, aunque no estuvieran concretadas en la ley, ni perpetuadas por la costumbre. El juicio del Paraíso revela un concepto de la litis y del proceso sustentado en una política de controversia y de prueba legal: probada la violación del precepto, con doble testimonio, la serpiente es condenada sin ser oída. Ya el propio Aristófanes, en una de sus comedias, pone en boca de Coro la frase de: ¡feliz quien inventó que hay que oír a ambas partes! Tales principios van cimentando lentamente la configuración del proceso, que adquiere con el andar del tiempo robustez, como expresión preeminente



de la sabiduría de los pueblos. Si así no fuera, preponderaría en el proceso la arbitrariedad, el desorden, el atropello y la impopularidad. Cada vez que se han querido violar o desconocer las formas, ha nacido el caos y el desprecio de los derechos ciudadanos. Durante la revolución francesa ellas se suprimieron (3 Brumario II, o sea en el año de 1793). Poco después se reimplantaban las mismas. Ningún país ha prosperado cuando la mentalidad y capricho de un tirano ha configurado con su predominancia la justicia en un momento determinado. En plena formación de nuestro país, cuando la charinada del director Alvear, en un decreto se dijo: "... de que en tales circunstancias el verdadero orden judicial era no observar ninguno, sacrificando la rutina ordinaria a las normas judiciarias, y teniéndose la voz pública o notoriedad vulgar por suficiente prueba moral para pronunciar sentencia de condenación". ¡Esas son las armas poderosas de los revolucionarios, que han perdido la noción de la legalidad en la lucha, en momento que aflora la barbarie contra la legalidad; jamás la notoriedad vulgar, el rumor callejero, constituyen prueba, sino en la mente desvariada y eufórica del revolucionario! Es el caso de Cuba, donde funcionan los tribunales entre el bramir público, y la esclavitud servil de sus jueces populares, y de fiscales lacayunos. Cuando los jueces tienen miedo, el ciudadano tiembla, y así lo decía Couture. Y agregamos que simultáneamente, y por generación espontánea, aparecen los jueces aduladores. Repetimos, el proceso es un instrumento diabólico, consagratorio de la opresión o de la libertad.

Las formas han sido prenda aprovechada por la literatura en burla y desprecio, y para ridiculizar a la justicia. Y nadie sobrepasó en esa tarea a Rabelais en Gargantúa. El tema de la forma del proceso y de la actividad del Tribunal, hacen que la justicia sea la pocilga y el refugio del mangonero del rabulismo y son, en definitiva, más que ataque a la justicia, que se convierte así en el chivo emisario del descargo popular, tumba de la justicia. Lo mismo sucede en el arte médico, donde las reglas de la medicina tienen tal valor que permitió a Molière decir que más vale que el enfermo se muera, antes que ser salvado contra las reglas establecidas. Cuando así se opina, se olvida que el proceso y la justicia están unidos para prestigiar el destino glorioso de la Nación, y que la forma está para ello, y los jueces por su calidad, junto con los abogados, no son más que reflejo de la moral ambiente y de la idiosincrasia del cuerpo social dentro del cual actúan. Es por ello que cada país consagra una técnica jurídica adecuada a su política general. Es el derecho procesal un fragmento de la legislación general, la cual es concorde con hegemónicos intereses sociales, morales, políticos, financieros, económicos, religiosos.

Las formas son atacadas por los diletantes y por el pueblo.

Igual cosa sucede con la justicia. Y en todos los países del mundo, pues ella a veces es símbolo de lo absurdo o campo de dominio de modalidades formales. No colabora el sentir popular con la justicia, ya que ve en ella un reducto de combinaciones y ritos groseros; para él, la justicia tendría que desenvolverse en sueño evangélico. Se juzga para la condena y su resultado y se hace entonces del ataque, un medio de propaganda demagógica por los campeones destructores del orden. ¡Mas nosotros afirmamos que las formas son garantía de la libertad, y que ellas son la vida y alma de la ley, como decía Daguesseau. Nada vale el derecho substancial sin el derecho procesal, como afirma Wythes-Millar. La forma consagra la regularidad de la relación procesal, o sea que es instrumento insustituible de la estabilidad jurídica y es, en definitiva, respaldo de excelencia y magno de la garantía de la defensa en juicio.

¡Existen aun en pleno desborde social y en los períodos post revolucionarios, como telón de fondo del escenario patibulario!

El problema de la forma es de sumo interés, ya que ellas existen *ad solennitates, ad probationem* y *ad arbitrium* de quien ejecuta un acto. El exceso de formas existe; mas es el precio que se paga por la libertad. Y ésta es una política dogmática para cualquiera, como perfume de perfección de gobierno y legalidad. El derecho canónico, en la edad media, proliferó el aspecto de las formas, como entretenimiento de la casuística monacal y en aprovechamiento de las esportulas, cautelas y contracautelas. Y también las utilizó como medio educativo en inspiración totalitaria. Y trató de salvar sus excesos con la *clausula salutaria*, que poco o nada remedió y fue farsa y herramienta del histrionismo.

A la prudencia del legislador se confía la organización de las formas procesales, y las mismas, salvo ser de orden público, pueden determinar un negocio procesal, por las partes, y que ahora, y en ciertos casos, tal negocio puede ser impedido por el órgano jurisdiccional (art. 21 ley 14237). Esta consecuencia está relacionada con los intereses contradictorios que se enfrentan en el proceso. El actor quiere solución rápida; el demandado procura demorar, y más cuando especula en la desinflación; la sociedad por su lado exige una decisión justa en satisfacción de la jurisdicción y del orden público, para asentar la paz. Ante este juego de intereses contrapuestos, debemos considerar cómo se regulan las formas procesales. Ello es así:

a) regulación legal que integra lo que se llama el sistema de la legalidad (*ope legis*), por el cual la norma procesal es intocable, por ser imperativa. Sin perjuicio de la renuncia en los casos que considera, sin resolver, el artículo 80 del Código de procedimientos bonaerense. Esas renunciaciones, fáciles de escribir, resultan de

dificultosisima solución en la práctica, porque está la renuncia vinculada insanablemente a criterios constitucionales:

b) regulación judicial, o sea el sistema de la forma como atendiéndose a la idoneidad del fin perseguido, o sea la adaptabilidad al caso concreto y que se perfila por la elasticidad de la Forma. La forma es opc judicial. Algo tiene que ver este aspecto con la norma del artículo 21 de la ley 14.237, la cual dispone que el juez dispondrá las medidas necesarias para la más rápida y económica tramitación del proceso. Verdad que no avienen en concordancia de medio a fin, la forma, con el averiguamiento de la verdad, y no salva el obstáculo el deber de probidad, lealtad y de buena fe a cargo del litigante, y menos el trágico deber de decir la verdad, verdadero atropello al individuo a quien se considera objeto del proceso, olvidándose que es sujeto, e inviolable su intimidad y su parcialidad en el ataque y defensa. Nada se consigue así, y la forma sigue siendo un cuco, cuando no se presta para quebrantar la libertad, si es manejada ligera e interesadamente. Sobre este particular Alsina, en la segunda edición de su conocido Tratado, no modificó en nada el planteo de la cuestión, y se mantiene en perfecta neutralidad y ajeno a la incidencia del artículo 21 de la ley 14.237. Consigna su sanción pero no aplica el principio, ni analiza sus efectos posibles;

c) las formas se determinan por su regulación consensual. Según este punto de vista, cae la renuncia de la forma, y ello nos sitúa en el centro del problema que estamos estudiando, cuestión candente y que nosotros creemos que solamente puede extinguirse al través de su resolución en acuerdos, o sea por mutuo consentimiento. Y aun así existen facetas de las cuales no podremos prescindir. La abolición de las formas es aceptable salvo que con ello se vulneren garantías constitucionales. Podemos afirmar que no cabe proceso sin formas, dentro del campo jurisdiccional, ya que en caso de arbitraje voluntario podría apartarse quien ha de laudar, de haber consentimiento concreto sobre el particular. La forma es el canavé sobre el cual se teje el proceso, y por ello, con precisión, ha dicho la Corte Suprema de nuestro país que "la vía procesal inexistente no atribuye competencia, pues alteraría el orden de los juicios, y transgrediría los modos y términos de la legislación de forma, que son de cumplimiento ineludible" (Fallos, tº 159, p. 69, recordada por los jueces de la Corte Suprema Oyhanarte y Aríos de Lamadrid, en el caso Kelly, con fecha 22 de octubre de 1958). La más rudimentaria tramitación jurisdiccional siempre se afirma sobre formas, en todos los países y en todas las épocas.

Nuestro artículo 68 del Cód. de Ptos. es casi reproducción de la ley española de 1853 (art. 231). Caravantes, refiriéndose a este artículo, dice que por exclusión se determina la procedencia

del juicio ordinario. Así lo dicen también quienes siguieron sus huellas en nuestro país: Casarino afirma que por el artículo 66 y "por su modo" se evita toda clase de inconvenientes, precisando cuál es el procedimiento a que deben ajustarse los juicios que no tengan marcado un procedimiento especial (pág. 118, Ed. Abeledo, año 1917). Coincide en ello Rodríguez. La ley procesal española de 1883 cambia la redacción de aquel artículo 221 del año 1855, y dispone que el juicio se tramitará en el modo que lo solicitare (el actor), si correspondiera (art. 481). De donde Aragonesses Alonso concretó el principio de la inadecuación al procedimiento, para fijar la imperatividad de las formas estatuida por la ley, y ello en atención a lo que se llama en España la justicia rogada (principio dispositivo), y va cuando hay una forma estatuida por la ley. En ningún caso el legislador español ni argentino ha dicho que el actor impone la forma al demandado. Ello porque sería violar el principio de la igualdad, y dar privilegio en la iniciación de la demanda y además en la determinación de la forma a seguirse. Mas nadie niega que las partes puedan apartarse de la forma mediante: a) arbitraje y dando las normas de forma seguirse por el arbitrador; b) mediante la prórroga de la competencia territorial, de lo cual se considera accesoria la forma propia de cada fuero; c) renunciando a ciertos trámites formales o facultades; d) imponiendo al juez que la causa sea tramitada como de puro derecho; e) mediante la conciliación; f) mediante la confesión que determina en alguna legislación la sentencia inmediata (ley 50, art. 87). Mas no se dice por los autores extranjeros, únicamente los nacionales, que se puede imponer la forma a la parte contraria. No puede olvidarse que contractualmente ello es posible (renuncia a los trámites en las escrituras hipotecarias, por ejemplo); mas sostenemos que ello es ilegal, pues en tales casos dicho contrato, en parte, está impuesto al deudor y la renuncia es, a la postre, renuncia a la garantía constitucional, que es indeclinable. Nadie podría pretender eludir responsabilidad si el deudor autorizara que, ante su incumplimiento, pudiera ser apañado privadamente por el acreedor. Solamente veremos cabe la renuncia expresa o tácita dentro del juicio. La renuncia entre procesal carece de valor porque el más fuerte impone su ley, y así se viola la Constitución y la ley, o sea la defensa en juicio y la forma estatuida como reglamentación de la norma constitucional. De paso decimos que no se excluyen la inconstitucionalidad y la ilegalidad, y que, al contrario, se complementan magníficamente.

Si lo que afirmamos es exacto, formulamos la pregunta: ¿pueden los litigantes renunciar a oponer excepciones a la ejecución y que consagra el artículo 488 del Código de Procedimientos? El asunto ha quedado resuelto por el artículo 59 de la ley 14.237, que dió la pauta correcta desde el punto de vista constitucional. Sostener lo contrario a esta norma, en el modo que lo enseña

Alcina, es olvidar el contenido constitucional y que en nuestro país, cualquiera que sea la forma de los juicios, todos ellos tienen en mayor o menor extensión un período de conocimiento. Si así no fuera, el órgano judicial, ante el requerimiento del ejecutante, no tendría más que una salida: dictar la sentencia de remate. Quedaría así abolida la defensa en juicio, por voluntad del acreedor al acordar el mutuo, al extender el pagaré o al escriturar el préstamo con garantía hipotecaria, y en pleno auge la justicia por mano propia, con el agravante de que se utilizaría para ello al organismo jurisdiccional. Importaría esa solución someterse a la influencia de la doctrina italiana y de la gravitación del poderío del actor, en recrudescimiento de viejas prácticas medievales, donde el acreedor invadía el predio de su deudor y se hacía justicia a sí mismo, y después presentaba el caso al juez para que convalidara su campaña coactiva. El deudor quedaría reducido a la categoría de un sujeto despreciable, equiparado a un esclavo, y todo ello por olvidarse que la Constitución pregona otra manera de resolver los conflictos y querrelas. Nadie renuncia a la Constitución, ni a la forma procesal, pues ella regula una garantía constitucional. Nadie puede renunciar a la Constitución. El que no la quiera, se puede ir del país, o preparar públicamente su reforma, pero jamás soslayarla. Nadie, por consecuencia, impone al contrario la forma de tramitar un juicio, salvo medie acuerdo judicial. Ni las partes la imponen al juez. Ni éste a las partes. Todos están obligados a respetarla, y su contenido de ética orientadora para una civilización no es materia disponible. La forma está estructurada de acuerdo con la naturaleza de la acción, ha dicho Werner Goldsmith. De ahí la pluralidad de tipos de proceso. Así, la rapidez en el juicio de alimentos, pues, como decían los romanos, el estómago no admite dilaciones; amplio en el investigar y probar en los de conocimiento; simple y rápido en los ejecutivos, que se conforman en su esencia a considerarse juicios de "insatisfacción".

Otras nociones rigen en otros países. Así, en Italia, nos encontramos con el principio, en cuanto a las formas, llamado de la adaptabilidad al caso según proclamación de Grandi; y con referencia a dicho sistema, Carmelutti le designa como el de la adecuación a las posibilidades del oficio, lo que significaría referirlo a los poderes del juez. Inspirado por esas ideas, tan ajenas a nuestra modalidad vernácula, Podetti en su Código de Mendoza, para el caso de solicitar una de las partes una modificación en la forma, y no haber conformidad, decide que es el juez el que la fija. De donde en ese sistema cabe una sentencia determinativa de la forma. Solución propia del autor que siempre anduvo en el camino del hiperpublicismo. ¡Cuando ello avenga en generalidad, nuestro país habría cambiado su fisonomía social, y desfilaría

entre los que viven bajo el régimen del paternalismo y del totalitarismo del Estado!

En cambio, es de llamar la atención que en Rusia no cabe el cambio de forma, salvo en favor del Estado, lo que configura que su legislación es sistemática y encaminada al fin de satisfacer bra que proyecta la llamada defensa en juicio; solamente cabe dentro del juicio y como negocio procesal. Por donde la tramitación de las demandas debe hacerse según el tipo prefijado por la ley y, en su defecto, por la modalidad del juicio ordinario. Mas, enseñando lo contrario Alsina, perturbó a muchos; antes que la enseñanza se alejara de la ruta tradicional ello no se concebía.

Si bien es cierto que la imperatividad de la forma procesal mata el derecho, ello no se salva ni aun con la *clausula solutoris* del derecho canónico. Mas siendo peor la falta de forma, queda por examinar otro aspecto del problema que consideramos. ¿Es la forma la que retarda la obtención rápida de la sentencia? Jamás. La demora es consecuencia de la incomprensión de los poderes públicos, que no aumentan la planta judicial, ni mejoran su selección cuando propone magistrados sin calidad. Lafaille, en conversación con el Presidente Justo, y considerando este problema de la justicia, dijo: "No importa, señor Presidente, que tengamos algunos malos jueces; el asunto está en dejar los actuales y nombrar en sustitución de ellos, buenos jueces. Esto es la obligación y deber del señor Presidente". En ello reside todq el problema de la justicia, y con malas leyes procesales y buenos jueces, se hace más que con excelentes leyes rituales y malos jueces. Un justo equilibrio en la clase y carácter de las formas procesales es un desideratum, y de ese equilibrio mucho cabe esperar. El enfoque es extremadamente serio y aun reunidos los dos factores, leyes y jueces, en cada época asistiremos a su caída y a su triunfo, según las ideas ambientales y moralidad imperante. Pero jamás se tendrá una justicia constitucional admitiéndose la renuncia indiscriminada, por voluntad unilateral o por exigencia contractual, de las formas procesales, por ser ellas manifestaciones incompatibles con la Constitución y con una recta administración: inodamente a la clase obrera campesina. De todo ello podemos afirmar que las formas no son renunciables en los sistemas publicísticos y que éln es discutible en los países de raicambre y conformación privatística. Esta característica depende de la contratación de justicia. Renunciar a las excepciones del juicio ejecutivo, renunciar a las formas precisas de los juicios especiales, es apartarse de lo que llamamos, años atrás, principio de adecuación del Código ritual frente a la Constitución, y cuyo bautismo creamos en memoria de Jofré, que tenía esa preciosa inquietud.

Ya nuestra jurisprudencia reacciona. Recientemente el juez en lo civil Dr. Garland, integrante de la Cámara de Apelaciones,

Sala A, dijo: "... la disposición de la forma está unida a la teoría del abuso de la forma", y agregó que "ello existe cuando se ha elegido la forma más dañosa de ejercer el derecho" (La Ley, 18 octubre 1958). Quien, con un pagaré protestado, inicia juicio ordinario para su cobro, abusa de la forma. Efectivamente: en el juicio ejecutivo se intima el pago y a su falta se traba el embargo, y opuestas o no excepciones se llega a la sentencia de remate; en cambio, en el juicio ordinario, puede iniciarse con un embargo preventivo y seguirse la penosa marcha del proceso. No caben más defensas a resolver con la sentencia y el embargo sólo se puede sustituir por otra medida cautelar que durará durante todo el trámite del juicio más solemne y lento que pueda imaginarse. Pagar significa allanarse. ¿Todo esto, en provecho de quién? Del acreedor, que ahí aprovecharía del proceso como manera de perjudicar al demandado. El proceso no puede ser manejado para satisfacer posturas jactanciosas y mangoneos del actor. Tampoco la inversa, y así traemos una última justificación al principio que estamos exponiendo.

No creemos que el proceso pueda mejorarse con la supresión de la forma. Pero sí creemos que con acuerdo de partes puede suprimirse la forma, aun de lo esencial. Va un caso. La constitución de parte es de rigor en el Código italiano. Entre nosotros ya hemos dicho que ello es, por el artículo 77 del Cód. de Proc., como manifestación de respeto a la Constitución. Sin embargo, actor y demandado pueden presentarse ante el juez competente, mediante lo que llamamos demanda bilateral. Esta figura procesal se nos ha ocurrido pensando en el Código de Procedimientos Italiano, el cual, en su artículo 415, dispone la interposición bilateral de la demanda. Presentada la petición solicitada de común acuerdo por actor y demandado, para la decisión de la contienda, en materia de cuestiones de trabajo, sobreviene la prueba o no, y luego la sentencia. Esta figura procesal es distinta a la renuncia de trámites, y expresa una sustitución de la forma, respetándose los aspectos constitucionales de la constitución de partes y de la promoción de la demanda por el principio dispositivo. La economía evidente de tiempo —demanda bilateral y no unilateral— con la colaboración de partes y de los abogados, son factores que prestigian la demanda bilateral. Abriría esta modalidad un resquejido ante el negro panorama de la inoperancia de las reformas procesales en nuestro país. Es esta demanda bilateral manifestación de un nuevo espíritu. La posibilidad de obrar en el modo antes indicado ya ha sido juzgada en los tribunales de la Capital. Siguiendo nuestras enseñanzas, dos litigantes se presentaron ante el Juzgado en lo Civil a cargo del Dr. Horacio Stegman, y éste aceptó dicha forma, y directamente, ante el primer escrito, siendo la cuestión pedida como de puro derecho, tuvo a los peticionantes por parte (demandado y actor respectivamente) y llamando autos

para sentencia, dictó la misma. Claro que para que ello siga prosperando es menester un alto sentido de responsabilidad, y el deseo de actuar en los tribunales con respeto, decoro y cordura. No son ellos atributos normales y corrientes. Y ello prueba cómo las formas pueden ser renunciadas, cuidándose de respetar y conservar los esenciales caracteres de la defensa en juicio, que existen tanto para el actor como para el demandado. El juez, de tal manera, llamado a resolver una contienda que se le somete, dentro de las leyes, los principios apreciativos de las pruebas que determina la ley, y el aporte de las partes, con las garantías que ofrecen el respeto, los principios constitucionales en favor de las partes en juicio, y evitando errores, extravíos y excesos, falla en absoluta independencia. El artículo 21, tan pomposo y tan poco aprovechado, es un mascarón de proa, sin vida ni eficacia en la Argentina. Hasta hacen pocos días la estadística de los tribunales de la Capital indica que solamente 21 causas fueron resueltas teniendo en cuenta esta directiva superior. De donde afirmamos que la misma no tiene ararigo en nuestro país, ni provecho una vez suprimido el artículo 23 de la ley 14.237.

Más todavía. La renuncia a la forma no corresponde ejercida por la voluntad soberana de una de las partes. La ley no acepta su renuncia en cualquier caso y ocasión. Lo prueban los principios de excepción que rigen para la acumulación de acciones y la reconvencción. Nadie impone la forma de un proceso por su simple voluntad. Sólo se acumulan las acciones si pueden substanciarse por los mismos trámites, y en cuanto a la reconvencción, recordamos el viejo adagio de *coesentio y reconvenio, pari passu ambulet*. Y al expresarlo, no olvidamos la solución contraria en esta materia de la reconvencción, que estenta como solución específica, concreta y en contrario, el derecho canónico, que ha permanecido fiel a su tradición milenaria, por razones de su formación centralizadora.

La forma no va contra la economía del proceso. Nosotros hemos estudiado este asunto y hemos creído encontrar la solución para su correcta economía en ciertas normas y aspectos que hemos dado en llamar *el principio de la imaculación*, y que en breve aparecerá publicado, por estar estos estudios en prensa. La idea del despacho sancionador brasileño, las *pre trial conferences* del derecho norteamericano, y otros correctivos de la legislación extranjera, entran por la portada renovadora donde se enseña el derecho procesal. Su eficacia es extraordinaria, y suprimidas así las nulidades en gran parte, y con los poderes del juez, se puede construir en cualquier país una justicia asentada sobre un pedestal granítico de orden, de respeto y de sentido realista de su función.

Haciendo un resumen de lo expuesto, podemos decir que las formas son disponibles por las partes dentro del proceso, si están

de acuerdo con ello y cuando ellas no estén prohibidas por ser de orden público, criterio que se enlaza con el respeto del orden constitucional: que el juez no puede apartarse de las formas, ni siquiera por prudencia o entender, como el supuesto referido por Alsina, que determinó el rechazo de una contestación a la demanda por no haber el juez dispuesto lo que imperativamente le ordena el artículo 76 (correr el traslado), lo que expresa en la segunda edición de su *Tratado* (t<sup>o</sup> III, pág. 30, nota 3/3); que por falta de concepto acerca del valor de los distintos tipos de proceso, anduvo contaminado y viciado el proceso ejecutivo en nuestro país; que la forma se da de conformidad con la lógica, y que por ella, por lo tanto, se estructura la forma según la naturaleza de la acción; que el proceso no es refugio de la mala fe, ni se maneja de acuerdo a la voluntad de una de las partes, sino de pleno acuerdo las partes entre sí y con el juez, ya que lo contrario importaría interponer con abuso de facultades la demanda en juicio y comprometería el proceso: la disponibilidad de la forma por las partes no puede ser para obrar en fraude de la contraparte, ni por el juez en perjuicio de ellas, de donde debe consagrarse el principio de la trilateralidad que hemos proclamado como de la esencia del proceso frente a la actividad del ciudadano (considera los sujetos de la relación procesal y no a las partes).

Y concluimos agradeciendo a Alsina, que por sus enseñanzas nos llevó a estudiar cuestiones que, modificando su criterio, afirman que el mismo ha sido maestro en la vida y maestro después de muerto, pues lo es quien fecunda con su recuerdo la investigación procesal.



## LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

AMBROSIO L. GIOJA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Tenemos que distinguir entre actividad jurisdiccional y actividad ejecutiva, es decir, entre la actividad que desarrolla el juez y la que desarrolla el agente de poder.

Los actos de coerción mencionados por las normas o reglas jurídicas positivas pueden ser actos pertenecientes a cualesquiera de los miembros de una comunidad; pero por razones de división de trabajo cabe la centralización de esos actos coercitivos, poniéndolos en manos de algunos individuos, por ejemplo cuando la venganza de la sangre es realizada por el más anciano o por el más joven del clan. Así las cosas, esas normas o reglas jurídicas positivas mencionan como actos debidos de coerción a los actos coercitivos de estos agentes de poder.

En ocasiones se ha confundido la función del juez y la función ejecutiva. Se ha reducido de esta manera la función jurisdiccional a una actividad de pura aplicación. Ahora que si caracterizamos a las resoluciones jurisdiccionales como hechos creadores-aplicadores mencionados como tales en el momento antecedente de ciertas normas o reglas jurídicas positivas, queda desociada toda posible confusión con las conductas ejecutivas mencionadas como hechos ejecutivos en el momento consecuencia de aquellas normas o reglas.

Esta diversidad de funciones se hace aún más evidente cuando comparamos las consecuencias diversas que acarrea, dentro de un orden jurídico, la aparición de normas o reglas jurídicas positivas que instituyen la ejecución centralizada.

En efecto, mientras que la aparición de la jurisdicción obligatoria como normas o reglas jurídicas positivas del tipo esquemático: *Si B condena a A entonces A debe ir a la cárcel*, dentro de un orden jurídico que contuviera normas o reglas jurídicas positivas del tipo esquemático: *Si A mata entonces A debe ir a la cárcel*, no produce ninguna transformación en estas últimas, salvo que su contenido de éstas puede también integrar nuevas normas o reglas que establezcan prohibiciones al juez, la aparición

de la ejecución centralizada como normas o reglas jurídicas positivas del tipo esquemático: Si *A mata entonces A debe ir a la cárcel, llevado por un determinado agente de poder, dentro de aquel orden jurídico, produce una transformación de lo mencionado en el consecuente de las normas o reglas pertenecientes a este orden jurídico.*

La jurisdicción obligatoria puede combinarse con la ejecución centralizada. Todo orden jurídico puede tener establecida una jurisdicción obligatoria, es decir, un "órgano" que dicta sentencias. Los actos de coerción son debidos, por consiguiente, sólo cuando el "órgano" condena. Pero en este estado la ejecución de la coerción cabe ser mencionada por las normas o reglas jurídicas positivas como ejecución a realizar por los miembros de la colectividad. Sin embargo ocurre que es posible también que ese orden jurídico establezca un "órgano" centralizado ejecutivo. Con ello se modifican las normas o reglas jurídicas positivas anteriores en el sentido que cuando el "órgano" condena son debidos actos de coerción por parte del nuevo "órgano" ejecutivo.

¿Podría haber "órgano" ejecutivo sin haber "órgano" jurisdiccional? ¿No sería, en este caso, el "órgano" ejecutivo a su vez jurisdiccional?

A nosotros nos parece verdad afirmar la posibilidad de un orden jurídico con ejecución centralizada y sin jurisdicción.

En primer lugar no es contradictorio; en segundo lugar cabe señalar que si bien acarrearía una inseguridad, tal inseguridad tendría su fundamento en la falta de jurisdicción obligatoria y no sería mayor a la existente en órdenes jurídicos primitivos, pudiendo alegarse como mejora sobre éstos, aquella que implica toda división del trabajo.

En un orden jurídico primitivo la calificación de hecho ejecutivo establecida por normas o reglas jurídicas positivas es siempre insegura pues no hay forma de impedir que muchos de los miembros no puedan constatar la existencia del hecho establecido como condición normativa que lo autoriza. De la misma manera el establecimiento de un "órgano" ejecutivo centralizado sin tener él mismo jurisdicción y sin que exista "órgano" jurisdiccional distinto, presenta idénticos inconvenientes. Cuando un "órgano" ejecutivo centralizado, en un orden jurídico sin jurisdicción, realiza un acto coercitivo cabe la duda sobre su calificación de hecho ejecutivo. Puede ser considerado por los miembros de la colectividad como una conducta que no es un hecho jurídico ejecutivo; lo que no implica que se lo considere delito; pues para ello se necesitaría de otra norma o regla jurídica positiva que así lo estableciese, es decir, que imputara un acto de coerción a la conducta mencionada como hecho ejecutivo cuando se da ella sin que se hubieran producido los antecedentes normativos. De lo

que nos ocuparemos más adelante. Ahora que, como hemos dicho, lo mismo sucede en el llamado orden jurídico primitivo siendo superado éste por la centralización ejecutiva en la mayor fuerza que detenta el "órgano" centralizado sobre la actividad descentralizada, lo que es una ventaja para la realización del acto de coerción y una comodidad el tener un cuerpo de individuos que se encarguen de estas tareas.

Mientras que el acto de coerción realizado por los miembros del grupo de manera indiferenciada es siempre facultativo para el grupo, dentro de un orden nacional, sin perjuicio que su no realización puede sumergirlos a todos ellos en un gigantesco deshonor, el acto de coerción cuando corresponde a ciertos individuos de manera centralizada, puede ser facultativo pero también puede ser obligatorio. Cuando es obligatorio, el "órgano" centralizado ejecutivo que no realiza el acto, debe sufrir otro acto de coerción. Frente a este nuevo acto se presenta el mismo problema anterior. La total ejecución centralizada en todos los planos lleva a la necesidad de que el último supremo "órgano" centralizado ejecutivo no esté obligado sino únicamente facultado. Y si se establece por el orden jurídico, en una tal situación, obligaciones jurídicas por parte de ese último "órgano" centralizado se destruye la homogeneidad de la ejecución centralizada, pues aquello implica instituir un último acto de coerción por parte de los miembros del grupo en forma indiferenciada, acto que como ya dijimos es siempre facultativo. La norma o regla jurídica positiva que instituye tal forma última descentralizada de coerción es generalmente una norma o regla jurídica positiva consuetudinaria y es generalmente también, una norma o regla sin jurisdicción obligatoria en su contenido.

Pero, ¿cabe esta caracterización diferencial entre la actividad jurisdiccional y la actividad ejecutiva? ¿No puede ser también pensada la actividad jurisdiccional como actividad ejecutiva? ¿Y no podría ser pensada la actividad ejecutiva como algún hecho antecedente normativo?

El juez, en un orden jurídico de nuestro tipo occidental, cuando dicta sentencia realiza un acto de expresión significativa. El ejecutor último de un acto de coerción realiza, por su parte, una conducta de fuerza. Sin embargo en ordenamientos jurídicos con jurisdicción obligatoria pero menos complicados, la sentencia y la ejecución pueden ser realizadas por idéntica persona y hasta por medio de una sola conducta. Pero, aun en el orden jurídico de nuestro tipo occidental, la sentencia, en tanto que acto de expresión significativa, ¿no permite ser concebida como momento perteneciente al hecho ejecutivo? Por otra parte, y admitiendo diferencias entre la función del juez y la del agente último de poder, ¿qué pasa con el "órgano" intermedio entre ellos? ¿Qué

actividad realiza el jefe de poder cuando ordena a un agente de poder un acto de coerción en contra de alguien?

Dejemos de lado el análisis del caso límite cuando juez y agente de poder se confunden. Su solución depende de la solución que consigamos para los otros interrogantes y comencemos nuestro análisis trabajando sobre el esquema de una norma o regla jurídica positiva en donde se mencione sentencia y actos de ejecución y estos últimos por parte de jefes de poder y agentes de poder.

Sea ese esquema el siguiente: Si *B* (el juez) sentencia condenando a muerte a *A* (el súbdito), entonces debe ser que *A* sea muerto por *C* (el jefe de poder) o por el individuo *D* (el agente de poder) que *C* designe para ello.

Si en esta fórmula desplazamos la sentencia de condena, que figura en ella como antecedente, al consecuente y llenamos el antecedente vacío con una conducta de las consideradas usualmente como delito, por ejemplo, asesinato, tendríamos otra norma o regla jurídica positiva que diría: Si *A* (el súbdito) mata a otro entonces debe ser que *B* (el juez) condene a muerte a *A*, muerte que será realizada por *C* (el jefe de poder) o por el individuo *D* (el agente de poder) que *C* designe para ello.

Pero esta norma o regla no es idéntica a la anterior. La primera establece en el consecuente un acto de coerción como debido; se trata de una norma o regla jurídica. La segunda establece en el consecuente la condena como debida, pero condenar no es un acto de coerción sino un acto de expresión significativa y por lo tanto no estamos en presencia de una norma o regla jurídica.

Por consiguiente vemos con evidencia que no cabe pensar una actividad jurisdiccional como hecho ejecutivo, por cuanto el hecho ejecutivo es un acto de coerción y la actividad jurisdiccional una expresión significativa.

Sin embargo podría alegarse que la designación, por parte del jefe de poder, de un agente de poder, para realizar el acto coercitivo es también una expresión significativa y no obstante figura como parte del hecho de ejecución. Pero la designación que hace el comisario del verdugo no es lo que la norma o regla jurídica establece como debido; lo que aquella norma o regla jurídica positiva establece como debido es la muerte de *A* efectuada por *C* o por intermedio del individuo *D* que designe *C*.

Quizá se podría, con todo, colocar la sentencia en forma similar a como se ha colocado la designación que hace el comisario, dejando que lo debido sea el acto de coerción y que la sentencia integre la determinación del agente que realizará el acto. Por ejemplo: Si *A* (el súbdito) mata a otro entonces debe ser que *A* sea muerto por el agente de poder (*D*) que designe el comisario

(C) designado por el juez (B). Es posible también pensar en un doble papel del juez, por ejemplo: *Si B (el juez) sentencia condenando a muerte a A (el súbdito) entonces debe ser que A sea muerto por el agente de poder (D) que designe el comisario (C), designado por el juez (B).*

Con esta nueva formulación se descubre que la anterior confundía la función jurisdiccional estricta. No hay inconveniente en que la sentencia de condena a más de tal sea también un hecho constitutivo de la designación del agente de poder y esto de variadas maneras normativas. Pero jugar este papel no le es esencial a la sentencia sino algo empírico que a veces un orden jurídico le adjudica. En este caso el juez es juez y comisario, pero no es necesario que así lo sea.

Por otra parte, el traspaso inverso de la función del comisario, como hecho ejecutivo mencionado en el consecuente de las normas o reglas jurídicas positivas al antecedente de las mismas, es posible pero cambia el sentido de esas normas o reglas. En efecto, si analizamos una fórmula de ese tipo, tal como *Si B (el juez) sentencia condenando a muerte a A (el súbdito) y C (el jefe de poder) designa a D (el agente de poder) para matar a A entonces debe ser que A sea muerto por D*, vemos que el acto de coerción debida aparece como el consecuente de una norma o regla cuyo antecedente menciona dos expresiones significativas unidas conjuntivamente: la del juez y la del comisario. La falta de cualquiera de ellas impide que se realice el antecedente y por lo tanto no basta una de ellas para concluir afirmando la existencia de "deber ser" la coerción. Una norma o regla jurídica positiva que mencionase de esta manera el acto de designación que hace el comisario convierte a éste en cierto hecho necesario para que la coerción debida sea, situación diversa a la que se produce cuando la mención de la actividad del jefe de poder se hace en el consecuente expresada gramaticalmente, las más de las veces, como complemento agente.

La orden del comisario, si es una orden jurídica, implica otra norma o regla jurídica positiva tal como: *Si el comisario da la orden de muerte al verdugo y éste no cumple entonces debe ser muerte (por ejemplo) contra el verdugo.*

En este caso las expresiones significativas del jefe de poder son actos creadores-aplicadores, pero no instituidos como tales en la norma o regla jurídica positiva que mencionaba la conducta del súbdito como sufriendo coerción sino en la norma que mencionaba la conducta del verdugo.

Y lo mismo sucede con la sentencia del juez cuando le atribuye el orden jurídico aquella función ejecutiva. Generalmente cuando un juez dicta sentencia condenando a muerte a un delincuente, es la sentencia a más de sentencia una orden jurídica

para el comisario de matar o hacer matar al delincuente. Si es una orden jurídica tiene que existir una norma o regla jurídica positiva que diga: *Si un juez condena y el comisario no mata o no hace matar al delincuente debe ser muerte (por ejemplo) del comisario*. La sentencia judicial ha creado así dos normas o reglas que no pueden confundirse: una dirigida al súbdito; la otra al comisario.

Con el establecimiento de la jurisdicción obligatoria los miembros de una comunidad no intentan conseguir una mayor comodidad por medio de la división del trabajo; lo que persiguen es seguridad. Pero no porque con ella, en lugar de dejar librada a cada uno de los miembros de la colectividad la afirmación de la existencia del hecho condicionante al que una norma o regla jurídica positiva imputa un acto de coerción debido, se hubiera delegado la tal afirmación a unas pocas personas.

No se trata que la opinión de una o pocas personas pueda ser conocida con más seguridad que la opinión de todos los miembros de la comunidad.

Lo que produce seguridad es que en lugar de que los miembros de la colectividad tengan que constatar la existencia de un hecho (el establecido como delito por la norma o regla) hecho muchas veces, de difícil verificación, con la creación de la función jurisdiccional los miembros de la colectividad tienen únicamente que constatar la existencia de una sentencia condenatoria, hecho éste mucho más fácil de ser conocido.

Empero los miembros de una colectividad pueden intentar conseguir una mayor comodidad en la realización de los actos de coerción establecidos por el derecho. En este sentido es que pueden, por razones de división de trabajo, restringir esas actividades a ciertos y determinados hombres que llamaremos "órganos" ejecutores. Sin embargo aunque con ello resulta una mayor comodidad no reporta una mayor seguridad. La aparición de un "órgano" centralizado ejecutor dentro de un ordenamiento jurídico que no tiene jurisdicción obligatoria, mantiene a los miembros de la colectividad en la misma dificultad de apreciación de los hechos que la no aparición de aquel "órgano".

# TEXTOS



## I. — TRATADO SOBRE ASILO Y REFUGIO POLITICOS

### TEXTO DE 1889

#### Título II

#### Del asilo

*Nota:* El Tratado de Derecho Penal Internacional actualmente vigente incluye en su Título II las disposiciones referentes al Derecho de Asilo.

### TEXTO DE 1929

#### Capítulo I

#### Del asilo político

Art. 1. — El asilo puede concederse sin distinción de nacionalidad y sin perjuicio de los derechos y de las obligaciones de protección que incumben al Estado al que pertenezcan los asilados.

El Estado que acuerde el asilo no contrae por ese hecho el deber de admitir en su territorio a los asilados, salvo el caso de que éstos no fueran recibidos por otros Estados.

Art. 2. — El asilo sólo puede concederse en las Embajadas, Legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares, exclusivamente a los perseguidos por motivos o delitos políticos y por delitos políticos concurrentes en que no preceda la extradición. Los Jefes de Misión podrán también recibir asilados en su residencia, en el caso de que no viviesen en el local de las Embajadas o Legaciones.

Art. 18. — Exceptuase de la regla establecida en el artículo 15, a los desertores de la marina de guerra

Art. 3. — No se concederá asilo a los acusados de delitos políticos

NOTA: Hueléndonos con de las legislaciones del mencionado. Los Estados y Eranos talón en esta número, la publicación de los tratados de Derecho Internacional Privado suscritos en Montevideo en 1889 y 1929, en la forma que consideramos más útil para su estudio y difusión, comenzando por aquellos cuya obtención resultó más difícil a raíz de su mayor divergencia. — *Ernesto Mujica*.

surtia en aguas territoriales de un Estado.

Esos desertores, cualquiera que sea su nacionalidad, deberán ser entregados por la autoridad local a pedido de la Legación, o en defecto de ésta, del agente consular respectivo, previa la prueba de identidad de la persona.

que, previamente, estuvieren procesados o hubieren sido condenados por delitos comunes y por los Tribunales ordinarios.

La calificación de las causas que motivan el asilo, corresponde al Estado que lo concede.

El asilo no podrá ser concedido a los desertores de las fuerzas de mar, tierra y aéreas, salvo que el hecho revista claramente carácter político.

Art. 4º — El Agente Diplomático o el Comandante que concediere el asilo comunicará inmediatamente los nombres de los asilados al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado donde se produjo el hecho o la autoridad administrativa del lugar, si hubiera ocurrido fuera de la capital, salvo que graves circunstancias lo impidieran materialmente o hicieran esta comunicación peligrosa para la seguridad de los asilados.

Art. 5. — Mientras dure el asilo no se permitirá a los asilados practicar actos que alteren la tranquilidad pública o que tiendan a participar o influir en actividades políticas. Los Agentes Diplomáticos o Comandantes requerirán de los asilados sus datos personales y la promesa de no tener comunicaciones con el exterior sin su intervención expresa. La promesa será por escrito y firmada; si se negaran o infringieran cualquiera de esas condiciones, el Agente Diplomático o Comandante hará cesar inmediatamente el asilo. Podrá impedirse a los asilados llevar consigo otros objetos que los de uso personal, los papeles que le perte-

Art. 17. — El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación deberá ser entregado por el jefe de ella a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente.

Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos, pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible.

El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional respetándose la inviolabilidad de su persona.

El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.

necieren y el dinero necesario para sus gastos de vida, sin que puedan depositarse otros valores u objetos en el lugar de asilo.

Art. 6. — El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional en el más breve plazo; y el Agente Diplomático o el Comandante que haya concedido el asilo podrá, por su parte, exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona y la de los papeles que le pertenecieren y que llevara consigo en el momento de recibir asilo, así como con los recursos indispensables para sustentarse por un tiempo prudencial. No existiendo tales garantías, la evacuación puede ser postergada hasta que las autoridades locales las faciliten.

Art. 7. — Una vez salidos del Estado, los asilados no podrán ser desembarcados en punto alguno del mismo. En el caso de que un ex-asilado volviera a ese país, no podrá acordársele nuevo asilo, subsistiendo la perturbación que motivó la concesión del mismo.

Art. 8. — Cuando el número de asilados exceda la capacidad normal de los lugares de refugio, indicados en el artículo 2º, los Agentes Diplomáticos o Comandantes podrán habilitar otros locales, bajo el amparo de su bandera, para su resguardo y alojamiento. En tal caso deberán comunicarse el hecho a las autoridades.

Art. 9. — Los buques de guerra o aeronaves militares que estuvieren provisoriamente en diques o talleres, para ser reparados, no ampararán a los que en ellos se asilen.

Art. 10. — Si en caso de ruptura de relaciones el representante diplomático que ha acordado asilo debe abandonar el territorio del país en que se encuentra, saldrá de él con los asilados, y si ello no fuere posible por causa independiente a la voluntad de los mismos o del agente diplomático, podrá entregarlos al de un tercer Estado con las garantías establecidas en este Tratado. Tal entrega se realizará mediante la traslación de dichos asilados a la sede de la Misión diplomática que hubiere aceptado el correspondiente encargo, o con la permanencia de los asilados en el local en que se guarde el Archivo de la Misión diplomática asilante local que permanecerá bajo la salvaguardia directa del agente diplomático a quien se hubiere encargado. En uno u otro caso, deberá informarse al Ministerio de Relaciones Exteriores local, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.

## Capítulo II

### Del refugio en territorio extranjero

Art. 15. — Ningún delincuente aislado en el territorio de un estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.

Art. 16. — El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los aislados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.

Art. 17. — El refugio concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes, ejercido de conformidad con el presente Tratado, es inviolable para los perseguidos a quienes se refiere el Artículo 2º, pero el Estado tiene el deber de impedir que los refugiados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública del Estado del que proceden.

La calificación de las causas que motivan el refugio corresponde al Estado que lo concede.

La concesión de refugio no comporta para el Estado que lo otorga, el deber de admitir indefinidamente en su territorio a los refugiados.

Art. 18. — No se permitirá a los emigrados políticos establecer juntas o comités constituidos con el propósito de promover o fomentar perturbaciones del orden en cualquiera de los Estados Contratantes. Tales juntas o comités serán disueltos, previa comprobación de su carácter subversivo, por las autoridades del Estado en que se encuentran.

La cesación de los beneficios del refugio no autoriza a poner en el territorio del Estado perseguidor al refugiado.

Art. 19. — A requerimiento del Estado interesado, el que ha concedido el refugio procederá a la vigilancia e internación hasta una distancia prudencial de sus fron-

teras, de los emigrados políticos. El Estado requerido apreciará la procedencia de la petición y fijará la distancia a que se alude.

Art. 14. — Los gastos de toda índole que demande la internación de asilados y emigrados políticos serán de cuenta del Estado que la solicite.

Con anterioridad a la internación de los refugiados, los Estados se pondrán de acuerdo sobre el mantenimiento de aquellos.

Art. 15. — Los internados políticos darán aviso al Gobierno del Estado en que se encuentren cuando resuelvan salir del territorio. La salida les será permitida, bajo la condición de que no se dirijan al país de su procedencia y dando aviso al Gobierno interesado.

#### Capítulo III

##### *Disposiciones generales*

Art. 16. — Toda divergencia que se suscite sobre la aplicación del presente Tratado, será resuelta por la vía diplomática o, en su defecto, se someterá a arbitraje o a decisión judicial, siempre que exista Tribunal cuya competencia reconozcan ambas partes.

Art. 17. — Todo Estado que no haya suscripto el presente Tratado, podrá adherirse a él, enviando el instrumento respectivo al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, quien lo notificará a las demás Al-

las Partes Contratantes por la vía diplomática.

Art. 18. — El presente Tratado será ratificado por las Altas Partes Contratantes de acuerdo con sus normas constitucionales. El Tratado original y los instrumentos de ratificación serán depositados en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, el que comunicará las ratificaciones, por la vía diplomática a los demás Estados Contratantes. El Tratado entrará en vigencia entre las Altas Partes Contratantes en el orden en que la hayan depositado sus ratificaciones. La notificación será considerada como canje de ratificaciones.

Art. 19. — Este Tratado regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de dos años, transcurridos los cuales cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados signatarios. La denuncia será dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, quien la transmitirá a los demás Estados Contratantes.

En testimonio de lo cual los Plenipotenciarios firman el presente Tratado en la Ciudad de Montevideo, a los cuatro días del mes de Agosto de 1939 (\*).

(\*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.



## II. — TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

### TEXTO DE 1869

#### Título I

##### De la jurisdicción

Art. 1. — Los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetraron.

Art. 2. — Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último.

Art. 3. — Cuando un delito afecta a diferentes Estados, prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capturó al delincuente.

Si el delincuente se refugió en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradición.

### TEXTO DE 1940

#### Título I

##### De la jurisdicción y de la ley aplicable

Art. 1. — Los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes del Estado en cuyo territorio se perpetraron.

Art. 2. — En los delitos que afectan a dos o más Estados, cometidos por uno o varios delincuentes, serán competentes los jueces o tribunales del lugar en donde hayan sido consumados, debiendo aplicarse en el respectivo proceso las leyes locales.

Si el delito se hubiere consumado en más de un país, serán competentes los tribunales y se aplicarán las leyes del Estado que hu-

biere tomado conocimiento judicial en primer término.

Art. 4. — En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio, y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas.

Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juza el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad.

El juez del proceso deberá, en estos casos, dirigirse al Poder Ejecutivo para que éste dé conocimiento de su iniciación a los Estados interesados en el juicio.

Art. 3. — Si se trata de delitos conexos cometidos por uno o más delincuentes, sean estos autores principales, cómplices o encubridores, en territorio de dos o más Estados signatarios, se dará preferencia en el juzgamiento de ellos a la autoridad y ley penal del país en donde se consume el delito más grave, quedando esta circunstancia librada al criterio del Estado requerido.

Art. 4. — En los casos previstos en los Artículos 2º y 3º, el juez del proceso deberá dirigirse al Poder Ejecutivo para que éste dé conocimiento de su iniciación a los Estados interesados en el juicio.

Art. 5. — Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes asilados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por éstas, acción represiva alguna.

Art. 6. — Los hechos cometidos en el territorio de un Estado que no fueren posibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por la Nación en donde pro-

Art. 5. — Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes extranjeros refugiados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se solicitare su entrega, por dicha vía, en el plazo de noventa días.

Art. 6. — Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren posibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por el Estado en donde pro-

ducen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

Art. 7. — Para el juzgamiento y castigo de los delitos cometidos por cualquiera de los miembros de una Legación, se observarán las reglas establecidas por el Derecho Internacional Público.

Art. 8. — Los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, ya sea a bordo de buques de guerra o mercantes, se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque.

Art. 9. — Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, se juz-

ducen sus efectos, no podrán ser juzgados por los jueces o tribunales de éste sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

Cuando se trate de hechos cometidos por funcionarios públicos que presten servicios en territorio extranjero, y tales hechos constituyan violación criminal de los deberes específicos de la función que se les haya encomendado, no se aplicará la regla precedente y serán juzgados y penados por los jueces o tribunales del Estado a que dichos funcionarios pertenecen, conforme a las leyes del mismo.

Art. 7. — Para el juzgamiento de los delitos cometidos por cualquiera de los funcionarios de una Misión Diplomática y de sus respectivas familias, se observarán los principios señalados por el Derecho Internacional Público.

Igual procedimiento se seguirá tratándose de los jefes de Estado y su séquito, y de los miembros de un cuerpo de Ejército, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho Ejército.

Art. 8. — Los delitos cometidos en alta mar, ya sea a bordo de acronaves, buques de guerra o mercantes, se juzgan y se penan por la ley del pabellón.

Art. 9. — Los delitos perpetrados a bordo de los buques o acronaves de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de

gan y penas con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques pertenezcan.

También se juzgan y penan según las leyes del país a que los buques de guerra pertenezcan, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de éstos individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afectan principalmente el orden disciplinario de los buques.

Si en la ejecución de los hechos punibles sólo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque.

Art. 10. — Los delitos cometidos a bordo de un buque de guerra o mercante en las condiciones prescritas en el artículo 3º, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuye dicha disposición.

Art. 11. — Los delitos cometidos a bordo de los buques mercantes son juzgados y penados por la Ley del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción.

otro, se juzgan por los tribunales y se penan con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques o aeronaves pertenezcan.

Si en la ejecución de tales hechos cometidos a bordo sólo intervinieran individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra o aeronave, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentre el buque o aeronave.

También se juzgarán y penarán por las leyes del país a que los buques o aeronaves pertenezcan, los hechos punibles ejecutados fuera de éstos por los individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo a bordo, cuando dichos hechos afecten únicamente el orden disciplinario de los buques o aeronaves.

Art. 11. — Los delitos cometidos a bordo de aeronaves, buques de guerra o mercantes, en las condiciones previstas por los artículos 2º y 3º, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuyen dichas disposiciones.

Art. 12. — Los delitos cometidos a bordo de buques que no sean de guerra, serán juzgados y penados por los jueces o tribunales y leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encontraba el buque a tiempo de perpetrarse la infracción.

Si los delitos se cometen a bordo de aeronaves privadas que no estén en vuelo, serán juzgados y penados según las leyes y por los jueces del territorio en donde se cometieron.

Art. 12. — Se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado.

Art. 12. — Se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa e islas que forman parte del territorio de cada Estado.

Art. 13. — El Estado ribereño tiene el derecho de continuar en alta mar la persecución comenzada en el mar territorial, y detener y juzgar al navío que hubiera cometido una infracción en los límites de sus aguas. En caso de captura en alta mar el hecho será siempre notificado sin retardo al Estado cuyo pabellón enarbola el navío. La persecución quedará interrumpida desde que el navío entre en el mar territorial o en un puerto de su país o de un tercer Estado.

Art. 13. — Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes.

Art. 14. — La piratería internacional, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos, quedan sujetos a la jurisdicción y ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera que sea el lugar en donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al Estado en el cual los hechos delictuosos sean consumados, de solicitar, por la vía de extradición, la entrega de los delincuentes.

Art. 15. — Los delitos cometidos a bordo de aeronaves que se encuentren en vuelo sobre un Estado extranjero, caerán bajo la jurisdicción de este último, si la aeronave hiciere en él su primer aterrizaje. En caso contrario, la jurisdicción

será del Estado en cuyo territorio se efectuare dicho primer aterrizaje, aplicándose la legislación del Estado subyacente; y, cuando no fuere posible determinar sobre qué territorio se cometió el delito, regirá la ley del pabellón.

Será obligatorio para el piloto de una aeronave en vuelo, a quien se denuncie la comisión de un delito, aterrizar en el primer aeródromo conocido y dar cuenta a la respectiva autoridad.

Art. 14. — La prescripción se rige por las leyes del Estado al cual corresponde el conocimiento del delito.

Art. 15. — La prescripción de la acción y de la pena se juzgarán por los jueces o tribunales y con arreglo a las leyes del Estado al que corresponde el conocimiento del delito.

Art. 17. — La sentencia pronunciada en cualquiera de los Estados signatarios será reconocida en ellos para establecer la reincidencia, habitualidad o tendencia a delinquir del sujeto acusado, como así también para obligarlo, mientras se encuentre en el territorio de los mismos, a la reparación del daño, a las medidas personales de seguridad y a la interdicción resultante del proceso.

Los Estados signatarios suministrarán informes sobre los antecedentes judiciales o policiales registrados en sus archivos siempre que fueren requeridos para hacerlo por otro Estado interesado.

*Nota:* El título 2º referente al Asilo se encuentra copiado junto con la convención sobre Asilo y Refugio Políticos que fué firmada en el Segundo Congreso de Montevideo de Derecho Internacional Privado.

### Título III

#### Del régimen de la extradición

Art. 19. — Los Estados signatarios se obligan a entregarse los delincuentes refugiados en su territorio, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

1<sup>ª</sup> Que la Nación que reclama el delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en juicio sobre la infracción que motiva el reclamo;

2<sup>ª</sup> Que la infracción, por su naturaleza o gravedad, autorice la entrega;

3<sup>ª</sup> Que la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo;

4<sup>ª</sup> Que el delito no esté prescrito con arreglo a la ley del país reclamante;

5<sup>ª</sup> Que el reo no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena.

Art. 20. — La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedir la nacionalidad del reo.

### Título II

#### De la extradición

##### Capítulo I

#### Del régimen de la extradición

Art. 18. — Los Estados contratantes se obligan a entregar, siempre que fueren requeridos al efecto, las personas que, procesadas o condenadas por las autoridades de uno de ellos, se encuentren en el territorio de otro.

La entrega se concederá con arreglo a las formalidades procesales vigentes en el Estado requerido, debiendo concurrir las siguientes condiciones:

a) Que el sujeto haya sido condenado por sentencia firme a un año de prisión por lo menos; y, si se trata de procesado, que el delito materia del proceso sea pasible, de acuerdo con la legislación del Estado requirente, de una pena intermedia mínima de dos años de prisión. Se considera intermedia la semisuma de los extremos de cada una de las penas privativas de la libertad.

b) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer y fallar el delito que motiva el reclamo, aún cuando se trate de hechos perpetrados fuera del territorio de los Estados contratantes.

Art. 19. — La nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición, salvo que una disposición de orden constitucional establezca lo contrario.

Art. 21. — Los hechos que autorizan la entrega del reo, son:

1º) Respecto a los presuntos delincuentes, las infracciones que según la ley penal de la Nación requieren se hallen sujetas a una pena privativa de la libertad que no sea menor de dos años, u otra equivalente;

2º) Respecto de los sentenciados las que sean castigadas con un año de la misma pena como *minimum*.

Art. 22. — No son susceptibles de extradición los reos de los siguientes delitos:

El duelo;

El adulterio;

Las injurias y calumnias;

Los delitos contra los cultos.

Los reos de delitos comunes conexos con cualquiera de los anteriormente enumerados, están sujetos a extradición.

Art. 18. —

Art. 20. — La extradición no se concederá:

a) Por el delito de ducio;

b) Por el delito de adulterio;

c) Por los delitos de injurias y calumnias, aún cuando sean cometidos por medio de la prensa;

d) Por los delitos políticos;

e) Por los delitos comunes ejecutados con un fin político, salvo que a juicio del juez o del tribunal requerido, predomine manifiestamente el carácter común;

f) Por los delitos comunes cuando, a juicio del juez o del tribunal del Estado requerido, pueda inferirse de las circunstancias que rodean al pedido, que media propósito político preponderante en su presentación;

g) Por los delitos esencialmente militares, con exclusión de los que se rigen por el derecho común. Si a la persona reclamada se le imputa un delito militar que esté a la vez penado por el derecho común, se hará la entrega con reserva de que sólo será juzgado por este último y por los tribunales ordinarios;

h) Cuando por el mismo hecho la persona reclamada haya sido o estuviere siendo juzgada en el Es-

Art. 23. — Tampoco dan mérito a la extradición los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos.

La clasificación de estos delitos se hará por la Nación requerida con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado.

Art. 24. — Ninguna acción civil o comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición.

Art. 25. — La entrega del reo podrá ser diferida mientras se halle sujeto a la acción penal del Estado requerido, sin que esto impida la sustanciación del juicio de extradición.

tado requerido, de acuerdo con las disposiciones de este Tratado; o si la acción o la pena estuvieran prescritas según las leyes del Estado requirente antes de la prisión del inculpado;

3) Cuando la persona reclamada tuviera que comparecer ante un tribunal o juzgado de excepción.

La apreciación del carácter de las infracciones corresponde exclusivamente a las autoridades del Estado requerido, con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado.

Art. 21. — Ninguna acción civil o comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición.

Art. 22. — Cuando el individuo reclamado se halle privado de su libertad en virtud de procesamiento o cumplimiento de condena en el Estado requerido, su entrega podrá ser diferida hasta después de levantada la restricción de su libertad o de extinguida la condena, quedando suspendida, mientras tanto, la prescripción de la acción y de la pena.

Art. 23. — No será reputado delito político, ni hecho conexo, el homicidio o atentado contra la vi-

da del Jefe de un Estado contratante.

Art. 23. — Los individuos cuya extradición hubiese sido concedida, no podrán ser juzgados ni castigados por delitos políticos anteriores a la extradición, ni por actos conexos con ellos.

Podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado, los delitos susceptibles de extradición que no hubiesen dado causa a la ya concedida.

Art. 27. — Cuando diversas Naciones solicitaren la entrega de un mismo individuo por razón de diferentes delitos, se accederá en primer término al pedido de aquella en donde a juicio del Estado requerido se hubiese cometido la infracción más grave. Si los delitos se estimasen de la misma gravedad, se otorgará la preferencia a la que tuviese la prioridad en el pedido de extradición; y si todos los pedidos tuvieran la misma fecha, el país requerido determinará el orden de la entrega.

Art. 28. — Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma Nación que verificó la primera entrega,

Art. 24. — Los individuos cuya extradición hubiere sido concedida, no podrán ser juzgados por delitos anteriores a los que motivan la extradición.

Podrán ser juzgados y penados previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado los delitos susceptibles de extradición.

Art. 25. — Cuando la extradición de un individuo se pidiere por diferentes Estados, refiriéndose los pedidos al mismo delito, se dará preferencia al del Estado en cuyo territorio se consumó el delito; y si lo hubiera sido en distintos países, se preferirá al que hubiera prevenido.

Si se tratase de hechos diferentes, se concederá la extradición al Estado en cuyo territorio se cometió el delito más grave, a juicio del Estado requerido.

Si se tratase de hechos diferentes, que el Estado requerido repute de igual gravedad, la preferencia será determinada por la prioridad del pedido.

siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad.

Art. 23. — Cuando la pena que haya de aplicarse al reo sea la de muerte; el Estado que otorga la extradición podrá exigir que sea sustituida por la pena inferior inmediata.

Art. 24. — En los casos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior, el Estado requerido, al conceder la extradición, podrá estipular, como condición, que la persona reclamada debe ser objeto de ulterior extradición.

Art. 25. — En ningún caso se impondrá la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de la extradición.

Art. 26. — Las normas precedentes se aplican en el caso de sujetos condenados a medidas de seguridad, siempre que éstas consistan en la privación o restricción de la libertad, y que para su extinción falte más de un año.

#### Título IV

##### Del procedimiento de extradición

Art. 30. — Los pedidos de extradición serán introducidos por los agentes diplomáticos o consulares respectivos, y en defecto de éstos, directamente de Gobierno a Gobierno, y se acompañarán los siguientes documentos:

1º) Respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable a la infracción que motiva el pedido y del auto de detención y demás antecedentes a que se refiera el inciso 2º del artículo 19;

#### Capítulo II

##### Del procedimiento de extradición

Art. 31. — El pedido de extradición deberá formularse por el respectivo agente diplomático y, a falta de éste, por los agentes consulares o directamente de Gobierno a Gobierno, y deberá acompañarse, según se trate de procesados o de condenados, de copia del auto de prisión o de auto judicial que entraña privación de libertad, emanado de autoridad competente o copia auténtica de la sentencia condenatoria.

29) Si se trata de un sentenciado, copia legalizada de la sentencia condenatoria ejecutoriada, exhibiéndose a la vez en igual forma, la justificación de que el reo ha sido citado, y representado en el juicio o declarado legalmente rebelde.

Las piezas deben contener indicación precisa del hecho inculpa-do, de la fecha y del lugar en que ha ocurrido. Serán acompañadas de copia de las leyes aplicables, así como de las referencias a la prescripción de la acción o de la pena, incluyendo, asimismo, datos y antecedentes que permitan identificar a la persona reclamada.

Art. 30. — La reclamación del condenado no podrá fundarse en sentencia dictada en rebeldía, esto es, cuando el reo no fué personalmente citado para defenderse, o cuando habiendo sido citado, no hubiere comparecido. Sin embargo, podrá acordarse la extradición con la promesa del Estado referente de reabrir el proceso respectivo a los efectos de su defensa.

Art. 31. — Si el Estado requerido considerase improcedente el pedido por defecto de forma, devolverá los documentos respectivos al Gobierno que lo formuló, expresando la causa y defectos que impiden su sustanciación judicial.

Art. 32. — Si el juez del Estado requerido considerase improcedente el pedido por defecto de forma, indicará al Juez del Estado referente qué piezas le faltan señalando un término racional para su remisión.

Art. 33. — Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido remitirá todos los antecedentes al juez o tribunal competente, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediese tal medida, con arreglo a lo establecido en el presente Tratado.

Art. 34. — Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido remitirá los antecedentes al juez o tribunal competente, quien apreciará la procedencia de tal pedido conforme a lo establecido en los Artículos 29 y 30, y, en su caso, tomará las medidas necesarias relativas a la captura de la persona reclamada, ordenando su arresto y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediere.

Art. 33. — En todos los casos en que proceda la prisión del refugiado, se le hará saber su causa en el término de veinticuatro horas y que puede hacer uso del derecho que le acuerda el artículo siguiente.

Art. 34. — El rgo podrá, dentro de tres días perentorios, contados desde el siguiente al de la notificación, oponerse a la extradición, alegando:

1º — Que no es la persona reclamada;

2º — Los defectos de forma de que adolezcan los documentos presentados;

3º — La improcedencia del pedido de extradición.

Art. 35. — En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente a prueba, rigiendo respecto de ella y de sus términos las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido.

Art. 36. — Producida la prueba, el incidente será fallado sin más trámite, en el término de diez días, declarando si hay o no lugar a la extradición.

Art. 33. — En los casos en que efectúe el arresto, se hará saber al interesado en el término de veinticuatro horas, la causa que lo motivó.

En el plazo perentorio de tres días a contar desde el siguiente a la notificación, el interesado podrá oponer las siguientes excepciones:

a) incompetencia del juez del Estado requerido que ordenó el arresto;

b) no ser la persona reclamada;

c) defectos de forma en los documentos presentados;

d) improcedencia del pedido de extradición.

Art. 34. — En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente a prueba, rigiendo respecto de ella y de su término, las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido.

Art. 35. — Producida la prueba, el incidente será resuelto sin más trámite, declarando si hay o no lugar en la extradición.

En caso de que el conocimiento

Dicha resolución será apelable dentro del término de tres días, para ante el tribunal competente, el cual pronunciará su decisión en el plazo de cinco días.

Art. 37. — Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronunció el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo, a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

Si fuese contraria, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido, y lo comunicará al Poder Ejecutivo, adjuntando copia de la sentencia, para que la ponga en conocimiento del Gobierno requirente.

En los casos de negativa por insuficiencia de documentos, debe reabrirse el juicio de extradición siempre que el Gobierno reclamante presentase otros, o complementase los ya presentados.

Art. 38. — Si el detenido manifiesta su conformidad con el pedido de extradición, el juez o tribunal labrará acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada, y declarará sin más trámite la procedencia de la extradición.

Art. 39. — Todos los objetos concernientes al delito que motiva la extradición y que se hallaren en poder del reo, serán remitidos al Estado que obtuvo la entrega.

Los que se hallaren en poder de terceros, no serán remitidos sin que los poseedores sean oídos previamente y resueltos las excepciones que opongan.

del pedido corresponda originariamente al juez de primera instancia, la resolución será apelable ante el tribunal competente.

Art. 36. — Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronuncie el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

Si fuese contraria, una vez ejecutoriada, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido y lo comunicará al Poder Ejecutivo, incluyendo copia de la sentencia para que la ponga en conocimiento del Gobierno requirente.

Art. 37. — Si el detenido manifiesta conformidad con el pedido, el juez o tribunal redactará un acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada y declarará sin más trámite la procedencia de la extradición.

Art. 38. — Los objetos que se encuentran en poder de la persona reclamada, sea que provengan del hecho, o que hubieren servido para su ejecución, o el hecho se hubiera ejecutado en ellos, o en cualquier otro modo revistiesen el carácter de piezas de convicción, serán secuestrados y entregados al Estado requirente, aún cuando no se efectúe la extradición por moti-

vo de muerte o desaparición del inculpa-do.

Art. 40. — En los casos de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar la traslación del inculpa-do hasta el punto más adecuado después del pedido de

Cuando la traslación del reo deba efectuarse por la vía marítima o fluvial, la entrega se hará en el puerto más apropiado de embarque, a los agentes que debe constituir la Nación requeriente.

El Estado requeriente podrá, en todo caso, constituir uno o más agentes de seguridad; pero la intervención de éstos quedará subordinada a los agentes o autoridades del territorio requerido o del de tránsito.

Art. 41. — Cuando para la entrega de un reo, cuya extradición hubiese sido acordada por una Nación a favor de otra, fuese necesario atravesar el territorio de un Estado intermedio, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por la vía diplomática del testimonio en forma del decreto de extradición expedido por el Gobierno que la otorgó.

Si el tránsito fuese acordado, regirá lo dispuesto en el inciso 39 del artículo anterior.

Art. 42. — Los gastos que demande la extradición del reo serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y desde entonces, a cargo del Gobierno requeriente.

Art. 39. — En el caso de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar su traslación hasta el punto más adecuado de la frontera.

Cuando la traslación del reo deba efectuarse por vía marítima, fluvial o aérea, la entrega se hará a los agentes que designe el Estado requerente, en el puerto o aeródromo más apropiado de embarco.

El Estado requerente podrá en todo caso constituir uno o más agentes de seguridad; pero la intervención de éstos quedará subordinada a los agentes o autoridades del territorio del Estado requerido, o del de tránsito.

Art. 40. — Cuando para la entrega de un reo cuya extradición hubiese sido acordada por un Estado a favor de otro, fuese necesario atravesar el territorio de un Estado intermedio, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por vía diplomática, del testimonio en forma del decreto de extradición que la otorgó.

Art. 41. — Los gastos que demande la extradición del reo serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y, desde entonces, a cargo del Gobierno requeriente.

Art. 42. — Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiere obtenido comunicará al que la concedió la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquella.

Art. 42. — Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiese obtenido comunicará al que la concedió la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquella.

Art. 43. — Concedida la extradición y puesta la persona reclamada a disposición del agente diplomático, consular o policial del Estado requirente, será declarada en libertad si dentro del término de cuarenta días, contados desde la comunicación en ese sentido, no hubiere sido enviada a su destino, salvo solicitud de una próterga prudencial. En este caso, no se admitirá un nuevo pedido por la misma causal.

Art. 44. — Concedida la extradición, el Estado requirente se compromete a que el inculcado sea sometido a juicio exclusivamente, de acuerdo con el artículo 429, por el hecho que determinó su entrega y no por otro anterior, salvo si, puesto en libertad, permaneciera voluntariamente en el territorio del Estado requerido por más de treinta días.

Art. 45. — Durante el proceso de extradición, la persona detenida no podrá ser puesta en libertad bajo fianza.

#### Título v

##### De la prisión preventiva

Art. 44. — Cuando los gobiernos signatarios reputasen el caso urgente, podrán solicitar por la vía

#### Título iii

##### Del arresto preventivo

Art. 46. — En casos urgentes, los Estados contratantes podrán solicitar, por vía postal o telegráfica,

postal o telegráfica, que se proceda administrativamente al arresto provisorio del reo, así como a la seguridad de los objetos concernientes al delito, y se accederá al pedido, siempre que se invoque la existencia de una sentencia o de una orden de prisión, y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido.

Art. 45. — El detenido será puesto en libertad, si el Estado requeriente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo desconsiderase improcedente el pedido de arresto provisorio.

Art. 46. — En todos los casos de prisión preventiva, las responsabilidades que de ella emanan corresponden al Gobierno que solicitó la detención.

que se proceda al arresto del inculgado y a la incautación de los objetos concernientes al delito, una vez que se determine la naturaleza del mismo y se invoque la existencia de una orden de prisión emanada del juez competente.

En esos casos, el detenido será puesto en libertad si dentro de sesenta días de la fecha de su arresto no hubiera sido presentado al Estado requerido el pedido formal de extradición, debidamente instruido.

Cumplido el plazo y puesto el detenido en libertad, no se podrá solicitar de nuevo su arresto sino después de la presentación de los documentos exigidos por el artículo 389.

Art. 48. — En todos los casos de arresto preventivo las responsabilidades que de él emanan corresponden al Estado que solicitó la medida.

Art. 47. — En el caso de arresto preventivo, la libertad del detenido se llevará a cabo sin perjuicio de la retención de los objetos que se especifican en el artículo 389, durante un término prudencial que fijarán los jueces del Estado que procedió al arresto, de acuerdo con las circunstancias que rodean al hecho.

#### TÍTULO IV

##### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 47. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su

##### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 48. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado

ratificación simultánea por todas las Naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina para que lo hagan saber a las demás Naciones Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 42. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 43. — Si alguna de las Naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada, sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 44. — Las estipulaciones del presente Tratado sólo serán aplicables a los delitos perpetrados durante su vigencia.

Art. 45. — El artículo 47 es extensivo a las Naciones que no habiendo concurrido a este Congreso quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las Naciones mencionadas lo firman y sellan en el número de cinco ejemplares, en Montevideo, a los veintitrés días del mes de Enero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

su ratificación simultánea por todos los Estados contratantes. El que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay, para que lo haga saber a los demás Estados contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 50. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor, desde ese momento, por tiempo indefinido.

Art. 51. — Si alguno de los Estados contratantes creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 52. — Ningún pedido de extradición por delito cometido antes del canje de las ratificaciones del Tratado puede ser fundado en sus estipulaciones.

Art. 53. — El artículo 49 es extensivo a los Estados que no habiendo concurrido a este Congreso quisieran adherir el presente Tratado.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios de las Naciones mencionadas lo firman en Montevideo a los diez y nueve días del mes de Marzo del año mil novecientos cuarenta (\*).

**RESERVAS:**

**De la Delegación de la República  
Argentina**

La Delegación de la República Argentina deja a salvo el derecho de hacer distinción entre "delincuente político" y "terrorismo internacional".

(\*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.



## NOTAS Y COMENTARIOS



## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA E INDIRECTA DE LOS AGENTES DEL ESTADO

AGUSTÍN GORDILLO

1. — La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el derecho argentino por el artículo 1112 del C.C.<sup>1</sup> Esta disposición, incluida en el título "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos", tiene por sujetos activos a todos los sujetos de derecho que puedan resultar dañados con la comisión del hecho que se sanciona, y por objeto la no comisión de daños jurídicos mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública; sujeto pasivo son en principio todos los agentes estatales.

<sup>1</sup> Está establecida, pero en ningún repertorio de jurisprudencia se encuentran más de uno o dos casos de efectiva responsabilización de un servidor público. A pesar de haberse podido hacer un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, al parece que el culpable autor del daño no resulta irresponsable — como se hace en todos los países civilizados —, en la Argentina no existe responsabilidad del agente estatal. La doctrina ha contribuido a esa lamentable situación — cuyos efectos en materia de corrupción administrativa y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional — por no haber hecho sino contadas aportes al tema, y por no insistir en la necesidad social y republicana — de rango rayano en el imperativo categórico — de, por lo menos, sincronizarla con la responsabilidad del Estado.

En Francia fué naciendo desde 1818 — el caso Lemonnier, que creó el "cursal de responsabilidad" — una progresiva situación similar a la que nosotros tenemos ahora, aunque no tan desastrosa en sus efectos; pero los irreflexivos ataques jurídicos y sobre todo sociales y social-políticos de la doctrina forzaron finalmente en 1881 un cambio de la jurisprudencia en el sentido de tratar de hacer efectiva la responsabilidad del Estado sin por ello negar la responsabilidad del funcionario o empleado público. Otro tanto ha de suceder en la Argentina, si es que el orden y la moral han de imperar; y como paso previo a esa necesidad ineludible de coordinar la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario, debe estudiarse a fondo la esencia y el contenido de la responsabilidad del funcionario, según uno de los artículos que tiene un significado y profundas consecuencias dentro el art. 1112 del Código Civil.

El primer aspecto debiera ser indiscutido, dado que la ley civil no ofrece indicio alguno que permita fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado; pero existen dos posiciones restrictivas, a pesar de ello.

a) La primera, que no ha sido expuesta expresamente, plantea el interrogante de que aquélla existiera con referencia al Estado, pero no a los particulares; pero nada indica, ni en la redacción del artículo 1112, ni en la ubicación del mismo, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado.

Por el contrario, la amplitud de los términos del artículo, y su ubicación dentro de un título que protege a todos los individuos de la sociedad contra los daños que les hagan sus semejantes, indica, con el sustento de la sana lógica, que si a alguien protege el artículo, es en primer término a los administrados, y más bien en segundo término al Estado. Mientras que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a los mismos.

A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto extraño que el C. C. trate de proporcionar esa protección. Que el artículo que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el artículo 1112 en forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.

b) La segunda posición sostiene que el art. 1112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por Díaz de Guijarro<sup>2</sup>, quien basándose en que el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean el vocablo "tercero", de donde surgiría la tesis de que el art. 1112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí.

Un problema radical que esta teoría no puede de ninguna manera superar es que el art. 1112 no emplea el vocablo "tercero", lo que es excluyente y definitivo; pero de cualquier manera, aunque la ley dijera expresamente "tercero", como lo hace

<sup>2</sup> "Inaplicabilidad del artículo 1112, C. C., a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 81, p. 531.

la ley alemana, sólo se conseguiría excluir al Estado de esa responsabilidad directa —nunca de la de *in rem verso*<sup>2</sup>—, pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son “terceros” para el caso<sup>3</sup>. La jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de “tercero”<sup>4</sup>, sino aún el de “obligación legal debida a un tercero”<sup>5</sup> en forma amplísima<sup>6</sup>, por lo que no corresponde establecer restricciones en el derecho argentino sin tener siquiera el término de marras en la ley<sup>7</sup>. Si los administrados necesitan protección contra los administradores, también los funcionarios y empleados públicos necesitan protección contra una Administración que, la experiencia lo enseña, tiene frecuentes despuntos de espíritu faccioso o vocaciones dictatoriales; agregar a eso una especie de “capitis deminutio” para cada agente del Estado, es cerrar una vía de posible prevención.

c) En consecuencia, el artículo 1112 establece una responsabilidad frente a todos los sujetos de derecho que puedan ser dañados por los servidores públicos, desde su función o empleo; sea el damnificado un particular, un servidor público o el Estado mismo, tiene el derecho a hacer efectiva la responsabilidad prevista en la citada disposición legal: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

d) La restricción que nadie ha establecido es la frente al Estado; pero precisamente, es este aspecto el más proclive a dis-

<sup>2</sup> Conf. Giese, Friedrich, “Allgemeines Verwaltungsrecht” Tübingen, 1932, p. 125.

<sup>3</sup> Conf. Giese, op. cit., p. 124, ap. c).

<sup>4</sup> Vide Bender Herrnd, “Allgemeines Verwaltungsrecht”, Freiburg im Breisgau 1926, p. 160; Giese, op. cit., loc. cit.

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que mientras que la ley alemana establece responsabilidad por la violación de una obligación del cargo debida a un tercero (art. 838: ...die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht...), la ley argentina establece responsabilidad por la violación de las obligaciones del cargo, sean o no debidas al tercero que se perjudica. Esta diferencia es fundamental: la progresista jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley, lo que motiva algunas críticas doctrinarias de técnica jurídica —infra, nota 7—; esa dificultad no existe en el artículo 1112, y todo lo que hace falta es aplicarlo...

<sup>6</sup> Vide Forchhammer, Ernst, “Lehrbuch des Verwaltungsrechts”, München und Berlin, 7ª ed. 1934, p. 282; Bender, op. cit., p. 161.

<sup>7</sup> Implícitamente, la doctrina argentina parece estar de acuerdo con esa infundada restricción, al no negarla, y más aún, al afirmarla por exclusión: “la responsabilidad civil del funcionario o empleado puede ser sólo: 1) respecto de los particulares o administrados, 2) respecto de la propia Administración pública”, Rafael Bielsa, “Derecho Administrativo”, 2ª ed., t. III, Bs. As. 1956, p. 277; en el mismo sentido que Bielsa: Bielsa, Carlos María, “La responsabilidad del funcionario”, en La Ley, t. 67, p. 264.

cusiones. Si esta responsabilidad es cuasi delictual, como lo indicaría el título en que se halla ubicada, ¿dónde queda la naturaleza contractual de la relación de empleo público? M.

Inversamente, si la relación del funcionario frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este artículo 1112 y el 1107? Pues si existe un contrato según el cual el funcionario está obligado a cumplir sus funciones, va de suyo que está obligado —contractualmente— a cumplirlas regularmente, y que el ejercicio irregular de la función sería una violación del contrato. La importancia del punto se traduce en la prescripción, respecto a la cual caben dos posibilidades en el caso del daño cometido por el funcionario en forma directa a la Administración: 1°) Si se tratara de una responsabilidad cuasidelictual, la prescripción es de un año (art. 4037, C.C.); 2°) si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años (art. 4023, C.C.).

En el caso de daño cometido al Estado, en forma traslativa, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar por aplicación de la jurisprudencia "fundada" en el art. 1113, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *ca rem verso* del 1123, o es la directa del 1112? Y si fuera la del 1123, la acción prescribe al año, o a los diez años?

A nuestro juicio, si se acepta la hipótesis de que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,<sup>9</sup> el hecho de que uno de los elementos de ese contrato sea la regular prestación del servicio, hace que toda irregular prestación sea frente al Estado incumplimiento de contrato, y que la responsabilidad sea por lo tanto contractual; sólo que asumiría, en cuanto a su dimensión, las características fijadas en el 1112. Este artículo, que en general sanciona una responsabilidad extracontractual, funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. De la misma forma que ciertas disposiciones legales de orden público son un elemento de todo contrato, hayan sido o no pactadas, el regular cumplimiento de las obligaciones legales es una de las obligaciones impuestas al funcionario por su aceptación de la relación contractual que lo liga al Estado: su violación, en consecuencia, origina responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del artículo 4023: 10 años.

Como lo hace notar Mazeaud<sup>10</sup>, cuando la relación entre el principal y el dependiente es contractual (como es el caso del Estado y el funcionario), la responsabilidad del dependiente (el funcionario) hacia su principal (el Estado) por las indemnizaciones que éste hubiera debido pagar por responsabilidad indirecta

<sup>9</sup> Lo que surge del hecho de haber una declaración de voluntad destinada a reglar sus derechos (art. 1137, C. C.).

<sup>10</sup> Mazeaud, H. y L. "Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", 4ª ed., t. I, Paris 1947, p. 303.

debidas a la culpa del dependiente, es responsabilidad contractual<sup>11</sup>, razón por la cual la prescripción del artículo 1123 (la acción recursoria) es también diez años (art. 4023).

2. — La doctrina nacional es uniforme en no admitir restricción alguna en lo que respecta a los sujetos pasivos de la responsabilidad del artículo 1112: todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.

Pero debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, ya que "en el ejercicio de sus funciones" significa que entre el hecho y la función debe haber algo más que una mera relación de tiempo y lugar<sup>12</sup>; es necesario que la función haya dado motivo para el hecho, o haya sido determinante para su comisión<sup>13</sup>. Este requisito de que el funcionario haya actuado "en cuanto tal", en cuanto órgano o instrumento del Estado, conduce en principio a la idea de que la responsabilidad existe para el órgano del Estado.

En todo órgano del Estado hay un doble elemento: el ideal, de que el Estado actúa por medio de ese órgano, y el material, de que un individuo humano realiza esa actividad. Cuando el artículo 1112 establece una responsabilidad para el órgano estatal, crea por consecuencia una doble responsabilidad directa: la del individuo que ejerce la voluntad del órgano, y la del Estado a que el órgano pertenece.

3. — El primer problema de hermenéutica que presenta el artículo 1112 es si él tiene razón de ser, dada la existencia del artículo 1109. Machado parece sostener que la justificación del artículo 1112 deriva de que él abarca a individuos no comprendidos en el artículo 1109<sup>14</sup>, pero ello es erróneo, ya que éste, por su naturaleza genérica y omnicompreensiva alcanza absolutamente a todo ser humano que cometa un daño por su culpa.

Aubry et Rau mismos, fuente directa del artículo 1112, exponían el concepto contenido en dicho artículo, dentro de la explicación aportada al equivalente francés del 1109, aclarando que se aplicaba a los funcionarios públicos: para Aubry et Rau, la res-

<sup>11</sup> Massard, op. loc. cit.

<sup>12</sup> Forsthoef, op. cit., p. 283.

<sup>13</sup> Conf. fallo de la Corte Suprema "F. Rabanillo y otra v. Nación Argentina", 1203 FSC 801. Otros fallos más amplios (162; 210; 232; 862) no niegan que el agente estatal ha de haber actuado en cuanto órgano del Estado.

<sup>14</sup> Machado, José Olegario, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", t. III, Bs. As., 18...., p. 464, nota al art. 1112, in fine.

posibilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el artículo 1109 no excluye a los funcionarios y empleados públicos.

¿A qué puede deberse en consecuencia que Vélez Sarsfield haya tomado ese concepto meramente explicativo y si se quiere innecesario en nuestro país? En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el artículo 75 de la Constitución del año VIII, los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; pero como ese antecedente no existía aquí, no había por qué pensar que podieran existir dificultades en la aplicación de la norma del artículo 1109. Se trata simplemente de "afirmar categóricamente"<sup>19</sup>, o advirtió Vélez en ese concepto de Aubry et Rau<sup>20</sup> un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo artículo dotado de contenido y efectos propios?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el artículo 1109, como lo explica la fuente, no puede en consecuencia justificarse como una supuesta referencia del 1109 a los funcionarios, para extender el número de los sujetos alcanzados por responsabilidad cuasidelictual. Debe entonces haberse referido al contenido de la responsabilidad misma, al hecho ilícito que la origina.

¿Cuál es la diferencia entre el hecho ilícito contemplado en el 1109 y el contemplado en el 1112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. "Por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales": es más o menos que un cuasidelito?

- a) ¿es un hecho igual o distinto?
- b) ¿es un daño mayor o menor? ¿Es un daño jurídico en el sentido común?
- c) ¿es un hecho producido con más o con menos culpa?

Y además, ¿hay en ese artículo relaciones con otras disposiciones? ¿Tiene otros efectos que fundar la responsabilidad del autor del hecho?

<sup>19</sup> Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", t. III, p. 544.

<sup>20</sup> Que éste seguramente tomó del derecho alemán de aquella época, pues el art. 839 del C. C. alemán es reproducción de ese derecho alemán anterior a 1900, por lo que a esta disposición se refiere (Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, Bs. Az. 1948, p. 504), y como lo hacen notar acertadamente Biatza (op. cit., p. 273) y Díaz de Gujjarre (Jur. Arg., t. 51, p. 532) la similitud entre nuestro artículo 1112 y el 839 alemán es notable.

4. — El primer contenido especial del artículo, que difiere el del art. 1109, se refiere al hecho mismo que causa el perjuicio. Mientras que en el artículo 1109 se habla de "todo el que ejecuta un hecho..." que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el artículo 1112 se refiere a "los hechos y las omisiones", con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sanciona uno y otro artículo. El artículo 1109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo gino cuando está expresamente prohibida por la ley (foto sense), según el artículo 1074, aplicable en virtud del 1108; para los funcionarios rige el principio opuesto de que tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento, como opus, de las obligaciones legales a ellos impuestas en razón de esas funciones.

En efecto, debe advertirse que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene si de la especial situación en que se encuentra, y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un particular, pero/sobre todo del artículo 1112. Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad.

Es decir, que la omisión que genera responsabilidad del funcionario, no existe con referencia a una "obligación legal de cumplir el hecho omitido" (art. 1074), sino a una "regular ejecución de las obligaciones legales", lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado, o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado. Así por ejemplo, si un reglamento o ley no prevé la obligación de un funcionario de recibir las denuncias que le sean presentadas en forma documentada y personal, y ese funcionario omite recibir una denuncia relativa a las funciones de que se trate, en esas condiciones, hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario<sup>13</sup>, aunque la omisión no lo sea de un hecho expresamente ordenado. ¿Cuántas sanciones administrativas no se imponen por omisiones de actividades no expresamente determinadas

<sup>13</sup> Por supuesto, el perjudicado en este caso es el Estado, en cuyo interés redundaba en ese caso el regular ejercicio de la función.

por la ley! Cuando el perjudicado por la omisión es un particular, la calificación del hecho no puede variar, y la responsabilidad emergente es igual. El regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112). Creemos, por otra parte, que si la omisión no constituye un ejercicio irregular de las obligaciones legales, no origina responsabilidad alguna, aunque estuviera ordenado por la ley (aunque en ese caso probablemente existirá también una ausencia de culpa).

En el caso contemplado por la Corte Suprema en el tomo 20, p. 438 (1878), en que se discutía si un hecho (denuncia) precedido de una omisión (comprobación del hecho que se denuncia: transgresión a las leyes de aduana), y además otra omisión (presentar despacho) realizados por un empleado de aduana, podía originar responsabilidad para éste, el Tribunal analizó primero si con ello se había violado ley o disposición reglamentaria alguna (considerando 1<sup>o</sup>), concluyendo negativamente; y a pesar de que ese elemento es suficiente, según el artículo 1074, para desear la responsabilidad cuasidelictual por omisión, la Corte<sup>18</sup> consideró que era necesario además analizar si había habido con esa omisión "irregularidad en su conducta" (p. 438, cons. 2<sup>o</sup>); recién una vez que estuvo aclarado que no había habido irregularidad en su conducta, y que la aprobación del superior había significado el cumplimiento adecuado de "la obligación que le imponía su empleo" (cons. 3<sup>o</sup>), se concluyó que no había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba "nada de irregular" en la conducta del funcionario respectivo, y que la segunda omisión de que se reclamaba, consistente en no presentar dentro de cierto término el despacho (las ordenanzas no fijaban término, razón por la cual la omisión no lo era de un acto ordenado por la ley), no era irregular, pues "el tiempo empleado en la revisión... no es excesivo", todo lo que señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario público no es de ninguna manera el del artículo 1074 —obligación legal de hacerlo— sino el del 1112 —cumplir regularmente la obligación legal de la función—.

La diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un

<sup>18</sup> Pues la Corte confirmó el fallo por sus fundamentos.

hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.

Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el artículo 1112 sea igual al del 1109. En el 1112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1074, donde la omisión no basta si no está prohibida por la ley. Tanto el positivo hacer como los negativos "no dar", "no hacer" y "permitir" <sup>18</sup> están comprendidos en el 1112.

b) 5. — El daño cometido mediante el hecho o la omisión constituye el segundo contenido especial que diferencia al artículo 1112 del 1109. Sabido es que el artículo 1109 prevé un daño resultante de un cuasidelito, y en consecuencia, que sólo es daño "el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" (art. 1068), por aplicación de los principios generales referentes a la cuestión. Por consecuencia, los daños jurídicos que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no son indemnizables, por no involucrar detrimento económico alguno. Así por ejemplo una restricción de la libertad de prensa, una negación injustificada e irrazonable de permiso para realizar reuniones públicas, una comunicación policial expresando que no se concede autorización para realizar alguna reunión en local cerrado y con concurrencia limitada <sup>19</sup>, una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país de peticionar a las autoridades, etc., son por lo general daños jurídicos que no se traducen en un perjuicio económico; es decir, no son daños jurídicos en el sentido del Código Civil, y no pueden ser materia de cuasidelitos. Son, sin embargo, daños jurídicos, desde un punto de vista técnico, por cuanto constituyen una violación de derechos de los individuos.

Estos daños jurídicos, cuando son cometidos por un particular contra otro, no dan lugar a indemnización, porque no habiendo perjuicio económico ni positivo dolo (delito, que da lugar a daño moral) es desaconsejable sancionarlos, al no entrañar un serio perjuicio social. Pero precisamente porque todos esos daños jurídicos no son generalmente cometidos por particulares, sino por las autoridades públicas, la cuestión adquiere una importancia

*juicio de  
para sí  
daño.*

<sup>18</sup> Categoría ésta en boga en Alemania; Borden, op. cit., p. 160; Glaser, op. cit., p. 122.

<sup>19</sup> La policía de seguridad no puede prohibir ni restringir esas reuniones, puesto que no son públicas. Pero lo hace; allí no hay dolo, ni hay daño económico; pero la importancia del bien jurídico violado hace imperativo que exista responsabilidad por esos actos y hechos; el 1112 la contiene.

cia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana, frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos. AUN entra en juego la previsión de Vélez Sarsfield, quien con este artículo protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos constitucionales, al establecer un régimen diferente en materia de daños jurídicos cometidos por órganos estatales.

a) El artículo dice "los hechos y las omisiones... por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas". Ello significa que es elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil, el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas.

En algunos casos, ello implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública. Claro está, si no actúa en ejercicio de la función pública (p.ej., cuando no actúa con motivo de ella), el regular cumplimiento de las obligaciones legales no es causa de irresponsabilidad.

En el resto de los casos, habiendo irregular prestación, existe por eso solo, responsabilidad, por lo que la irregular prestación es el elemento determinante de la misma<sup>21</sup>.

En efecto, el artículo 1112 dice que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" son el presupuesto de su disposición ("son comprendidos en las disposiciones de este Título"); lo que significa que lo que determina la aplicación del artículo es la reunión de los dos elementos allí mencionados: a) el hecho o la omisión en el ejercicio de la función, b) que ese hecho u omisión consista en un irregular cumplimiento de las obligaciones legales. Desde el momento que toda irregular prestación constituirá ya un hecho, ya una omisión, podemos subsumir el primer requisito en el segundo, y concluir que lo fundamental del artículo es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular.

Al decir la ley entonces que "son comprendidos en las disposiciones de este Título" determina que son daños jurídicos generadores de responsabilidad. Mientras que el artículo 1109 dice que el que comete un daño es responsable del mismo, lo dice allí

<sup>21</sup> Conf. Bielsa, op. cit., p. 275. La necesaria consecuencia, de que aun el daño no susceptible de apreciación pecuniaria, origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por este autor.

con referencia a la noción de daño dada en el 1068: perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Al decir que el irregular cumplimiento de las obligaciones de la función está comprendido en las disposiciones del Título —que son disposiciones que establecen responsabilidad por daños causados con culpa— determina que ello también es un daño, a pesar de que las reglas generales no lo contemplan en todos los casos en esa forma.

Las normas generales requieren daño económico, y el irregular cumplimiento no siempre genera un daño económico: precisamente allí está la razón de esta disposición especial. En ausencia del artículo 1112 no todo irregular cumplimiento de las obligaciones de la función generaría responsabilidad, sino sólo aquél que causare un daño económico; estaríamos entonces en las reglas generales sobre la materia, y los hechos y las omisiones que mencionamos al comienzo de este apartado (restricciones a la libertad de prensa, de tránsito, de reunión, etc.) no estarían comprendidos en las disposiciones del título, no podrían originar responsabilidad de los funcionarios públicos; pero el artículo 1112 dice precisamente lo contrario de la regla general: él dispone que si están comprendidos en el título; que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función, son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño jurídico generador de responsabilidad, puesto que están comprendidos en las disposiciones de ese título<sup>22</sup>.

b) De esta forma el derecho de reunión, de asociación, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de transitar y salir del país, de profesar libremente su culto; la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de

<sup>22</sup> El problema es por supuesto delicado, ya que el artículo 1068 que define el daño jurídico es aplicable "a los actos ilícitos"; además, Vélez, cuando quiso derogar el 1068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el artículo 1078, el cual por otra parte es inaplicable al título de los cuas delictos (v. art. 1068).

Pero ello no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del art. 1112 en dos disposiciones; pues si el artículo 1112 dice que lo que él prevé está comprendido en el título, ello no significa que sea un hecho ilícito generador de responsabilidad según el título y por lo tanto 1068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho en él previsto, y no el hecho ilícito del 1068 con su referencia conceptual al 1068, es el que origina responsabilidad. Y lex specialis derogat generale...

Si un nuevo artículo al lado del 1112 dijera: "El insultar a una persona está comprendido en las disposiciones de este título", no comportaría ello acaso una derogación del 1068? Y si dijera "El violar la libertad de culto, de correspondencia, etc., está comprendido, etc.", no sería lo mismo? [Y qué, si no eso, dice el 1112? (v. n.º 3, b)].

los papeles privados, y todos los derechos individuales establecidos en la Constitución pero frecuentemente desmentidos por la realidad, originan en el Código Civil responsabilidad del empleado o funcionario público que los viola, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria<sup>28</sup>. En efecto, es indiscutible que una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que implica respetar los derechos individuales de los administrados, allí establecidos. El funcionario que viola un derecho individual establecido en la Constitución, viola con ello la Constitución, y cumple de esa manera en forma irregular las obligaciones legales a él impuestas; debe por lo tanto ser responsable, y así lo dispone el 1112.

La indemnización es en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista; y puede también considerarse pertinente la llamada indemnización nominal, o "exemplary damages", es decir, un aumento de la indemnización a título de castigo civil, de acuerdo a la importancia del bien jurídico procesado o a la negligencia o malicia demostrada en la producción del daño jurídico.

6. — En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el artículo 1112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose en consecuencia como requisito indispensable la existencia de dolo, culpa o negligencia en la realización del daño, es decir, que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario para el ejercicio de su función se haya debido al dolo, la culpa o la negligencia de su autor<sup>29</sup>.

La obediencia debida juega en este aspecto un rol importante, porque la ejecución de una orden inválida cuya legalidad el funcionario no tenga derecho a examinar<sup>30</sup>, o de una orden negligente o culposa, pero válida en su origen, no puede dar lugar a responsabilidad. Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente una eximente de culpa; en tales casos el hecho es atribuible a la función o servicio mismo, es decir al Estado, y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si existe, en forma exclusiva.

<sup>28</sup> Conf. Giese, op. cit. p. 125: "Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales".

<sup>29</sup> Conf. Bielsa, op. cit., p. 375; Bender, op. cit., p. 161; Giese, op. cit., p. 125. En contra, Sáenz, Carlos María, en La Ley, t. 87, p. 885, 2ª columna: "... probado el desempeño irregular de sus obligaciones, ... surge la obligación de indemnizar, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario".

<sup>30</sup> V. Bielsa, op. cit., p. 382.

De esta manera, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye la responsabilidad del mismo, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad a menos que sea culpable.

En cuanto al error, él sólo puede ser causal de responsabilidad si con él el funcionario ha cumplido culpable e irregularmente sus obligaciones legales: el error no culpable o que no es ejecución irregular de las obligaciones legales no provoca la responsabilidad del artículo 1112. Pero el error no culpable, no es el "error excusable" del derecho civil, pues éste existe cuando puede darse en un hombre normal, mientras que el funcionario tiene obligaciones especiales que un hombre normal no tiene por qué cumplir. En el caso del agente estatal, todo depende del cumplimiento irregular de las obligaciones legales<sup>28</sup>. Inversamente, cuando el error es un irregular cumplimiento de las obligaciones legales, el funcionario es responsable, si ha sido cometido por negligencia<sup>29</sup>.

7. — La caracterización de "las obligaciones legales que les están impuestas" abarca toda ley y reglamento que tenga disposiciones pertinentes, y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado. Y es necesario puntualizar una vez más que dentro del "cumplimiento de las obligaciones legales" se encuentra también y sobre todo la Constitución, por lo que también la violación de la misma es una violación de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Esto es de suma importancia en un país de legislación deficiente e insuficiente para proteger los derechos individuales: así, aunque las leyes no hayan protegido algunos derechos, esos derechos, en cuanto están en la Constitución, son igualmente obligación legal de cumplir regularmente, por parte de los órganos estatales.

También es importante advertir que nuestro artículo 1112 difiere del 839 del C. C. Alemán en que no se requiere la violación de una obligación legal debida directamente al damnificado, sino que la violación y también el irregular cumplimiento (primera diferencia) de una obligación legal debida al damnificado (o al Estado) (segunda diferencia) dan lugar a indemnización.

La jurisprudencia alemana ha borrado esta segunda diferencia, reconociendo en la mayoría de las obligaciones legales que en principio son debidas por el funcionario sólo al Estado, un

<sup>28</sup> Conf. Mayer, op. cit., p. 366; comp. el resto del texto de Mayer, y Diebs, p. 283.

<sup>29</sup> Por lo que en la práctica el error se subsume en la culpa. V. Díaz de Guzmán, en *Jur. Arg.*, t. 61, p. 331 et seq.

derecho subjetivo del administrado<sup>20</sup>; pero de todos modos, este artículo que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee. El principio de la legalidad de la administración, o del derecho subjetivo a la legalidad, que en Alemania introduce la jurisprudencia prácticamente forzando su artículo 839 en un intento de acercarlo a lo establecido en nuestro 1112, se halla teóricamente vigente entre nosotros. El artículo 1112, al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular ejercicio de las obligaciones legales), en una relación jurídica entre el órgano y el particular (por cuanto el deber que en principio existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los administrados): es decir, que el regular cumplimiento de las obligaciones legales es un auténtico derecho subjetivo del administrado (y no un interés legítimo) en cuanto él tiene la titularidad de la prestación.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primeramente al Estado (reglamentos, circulares, etc.), o al administrado (derechos constitucionales), y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del artículo 1112, corresponde distinguir la forma en que el daño se produce en cada caso.

En el primer caso, es decir aquél en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés (o derecho objetivo, en otra terminología<sup>21</sup>), de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado<sup>22</sup>, el artículo 1112 las hace también debidas al administrado, pero no en la misma forma. Mientras que en el caso del Estado la violación de cualquier disposición genera responsabilidad —pues todas son debidas a él—, en el caso del particular sólo la violación o irregular cumplimiento de aquellas obligaciones establecidas en beneficio de dicho particular —directa o indirectamente— pueden dar lugar a indemnización. Dicho de otra forma, debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa<sup>23</sup>, y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones

<sup>20</sup> Bender, op. cit., p. 75; Forsthoff, op. cit., p. 169 et seq.

<sup>21</sup> V. Heilbrunn, Hans: "Verwaltungsrecht", Hannover 1949, p. 33 et seq.

<sup>22</sup> En cuanto a la interpretación técnica del reglamento o ley misma que crea la obligación. El artículo 1112 transforma a ese "interés" o "derecho objetivo" en un auténtico derecho subjetivo.

<sup>23</sup> Bender, op. cit., p. 181.

no tendía a proteger o de alguna forma a beneficiar al sujeto pasivo del daño jurídico.

En el segundo caso, o sea aquél en que las obligaciones legales son debidas directamente al administrado por el órgano estatal, la causalidad es automática, por cuanto la obligación legal es respetar el derecho individual: al no cumplirse la obligación legal se viola al mismo tiempo el derecho respectivo; por eso dijimos que daño jurídico no es el del artículo 1068, sino pura y exclusivamente la infracción jurídica.

RESP. INDIABOTA DEL FUNCIONARIO SUPERIOR (No D Esra)

8.— Un problema interpretativo que plantea el artículo 1112 es el de si él se refiere a los artículos anteriores, o a todo el título de que forma parte. Las palabras "son comprendidas en las disposiciones de este Título", que ya han sido analizadas en cuanto contribuyen a caracterizar el hecho ilícito y el daño jurídico allí contemplado, tiene además otras dos proyecciones: 1°) en cuanto a la responsabilidad indirecta del Estado —lo que no consideramos en este artículo—, 2°) en cuanto a la responsabilidad indirecta del superior jerárquico del autor del daño.

Ambos problemas se centran alrededor de una posible combinación de los artículos 1112 y 1113, y por ello es importante determinar si aquello de "son comprendidas en las disposiciones de este Título" se refiere a todas las disposiciones —y entre ellas el artículo clave, 1113— no solamente a las anteriores, quedando así excluida toda posible combinación de los artículos 1112 y 1113.

Segovia se pronunció en favor de la invalidez técnica o equivocación de dichos términos, basándose en que por lógica, ninguno de los artículos posteriores tenía nada que ver con él: se debía leer, por lo tanto, "son... en las disposiciones precedentes"; obviamente, Segovia no tenía en mente ni la responsabilidad indirecta del Estado, ni la responsabilidad indirecta del funcionario, razón por la cual su afirmación pierde fuerza<sup>42</sup>. Esta doctrina permaneció más o menos olvidada hasta que apareció la idea de responsabilizar al Estado según el artículo 1113; se sostuvo entonces que la redacción textual del artículo 1112, en contra de lo sostenido por Segovia, manifestaba expresamente una remisión al artículo siguiente para responsabilizar al Estado empleador por el hecho de su funcionario dependiente, previsto en el 1113; pero tampoco parece que esto sea así. La remisión que hace el artículo se explica de otra manera (supra, n° 5, a). Segovi

Tanto el argumento de Segovia como el opuesto se remiten, por lo demás, a la cuestión de que se refiera o no el 1112 a los

<sup>42</sup> V. Segovia, Lisandro: "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Bs. As. 1881 tomo I, p. 304.

artículos siguientes o precedentes, y constituyen así una petición de principios, pues lo que intentan demostrar en virtud de "son comprendidos..." se resuelve en definitiva en demostrar que existe o no una relación entre el artículo 1112 y lo que se diga: las palabras "son comprendidos" no resuelven nada por sí mismas. Todo se reduce, en consecuencia, a averiguar si entre el contenido del 1112 (daño jurídico cometido por un servidor público) y el principio de la responsabilidad indirecta es posible hallar alguna relación.

Una doble relación es posible hallar, en principio, entre el contenido del artículo 1112 y el 1113: una, como siendo el 1112 el hecho del funcionario por el que responde el Estado "empleador" según el 1113 (sistema de la jurisprudencia); otra, como siendo el 1112 el hecho del funcionario por el que responden él y sus superiores jerárquicos.

Debe tenerse en cuenta que el Código Civil Francés, fuente del artículo 1113, establecía una disposición similar pero inmediatamente, y en el mismo artículo (1384) daba una enumeración que la doctrina de ese país ha entendido ser limitativa<sup>83</sup>. La razón de que se haya entendido en forma limitativa, es que la primera parte del artículo 1384 del C. Napoleón dice que se responde "de las personas de que se debe responder", es decir, que se remite a la enunciación, sin crear una regla general autónoma<sup>84</sup>. Ese es el sistema de la mayoría de los códigos<sup>85</sup>; pero se advierte al punto que en cuanto la norma legal no hace una enumeración, la solución es distinta. El C. C. egipcio, p. ej., dice que se es responsable "...de las personas que se tienen bajo su guarda", y entonces se ha entendido que todos los individuos que están bajo la guarda de alguien originan responsabilidad indirecta para éste: marido, abuelo, etc.<sup>86</sup>.

Y precisamente, cuando el C. C. Argentino dice que se es responsable de "...los que están bajo su dependencia", sería lógico querer excluir algún caso de dependencia: todos los individuos que están bajo la dependencia de alguien originan responsabilidad indirecta para éste. Es una disposición general y así debe ser aplicada. No abarca solamente, en consecuencia, los casos de "empleador" y "empleado", sino que exige únicamente la calidad de dependiente en el autor material del hecho: aquél de quien éste depende, sea quien fuere, es responsable, con el sólo requisito de que el autor del daño esté bajo su dependencia, sin importar que haya o no contrato. El art. 1113 dice que se respon-

<sup>83</sup> Mezeaud, H. y L.: *op. cit.*, p. 682, n° 713 y 714, nota 1.

<sup>84</sup> *Op. loc. cit.*, p. 683.

<sup>85</sup> *Op. loc. cit.*, p. 684, nota 8.

<sup>86</sup> *Ibidem*, nota 8 *in fine*.

de por los que están bajo la dependencia de uno, y no por los empleados que uno pague; y está bajo la dependencia de uno todo aquel que recibe órdenes en su actividad.

Creemos en este sentido que la circunstancia de que Vélez Sarsfield haya puesto este artículo en forma especialmente genérica, y situado a continuación del que crea con contenido diferente de el 1109 la responsabilidad directa de los servidores públicos, tiene el doble motivo de ampliar la responsabilidad del autor material del daño, en el caso del 1112, y de hacer nacer una responsabilidad que asegure la moral republicana y el respeto al pueblo soberano; la responsabilidad del superior jerárquico, como ineludible paso, toda vez que existe responsabilidad de un dependiente; no ya según el artículo 1112, sino y precisamente según del artículo 1113.

9. — Debe tenerse fundamentalmente en cuenta que lo que el artículo sanciona no es la responsabilidad por el hecho del dependiente en cuanto responsabilidad de patrón o empleador sino responsabilidad por el hecho de una persona en cuanto ella está bajo la dependencia de un sujeto de derecho. No debe pretenderse restringir los amplios términos del artículo 1113, queriendo encontrar allí una relación contractual de, p. ej., locación de servicios”; bien está que en la locación de servicios el locador está bajo la dependencia del locatario, pero ello no puede fundar ningún argumento a contrario sensu. El hecho de que la relación contractual de referencia, u otra cualquier, contenga una relación de dependencia, no implica que deba necesariamente haber contrato para que exista la dependencia.

En otros términos, lo importante para precisar el contenido del artículo 1113 es pura y exclusivamente la relación de dependencia. Dependier, dice el diccionario de la Academia, es “estar subordinado a una persona o cosa; venir de ella como de su principio, o estar conexas una cosa con otra, o seguirse de ella”, y dependiente, es “el que sirve a uno o es subalterno de una autoridad”.

Desde el punto de vista lingüístico es pues bastante amplia la noción, y todo funcionario o empleado depende, en consecuencia, inmediatamente, de su superior jerárquico, y en escala ascendente, mediatamente, del Estado mismo.

Si se analiza el contenido jurídico de la relación de dependencia no se arriba a conclusiones diversas. Desde la “sudditan-

\* Ni siquiera en el derecho francés, menos amplio que el nuestro, se requiere contraprestación por la labor del dependiente, para la aplicación de la resp. ind. (Mazeaud, p. 805. La “preposition”, dice Demogues, no es un “contrato, sino una situación de hecho” (cit. por Mazeaud, op. loc. cit.).

za" hasta hoy, la relación mencionada se resuelve siempre en un contenido de autoridad, y dependiente es siempre, en última instancia, el que debe obedecer la orden de otro, es decir, el que está sujeto para tales o cuales circunstancias o tareas, a la autoridad de alguien. En este sentido el funcionario o empleado está también sujeto a la autoridad inmediata de su superior jerárquico, y mediata en escala ascendente, del Estado, en cuanto sus superiores son órganos de éste.

No hay contradicción en esta doble dependencia para una misma tarea; sólo la habría en el caso de que los dos individuos de quienes depende para esa tarea fueran independientes entre sí. Desde el momento en que los dos individuos —el superior y el Estado— están relacionados entre sí de modo que no se presenten conflictos de autoridad, toda dificultad desaparece. Los empleados de una oficina o un servicio no son menos dependientes de su jefe porque éste sea a su vez "dependiente" del Estado, y por ello la responsabilidad indirecta del superior jerárquico por el hecho de su inferior jerárquico, no excluye ni presupone la responsabilidad "indirecta" del Estado por eso mismo hecho.

En conclusión todo servidor público que se halla en condiciones jurídicas de dar órdenes a un funcionario o empleado estatal lo tiene bajo su dependencia; luego, es responsable por los hechos que éste cometa en el ejercicio de las tareas comprendidas en la relación de dependencia dentro de la cual podía válidamente darle órdenes e instrucciones obligatorias<sup>88</sup>.

10. — Advertida esta aplicación del artículo 1113, adquiere nueva importancia la existencia del artículo 1112. El art. 1112 crea una regla general para todos los agentes estatales, y por ello la responsabilidad indirecta del superior jerárquico no es sino un subcaso de responsabilidad de funcionarios y empleados públicos; el hecho ilícito del dependiente por el cual se responsabilizará a su superior, no es el previsto en el 1108, sino en el 1112.

Pero además, el artículo 1112 debe tenerse en cuenta para caracterizar la culpa en eligiendo al superior: dicha culpa debe buscarse dentro del marco del irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Por supuesto, la culpa en eligiendo sólo puede existir en el caso de entidades autárquicas o cuando la facultad de nombrar agentes del Estado haya sido delegada.

<sup>88</sup> La jurisprudencia francesa, en sentido similar, habla de "el derecho de darle órdenes o instrucciones sobre las funciones para las cuales está empleado" (Mazeaud, op. cit. p. 814), lo que es muy significativo, dada la mayor amplitud de nuestra ley.

La cuestión queda así limitada al caso de la culpa in vigilando, considerara con referencia al control jerárquico de los miembros de la A.P. Si bien la responsabilidad del art. 1112 es directa, constituye la regla general que abarca y restringe la indirecta; debe haber un irregular cumplimiento de la obligación de dirigir, y ese irregular cumplimiento debe ser una culpa in vigilando. Cuando se particulariza que la obligación legal relativa a la función es dirigir la marcha de una oficina u órgano estatal, se advierte que la culpa in vigilando consiste en una mala vigilancia en el sentido de dirección y organización de la oficina u órgano; no se trata de una vigilancia personal y actual de la actividad del dependiente, pues ello es generalmente imposible en una organización administrativa burocrática. La vigilancia que exige el artículo 1113, interpretada según la regla del 1112, consiste en una actividad de organización, de dirección, y eso es lo que debe apreciarse en la determinación de la culpa. Si el jefe ha organizado correctamente la marcha de las actividades a su cargo, y si ha tomado las precauciones aconsejables para impedir el proceder dañoso de sus dependientes, no tiene culpa in vigilando cuando éstos realicen un daño, aunque éste efectivamente hubiera podido ser evitado con la vigilancia del jefe en persona, y ese tipo de vigilancia hubiera sido posible; la culpa sólo existe dentro del marco del irregular cumplimiento de la obligación del cargo, y esa obligación es en este caso dirigir y organizar.

El hecho de que la responsabilidad del superior se configure según el art. 1112, no significa que sea directa, ya que en el régimen del C.C. es responsabilidad directa sólo la que deriva del daño causado por uno; cuando un empleado de un servicio u oficina desorganizada y mal vigilada comete un daño, la responsabilidad del superior sólo puede ser indirecta (es decir, no puede ser directa, porque el dependiente no es órgano suyo), en virtud de que él no cometió el hecho. Por ello, a pesar de que su responsabilidad en este caso se estructura alrededor de la hipótesis del 1112 (cumplimiento irregular de la obligación de vigilar y dirigir), no se trata de responsabilidad directa, sino indirecta.

Sólo en el caso de que se pruebe que la causa materia del hecho es la defectuosa organización —lo que puede subsumirse en el caso de órdenes que al ser ejecutadas derivan necesariamente en un daño— puede hablarse de responsabilidad directa del superior (lo que no excluye, por supuesto, la resp. directa por los demás hechos propios que realice).



## EL PRECIO DE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS

### JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL ARTICULO 1627 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Por

TEÓFILO MEJALELATY

Si bien el precio es un elemento esencial en el contrato de locación de servicios, como para la locación en general lo establece el art. 1493 del Cód. Civ., la ley suple la voluntad de las partes, cuando éstas han omitido su determinación o dejado de fijar elementos suficientes que la posibilitem, entendiéndose en tal caso "que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros" (art. 1627 Cód. Civ.).

Si los contratantes fijan el precio, rige entre ellos soberana dicha convención, que "forma para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (art. 1197 Cód. Civ.). Salvo, exceptúa el caso en que la voluntad de una de las partes estuviere viciada<sup>1</sup>; por reputar conocida la teoría general del acto jurídico, evitaremos esas remisiones, que pueden considerarse redundantes. El contrato, como acto jurídico bilateral, en el sentido del art. 946 del Cód. Civ., está evidentemente sujeto a todas las disposiciones que para el acto jurídico en general se establecen. Queremos igualmente dejar señalado, que en nuestro entender, resultan en general aplicables las consideraciones que aquí hacemos, a la locación d obra, en hipótesis semejante<sup>2</sup>.

El tan manido principio de diferenciación entre ambos contratos, según el cual en uno el precio es proporcional al tiempo empleado y en el otro es de acuerdo al resultado obtenido, no impide que en lo que se refiere a la fijación del precio, cuando no fue determinado, se apliquen las mismas reglas; como bien dice

<sup>1</sup> SALVAT, RAYMOND, Tratado de Derecho Civil Argentino. - Fuentes de las obligaciones. Buenos Aires, 1941, 4ª edición, nº 1157, p. 308.

<sup>2</sup> La Cámara Comercial de la Capital, 16/11/244, G. F. 173-428, sostuvo que: ante la falta de antecedentes que permitan inferir la voluntad de las partes con relación al monto del precio estipulado en el contrato de construcción de obra, es aplicable el principio que consagra el art. 1627 del Cód. Civ. (Voto del Dr. Rodríguez Rivas, Adhirieron, Williams y Bouquet.)

Spota<sup>3</sup>, es el trabajo el que está principalmente en juego, aun cuando en uno se lo aprehende sólo desde el punto de vista del resultado a alcanzar, es decir, de la obra, y en el otro se considera "en sí, como fuerza intelectual o materia humana, aunque dirigida en pos de un resultado".

A) *Importancia del art. 1627 del Cód. Civil como regla de excepción. Su fundamento jurídico económico.*

El fundamento jurídico-económico de la regla de excepción que establece el último apartado del art. 1627 del C.C.A., es el que puede darnos la medida de la importancia jurídica, a la vez que económica, que tiene dicho precepto. Él, permite soluciones equitativas, cuando la imprevisión, el decoro de la profesión o la costumbre, impiden en la celebración de este contrato, la fijación del precio de los servicios a prestar, evitando así, un enriquecimiento sin causa por parte del locatario, o como nos enseñara el profesor, doctor M. A. Risolía, sin justificación, ya que causa siempre hay. Ese es precisamente el sentido de la paradoja. La norma básica que informa este precepto es la equidad, merced a una interpretación de la acción humana, según la cual ésta siempre aparece impulsada por un interés, que en el plano de las relaciones económicas es justamente de ese orden: económico. Esta interpretación surge en el artículo que analizamos, como una presunción derivada de una doble hipótesis: que el servicio prestado sea de la profesión, o modo de vivir del que lo presta.

El art. 1483 del Cód. Civ., como ya lo señaláramos, al definir la locación en general, triplemente hipotética, establece el precio, como un elemento que hace a la esencia del contrato. Sin precio, como sin objeto o sin consentimiento no tendría existencia este acto jurídico perfecto que es el contrato: en el supuesto, de locación de servicios. Sin embargo, como dice un autor<sup>4</sup>, las leyes han consagrado una excepción a este principio, permitiendo locaciones de servicio sin precio convenido por las partes, pero para ello, según el mencionado autor, "ha sido necesario romper el molde clásico de la contratación destruyendo su base esencial: el consentimiento. No creemos que la cosa sea tan trágica; no se destruye, sino que se integra el consentimiento. Mejor, se lo complementa. El mismo autor, lo reconoce al decir: "la ley ha tenido que suponer que el que pide prestados servicios a otros, implícitamente consiente en pagarlos; y aún más: que consiente en pagar el precio de costumbre".

<sup>3</sup> Spota, A. G.: *Locación de Obra* (Tesis doctoral). T. 1, pág. 804, nº 305.

<sup>4</sup> Cozzano Álvarez, E.: *La locación de servicios sin precio estipulado*. Conferencia del ciclo organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba. Pág. 2.

## B) Fuentes del art. 1627 del Código Civil Argentino.

Vélez omite, respecto de nuestro rúculo, su siempre tan útil nota, incluso, la muy importante cita de sus fuentes. Sin embargo, encontramos una primer fuente, por lo conocida y frecuente, sin dificultad: Freitas.

El sabio brasileño, que legisla más extensamente que Vélez la materia, y con más felicidad, establece en los arts. 2697 y ss. que: "No será atendido en juicio el que demandare la prestación de cualquier servicio o trabajo, si no probare por alguno de los medios del art. 1949, que tal servicio o trabajo le haya sido prometido mediante un precio, aun cuando éste no fuese inmediatamente determinado.

Si el precio no fue determinado inmediatamente, se entenderá que las partes consiguieron el precio de costumbre, el que, en caso de duda, será determinado por arbitraje".

Luego, el art. 2698 se refiere a la demanda del precio, haciéndolo con menos rigor que el anterior, al referirse a la demanda de prestación del servicio. El art. citado dice así: "Será no obstante, admitidas todas las pruebas, si alguien demandare el precio de un servicio o trabajo que haya hecho para otro, siempre que tal servicio o trabajo pertenezca a los de su profesión o medios de vida, y ello aun cuando no hubiese habido convenio alguno sobre el precio. Se entenderá también sobre este caso, que las partes consiguieron el precio de costumbre, el cual, en caso de duda, será determinado por arbitraje".

Finalmente, el art. 2699, encuentra su correspondiente en el art. 1628 del Código Civil.

Cordeiro Álvarez, atribuye además influencias al Código de Chile y al gran Pothier. El primero en su art. 1997 referido a los "Contratos para la confección de una obra material" y extendido por el art. 2006 a la locación de servicios inmateriales, dice que: "Si no se ha fijado precio se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

Los dos caminos que pudieron seguirse para facilitar el cobro de servicios prestados en determinadas condiciones, en síntesis, son:

- a) El del Cód. de Chile, presumiendo que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos; y
- b) El Esbozo de Freitas, facilitando la prueba del contrato, merced a un alejamiento de los principios generales que rigen la materia, para que en caso de que éste resulte probado, entender

(art. 2696) que las partes convinieron el precio de costumbre, el cual, en caso de duda, será determinado por arbitraje.

El pensamiento de Pothier<sup>2</sup> resulta claro sobre el punto —aunque no muy acertado— y según parece es quien ha inspirado el Cód. de Chile. Pothier —versión libre del mismo— pone un ejemplo cuando habla del contrato de locación de obra (*louage d'ouvrage*); establece primero, que los tres elementos esenciales a este contrato son: una obra a realizar (objeto), un precio y el consentimiento. Luego, al explicitarse sobre el precio, entiende, no muy acertadamente para nosotros, que sin precio no hay locación de obra, sino mandato (lo que no es así, como leemos en Freitas, sino hay representación, que es de la esencia del mandato).

"Sin embargo —dice—, no es necesario que el precio sea convenido expresamente, puede resultar de un convenio tácito sobre el mismo, como cuando se manda tela al sastre para que haga un traje, aunque no se haya pactado precio alguno, tácitamente se considera que se ha convenido el precio que es de uso pagar en el lugar por la hechura del traje."

Estas son las fuentes, directas e indirectas, que llevan al art. 1627, son ellas pues, las que pueden iluminar el panorama, en cualquier interpretación del artículo que se desee hacer.

#### C) Sujetas amparadas por el art. 1627 del Código Civil

Dentro de la sencillez que denota en su redacción el art. 1627 está su importancia: de ella se deriva su generalidad, ¿Quiénes pueden demandar el precio, amparándose en la disposición del art. 1627?

Simplemente, "el que hiciere algún trabajo" o "prestare algún servicio", cuando tal servicio o trabajo sea de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, y aun también cuando no siéndolo, no existieren circunstancias que hicieren presumir la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía.

*Intención que se presume cuando el servicio no fue solicitado, o cuando el que lo prestó habitaba en la casa de la otra parte.* (Art. 1628 Cód. Civ.). — Esta presunción reviste el carácter de las llamadas "iuris tantum", esto es, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario, ya que como es evidente no existe ninguna razón que nos autorice a pensar que el legislador haya querido dar un corte definitivo al asunto, mediante una presunción "iuris et de jure", que no sólo sería injustificada, sino también arbitraria. Dicho supuesto, en que se presume la intención de beneficiar, entendemos que resulta inaplicable para el caso en que el servicio prestado sea de la profesión o modo de

<sup>2</sup> Cit. por Cordeiro Alvarez, op. cit. parág. VI. Pontes, Oeuvres, IV, M: Bugnet, Nos. 297 y sigs.

vivir del que lo prestó. Así resulta de un análisis cuidadoso y conjunto de los arts. 1627 y 1628 del Código. En efecto, el primero de dichos artículos dispone que "el que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir". Y el segundo a su vez dispone que "si el servicio o trabajo no fuese relativo a la profesión o modo de vivir del que lo prestó, sólo tendrá lugar la disposición del artículo anterior, si por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar . . .", es decir, el principio del art. 1627 que autoriza a demandar el precio, aunque éste no se hubiese ajustado, rige soberano, si el servicio prestado es de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, sin que pueda aludirse, remitiéndose a la presunción legal de que hubo intención de beneficiar. De esta manera, si un médico asiste a su paciente —para dar más visos de verosimilitud—, en un caso de urgencia, no se podrá alegar la intención de beneficiar porque el servicio no fue solicitado o porque el facultativo habitaba en casa del enfermo, ya que el servicio prestado sería de la profesión del que lo prestó. La interpretación que damos al texto legal no podría ser otra, ya que la última parte del artículo 1628, establece dicha presunción para el caso que ya venía disponiendo: en que el servicio o trabajo no fuese relativo a la profesión o modo de vivir del que lo prestó.

El artículo es amplio. Comprende tanto relaciones civiles, como comerciales y laborales, con las limitaciones que los códigos y leyes civiles, comerciales y laborales establecen. No habiéndose dictado las disposiciones (Ordenanzas municipales o policiales en cada pueblo) que el artículo 1624 del Cód. Civ. prevé, para las personas de uno y otro sexo que se conchavaren para servicio doméstico, lo mismo que las disposiciones especiales que debieron dictarse reglamentando las relaciones entre los artesanos y aprendices, y entre los maestros y discípulos, les resulta aplicable en lo que fuere pertinente, el art. 1627 del Cód. Civ., cuyos límites no es posible precisar, sino merced a textos legales expresos, que en el caso del art. 1624 no son suficientes. Sin embargo, debemos una aclaración. Siendo el Cód. Civ. una ley, derogable por otra ley (art. 17) el Congreso pudo, merced a facultades que le son inherentes, dictar dichas leyes con carácter nacional, que es lo que en buena parte se hizo; de esta manera se halla casi totalmente satisfecha la previsión de Vélez; si bien no son disposiciones de carácter local, ello no interesa, no es esencial. Eso sí, repetimos, en todo lo no previsto por ellas, expresa o implícitamente, rige soberano el art. 1627, norma de suprema equidad, combativa de la mala fe y defensora de la parte más débil y en el caso, única sujeta al fraude, ya que los servicios son previamente prestados. Así el artículo, en su amplitud, comprende toda clase de trabajo

o servicio, de cualquier calidad que fuese, incluso como al comienzo lo señaláramos, la locación de obra y fuere cual fuere el nivel intelectual del que lo practique, comprendiendo desde el mozo de cordel, hasta el título de mayor jerarquía universitaria, y no creemos que la asimilación vaya en desmedro de nadie. Bien extrajurídicas resultan artificiosas construcciones, como se observa en el plenario de 1919 que después analizaremos, por las que se hacen distinciones que la ley no hace, interpretando y olvidando a la vez básicas reglas de interpretación, que expresan que donde la ley no distingue no debemos distinguir. La no admisión de dicha regla, incluso, supone el rechazo de la lógica como método de interpretación, lo que sería un absurdo... jurídico. La interpretación que hacemos del artículo es la única jurídicamente razonable: obras intelectuales y materiales, dependientes y profesionales liberales, quedan íntegramente regidos por el artículo en el supuesto en él establecido y salvo las limitaciones determinadas por otros cuerpos legales, que como leyes de arancel profesional y contratos colectivos de trabajo, tienen prevalencia en la materia, por su especialidad. (*Lex special derogat general*).

<sup>2</sup> *L'arancelos colli in que venimol dicitur, encontramos crítica por Moyano<sup>2</sup> la doctrina francesa formada por Duvergier, Laurent, Baudry Lacantinerie, Colliu y Capitant, Planiol, etc. Finalmente digamos, dejando de lado la cuestión interpretativa, que la regla del art. 1627 ha dejado en general de aplicarse a las profesiones liberales en las que rige un arancel con un mínimo legal, con todo, el artículo, por su generalidad, a menudo encuentra lugar para una útil aplicación, lo que se observa por la frecuencia con que con él se fundan derechos.*

Es común, por lo menos en otra época lo fue, que en ciertas ramas de la actividad humana, no se pactara precio a cargo del locatario, sino que la contraprestación se sustituyera por el derecho a percibir de un tercero, lo que éste "voluntariamente" y sin que medie exigibilidad jurídica de ninguna índole, se dispone a abonar (*propinas*). Este tipo de estipulación implica en realidad, una contraprestación, propia de un contrato oneroso, perfecta del *do ut des*. Sin embargo, la indeterminación del precio a percibir que queda subordinado a la voluntad del sujeto pasivo de la prestación y finalmente su "no exigibilidad jurídica", nos impiden propiamente, hablar de precio estipulado. Este tipo de contrato fue común y como dijimos aún lo sigue siendo, en lo relativo a la locación de servicios de porteros, mozos de café, acomodadores de cine y changadores, cuya única retribución estaba formada exclusivamente por las "propinas" que quien era servido les dejaba.

<sup>2</sup> Moyano, J. A.: Rev. de Crim., Psiquiatría y Med. Leg. T. XVIII, pág. 348.

Casi siempre de mala fe, algunas veces esos dependientes una vez terminada la locación, por propia decisión o por despido, vencimiento del plazo, etc., intentaban cobrar sus servicios fundándose precisamente en el art. 1627 del Cód. Civ. Con ese motivo la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, tuvo la oportunidad de establecer en diversos fallos<sup>7</sup> que no se hacía lugar a la demanda porque la costumbre y el uso en esta relación jurídica no era precisamente la retribución de un precio en dinero, sino que se abonaran los servicios sólo con las propinas que percibía el locador: especie de contrato innominado en que el locatario no retribuye directamente los servicios que recibe, sino que otorga facultades al locador para percibir de un tercero.

Recogiendo las acertadas conclusiones a que llega Cordeiro Alvarez, encontramos que estos fallos han determinado una limitación congruente al principio general del art. 1627 del Cód. Civil, y es que: *Cuando el uso es contrario a la situación que el mismo consagra, no puede pensarse que haya el consentimiento tácito que fundamenta el artículo. Esos usos y costumbres sirven de prueba en contrario a la presunción que el mismo consagra.*

Esta conclusión sirve en general, como una advertencia a la aplicación indiscriminada que pretende hacerse del artículo 1627, de la que resulta que en cada caso, debe estarse a lo que es de uso y que puede tener el valor de lo que es expresamente convenido, antes de hacer valer una presunción legal, que sólo tiene valor supletorio. En la prudencia, estará la justicia de su aplicación<sup>8</sup>.

No completaríamos nuestro trabajo de interpretación en torno al art. 1627 y a los sujetos amparados por él, si dejáramos de señalar sus limitaciones, no sólo en los supuestos del art. 1628, sino también de los arts. 1625, 277 y 430 del Cód. Civ. El art. 1625 dispone que el que hubiese criado a alguna persona, no puede ser obligado a pagarle sueldos por servicios prestados, hasta la edad de quince años cumplidos. Tampoco serán obligados a pagar sueldos los tutores que conservaren en su compañía a los menores de quince años, por no poder dadas acomodo.

El art. 277 refiriéndose a los padres establece que "pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa", limitación que con toda razón y mayor motivo,

<sup>7</sup> Fallos cit. por Casero Alvarez, E.: Op. cit., p. 10. C. Com. 24 febrero 1920, López o/Strada y Tagliero, 9 junio 1920, etc.

<sup>8</sup> Esta modalidad de la locación, no siempre fue resuelta de la misma manera, ni con el mismo buen sentido.

En un fallo de la Cám. Com. de la Cap. de mayo 20 de 1927, J. A., t. 28, pág. 427, se dijo que: "La locación de servicios convertida con un modo de café no debe entenderse gratuita, aunque la práctica general

Lafaille \* extiende en el caso del art. 1625 a los tutores, todo, con más las limitaciones que resultan para los menores, de otras leyes de orden público.

#### D) Supuestos de su aplicación.

La aplicación del art. 1627 del Cód. Civ., ¿supone la aplicación de todo otro principio general, que integra la materia de contratos? Entendemos que no. Respondemos a esa pregunta negativamente porque la aplicación lisa y llana de tales principios, terminaría con la eficacia del artículo y con las intenciones que al establecerlo tuvo el legislador. En base a ello, es que estamos en condiciones de afirmar, de acuerdo con el art. 1627 y lo que resulta de las fuentes que le dieron vida, que, cuando el trabajo o servicios prestados por el locador son de su profesión o modo de vivir, no debe probar el contrato sino los servicios prestados, así resulta de una fuente indirecta, Pothier, en el caso del sastré, ya mencionado. La misma conclusión cabe extraer del Cód. de Chile inspirado en él. Así resulta también, con su acostumbrada claridad, de Freitas, fuente directa de nuestro articulado sobre la materia.

La excepción impuesta a los principios generales en materia de prueba de contratos, respecto de la determinación del precio en la locación de servicios, ¿es justa? Entendemos que sí, ya que se tiende de esta manera a proteger los legítimos intereses de los que trabajan, haciéndoles fácil la prueba, imposible muchas veces de lograr, si aplicándose la regla del art. 1193 del Cód. Civ.,

consciere la costumbre de tenerlo por remunerado tan sólo con las pruebas de los clientes, si el patrón demandado no acredita haber convenido expresamente esta circunstancia".

Dicho fallo, aparece anotado por un interesante comentario del doctor Enrique Díaz de Guzmán, por el que nos enteramos que "en algunas ciudades, como en ciertos restaurantes de París, los mozos pagan un derecho al dueño del establecimiento para poder usar el delantal que los acredita como empleados del mismo. En lugar de cobrar al propietario el salario que correspondería a la función desempeñada, los papeles se invierten y dicho proletario viene a constituirse en locador de plazas de mozo". Puesta en discusión, cierta vez, ante la Corte Suprema, la moralidad de dicha convención, ésta resolvió que lo era, agregando que cada persona es juez exclusivo de sus intereses y conveniencias y de fijar, por lo tanto, las condiciones en que han de prestarse sus servicios. En el caso, como bien lo hace notar el doctor Díaz de Guzmán, debió haber prevalecido sobre el principio del Cód. Civil, de que la locación no se presume gratuita, los usos mercantiles. Dada la existencia de estos usos mercantiles, deben expresamente manifestar su voluntad de apartarse de ellos, porque constituyen la regla que rige la causa en caso de silencio. De ahí, que nos parezca absurdo, como lo hace notar el autor citado, que se exija el requisito de convenio expreso, para corroborar la práctica de la plaza.

\* LAFAILLE, H.: Curso de Contratos. Bs. As., ed. 1928, p. 294, n° 465.

debiese probarse el contrato por escrito, toda vez que su objeto sea una cantidad de más de doscientos pesos.

La presunción que informa el artículo, es perfectamente legítima, no se hace "por amor al arte" lo que constituye un medio de vida, por el contrario, se hace esperando una recompensa, cuya especie está presumiblemente fijada, desde que los fenicios inventaron la moneda!...

El fundamento del artículo advierte en el contenido del mismo una disposición de carácter condicional. Probada que sea la prestación del servicio, corresponde fijar el precio, siempre que el servicio aparezca rodeado de las demás circunstancias ya establecidas. Todo ello, claro está, condicionado al derecho que tiene la otra parte de probar la existencia de un contrato con precio establecido o con bases para su determinación, incluso la inexistencia de precio, por tratarse ya no de un contrato de locación de servicios (o de obra), sino, de cualquier otro, p. e. contrato de sociedad, de capital e industria, donación, o en cumplimiento de una obligación de origen delictual, etc.

En general, podemos afirmar, que si el contrato es gratuito o no siéndolo, no existe un precio determinado, sino otro servicio a cargo de la contraparte, o la entrega de una cosa, la cesión de un derecho o cualquier otro signo de onerosidad, se tratará de un contrato inominado, siendo una característica conocida de éstos, el de que se rigen por el contrato a que más se asemejen. Dudamos que en el caso haya mucho que pensar, a cuál se asemejarían más.

Esta es la doctrina admitida en general, por la jurisprudencia actual. Resulta interesante destacar que no siempre fue así. En la primer época que siguió al alumbramiento de nuestro Código Civil, cuando éste hacía sus primeras armas con sus intérpretes y aplicadores, diversos fallos habían determinado la necesidad de probar el consentimiento, exigiendo que se llevara al juez a la certeza de que el locatario había solicitado los servicios recibidos.

Esa doctrina, como es lógico de ver, destruye los fundamentos mismos del artículo, y con ello la eficacia de una norma que tuvo por base, serias y legítimas presunciones de que nos dota la vida. Sin embargo, aunque no participemos de esa doctrina, creemos justificado ese punto de vista, si nos apartásemos de los fundamentos y bases aludidos, esto es, incurriendo en el mismo error que los autores de la doctrina mencionada. En efecto, si careciendo el juez de probanzas que atestigüen el consentimiento de las partes, respecto del servicio prestado, tuviera que condenar a alguna de ellas al pago del precio que resulte, sólo podría hacerlo en caso de que se alegue la existencia de un contrato o de un "casi contrato", gestión de negocio o empleo útil, hipótesis en que deberán quedar probados los extremos que hacen al instituto. Sin embargo, este razonamiento es radicalmente falso, si se ad-

vierte qué falsas son sus bases. En efecto, prestado el servicio en las circunstancias especificadas por el artículo, se presume la existencia del contrato y por ende del consentimiento. Sin duda, es ésta una presunción "iuris tantum". No es necesario probar el consentimiento, sino en todo caso destruir la presunción de "consensus", ya que admite prueba en contrario. Esta es la verdadera doctrina interpretativa: no se puede exigir la prueba de un extremo no constituido por la ley o que por lo menos resulte de alguna manera de ella. En este sentido, encontramos numerosos fallos, resueltos todos sobre un mismo caso, tal el registrado en J. A., t. 18, pág. 987, en la causa Perrone y Ayerza c/Baratti: en el caso, los dos primeros, de profesión arquitectos, habían confeccionado para el segundo, planos que éste negó haber solicitado. Sin embargo, probado que éste los recibió y utilizó para su obra, se hizo lugar a la demanda.

Si bien no hay duda sobre los extremos que deben probarse, la jurisprudencia no siempre se ha manifestado de acuerdo con los medios por que dichos hechos pueden ser acreditados, así, en diversos casos<sup>12</sup>, requirió la observancia de lo preceptuado en el art. 1193 del Cód. Civ. ya que, si en realidad al demandarse por el cobro de precio, implícitamente se demanda al locatario por cumplimiento del contrato, no puede admitirse la prueba testimonial cuando el valor de lo que constituye su objeto excede de doscientos pesos, por aplicación imperativa del artículo citado. Mientras que en otros casos<sup>13</sup>, la solución fué radicalmente distinta, estableciéndose que: cualquiera sea el monto de la demanda, es admisible la prueba testimonial si la base de tal acción lo constituye el art. 1627 del Cód. Civ., por aplicación del art. 1191 del mismo código, que resulta aplicable fundamentalmente en dos de sus supuestos: a) Si hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley (contrato por escrito); b) Cuando alguna de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato.

Esta última es la doctrina que antes adoptamos al interpretar como de excepción el contenido del art. 1627 del Cód. Civ., respecto de los principios generales vigentes en materia de contratos. Entre ellos se hallaba el mencionado art. 1193.

Sintetizando las conclusiones a que hemos arribado, podemos decir que la doctrina aplicable al caso es la siguiente:

1º) No se trata propiamente de probar el contrato y el consentimiento, sin el cual aquél no tiene existencia, ya que si bien probado aquél se presume éste, son dos cosas distintas, que

<sup>12</sup> V. Jurisprudencia Argentina, t. 7, pág. 481; t. 20, pág. 931; t. 2, pág. 304, etc.

<sup>13</sup> V. notas al pie de fallos en J. A., t. 20, pág. 920, y t. 22, pág. 898.

guardan una relación de forma a sustancia. Se trata de probar "hechos jurídicos", de los cuales el contrato surja directamente o merced a una presunción inferida de esos hechos y que será "uris tantum" ya que cabe a la otra parte la posibilidad, más bien el derecho, de probar en contrario. Además, toda vez que concurren las circunstancias que prevé el artículo, para el que el servicio prestado sea de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, alcanza con la prueba de que los servicios fueron prestados, que como meros hechos que son, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba.

2º) Si no existe problema ante la inexistencia absoluta de contrato, mucho menos podrá existirlo, si habiendo contrato por escrito las partes hubieren olvidado fijar el "precio" o establecido bases para su determinación posterior, es decir, para cuando el servicio ya haya sido prestado o la obra concluída, como ocurre en el caso del sastre, mencionado por Pothier.

Las conclusiones arriba anotadas resultan así interpretadas en un fallo de la Cámara Civil de la Capital del 23 diciembre 1924 en que dice "... se trata de acuerdo a la doctrina del art. 1191 de que el actor demanda cumplimiento al demandado, tomando por base justamente, el cumplimiento de su prestación: en consecuencia, puede probar sin restricción los hechos que invoca". No siempre sin embargo, ha sido éste el criterio imperante. En un fallo (cuya nota puesta al pie antes citamos J. A., t. 20, pág. 920) en contradicción con la doctrina que proponemos se estableció: "si no existe un principio de prueba por escrito que haga admisible las declaraciones de los testigos, ellas no son útiles a los fines de la acción deducida por la locación de servicios. La nota mencionada atestigüa una jurisprudencia vacilante en la exigencia de ese elemento claramente definido por el art. 209 del Cód. de Comercio. La más de las veces se admite la imposibilidad de obtener dicho principio de prueba por escrito, incluso como dice Lessona (cit. por la nota) en su *Tratado general de la prueba en Derecho Civil*, porque en este contrato existe imposibilidad moral para procurarse el principio de prueba por escrito. La jurisprudencia de distintos países así lo ha considerado cada vez que se ha tratado de la determinación de honorarios médicos.

La misma nota, nos aclara que según nuestra jurisprudencia no es menester el principio de prueba por escrito, basando justificar por testigos la prestación y el ofrecimiento de retribución por el que los aceptó, tratándose de servicios aceptados tácitamente, cualesquiera que sea su importancia (Cám. Civ. 14/12/1906, Fallos, t. 177, p. 76) y en otro caso que ... para que se demande el precio que legalmente corresponde por servicios profesionales prestados (en el caso confección de un inventario y balance) que dan derecho a pedirlo, no es necesaria a este res-

pecto, sino la prueba de los hechos que dan base a la acción (Cám. Civ. 30 de Nov. de 1909, serie 7ª, t. 8, p. 83). Aceptamos por concorde con la posición asumida, la doctrina de la Suprema Corte Nacional (3 agosto 1875, Fallos, t. 16, p. 247) que estableció que la prueba testimonial sin previo principio de prueba por escrito, sólo es procedente cuando se trata de demostrar por medio de ella los hechos que constituyen la prestación de servicios; pero si se trata de probar el contrato en el cual se estableció la prestación de servicios a efectuarse entre las partes, el régimen del Código en materia probatoria entra en función plenamente, debiendo aplicarse las disposiciones que exigen que los contratos se prueben en la forma en que las leyes lo establecen.

No queremos dejar de señalar que el art. 1627 fue erróneamente interpretado cuando se consideró que sólo amparaba a los profesionales, ya que como después la jurisprudencia lo estableció, alcanza con que la realización del tipo de servicios prestados, constituyan el medio de vida o sean de la profesión del que lo prestó. La característica que así lo define es: la habitualidad.

Sin la concurrencia de alguna de estas condiciones, la presunción se invierte y así el art. 1628 si bien establece que se debe el precio, esto corresponde si por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía, intención que se presume cuando el servicio no fue solicitado o cuando el que lo prestó habitaba en casa de la otra parte, hipótesis en que como es evidente los extremos a probar varían <sup>12</sup>.

La distinción hecha por Vélez es legítima, ya que corresponde a la realidad de la vida. Si consulto sobre derecho a un abogado, es evidente que yo sé que deberé pagar sus servicios, mientras que si alguien oficiosamente se me ofrece para realizar un trámite, no constituyendo ése su medio de vida, la situación varía. A pesar de todo, no nos animamos a dar una posición absoluta sobre el caso, ya que a veces el que sea o no de la profesión o modo de vivir no es determinante de que se deba o no la retribución. Así es que, en general, hay que estar a las particulares circunstancias

<sup>12</sup> Presunción de gratuidad. La Cám. Civ. 2ª de la Cap., en fallo del 22/8/1939, L. L., t. 13, pág. 866, acordado con los votos de los doctores Lagos y Miguera, confirmatorio de la sentencia del juez Crda, ha declarado que: a falta de prueba del convenio de locación de servicios que se invoca, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1628 del Cód. Civil, debe presumirse la gratuidad de los servicios de enfermero, extraños a la profesión y al modo de vivir del que los prestó, si de antes resulta que éste alquila la planta baja, y que además puede aceptarse que no fue llamado por el causante, en razón de la vinculación que resulta de la vecindad.

El vocal, doctor Sarver, votando en disidencia, sostuvo que la presunción de gratuidad consagrada en el artículo 1628, 2ª parte, cláusula 2ª, se refiere a los casos en que se vive en casa del que recibe el servicio sin efectuar pago alguno, es decir, a título de caridad o amistad; y que

de hecho de cada caso. De los hechos ha de surgir el derecho, debiendo tenerse siempre en cuenta la magnitud e importancia de los servicios prestados, si medió ofrecimiento del locador o requerimiento del locatario, y si de acuerdo a la conciencia humana que generalmente actúa cuando es impulsada por un interés, había legítimamente razón como para que el locador entendiese trabajar por precio o para que el locatario entendiese que le servían gratis.

E) *Constitucionalidad del artículo 1627 del Código Civil.*

Una nota aparecida en J. A., t. 5, p. 71 que no lleva firma y fue colocada al pie del plenario del año 19 allí transcrito, considera que el art. 1627 del Cód. Civ. es inconstitucional porque dicho artículo "al establecer que en la locación de servicio se entienda, en ciertos casos, ajustado el precio de costumbre, para ser determinado por árbitros, no ha podido privar a los jueces de la facultad que les confiere la ley procesal. Cuando ésta dice que la sentencia debe declarar el derecho de los litigantes, condenando o absolviendo de la demanda, en todo o en parte (art. 211 del Cód. de Procedimientos) es porque ha querido la terminación de los juicios y no que con ocasión de ellos surjan otros nuevos".

Luego agrega, "en la organización política que se ha dado el país, el Código Civil no puede crear los órganos de la jurisdicción ni determinar que un asunto ha de resolverse por árbitros: ésa es materia que corresponde a las legislaturas locales, en cuyo carácter el Congreso dictó el Código de Procedimientos (art. 67, Inc. 11 y 28 de la Constitución Nacional), lo que la ley de fondo ha querido expresar es que si no hay convenio previo sobre la locación ha de determinarse por jueces, si éstos han de ser ordinarios o arbitradores, de derecho o legos, es una cuestión que no ha podido decidir". Luego dice "se trata de cuestiones procesales ajenas a la legislación de fondo". Termina la nota poniendo de relieve el olvido de los jueces en aplicar la ley suprema, antes que cualquier otra, para luego considerar equivocada en el racio-

en el caso de autos, no podía invocarse esa presunción por cuanto los actores no habitaban en casa del demandado a título de amistad, ni de caridad, sino que ocupaban otra finca de su propiedad en carácter de locatarios, de donde se trasladaron a la casa del causante al efecto de poder prestarle los servicios personales.

Los antecedentes jurisprudenciales concuerdan con la interpretación del vocal disidente (J.A., t. 3, pág. 374; J.A., t. 7, págs. 26 y 281; J.A., t. 28, pág. 118), salvo casos de excepción (Cám. Civ. 2ª, J. A., t. 6, pág. 324), en que por la naturaleza de los servicios no se admite la presunción de gratuidad, correspondiendo su prueba al que la invoca. (J. A., t. 83, pág. 847).

Consignamos que la interpretación del doctor Salva, no es original, sino que es transcripción del art. 2099 del Esbozo que como dijéramos, legisla la materia con más felicidad que Vélez.

ció, pero justa en la solución, la opinión de la mayoría, así como que la minoría ha errado en todo!...

Esta nota, debemos confesarlo, nos ha puesto en duda y sorprendido, el Cód. Civil se ha caracterizado en su aplicación como una ley supraconstitucional en su fondo y en su forma; hasta llena dentro del marco de sus posibilidades, verdaderas lagunas de nuestra ley fundamental. De ahí la sorpresa. La duda, ha sido originada por un razonamiento, que parece correcto. Sin embargo, después de un exhaustivo análisis del caso, concluimos en que la disposición citada es constitucional. He aquí la razón. El art. 1627 del Cód. Civil es supletorio de la voluntad de las partes y en este sentido, dentro de los marcos sustanciales de la Constitución Nacional, la ley puede suplir la voluntad de las partes de cualquier manera que estime conveniente, tanto como las partes mismas podieron hacerlo. La disposición que tendrá lugar *en defecto de estipulación contraria*, es material y no formal. No debemos dejarnos engañar por las apariencias. El art. 1627 está tratando de proveer un elemento esencial al contrato, el precio; lógico será entonces que lo haga de cualquier forma y con cualquier método. Pudo hacerlo directamente o estableciendo un procedimiento. En el Cód. Civ., como en otras, y también en las leyes de fondo, habría según él, que crítica, muchas normas inconstitucionales.

La ley pudo sólo haber dicho ... se entiende el precio de costumbre, o el que establezca un perito o quien se nos ocurra, incluso, árbitros. Se trata de una disposición que cualquiera sea su contenido se va a incorporar al contrato, escrito o no, y siendo una cláusula del mismo, ya no cabe declararla con tal fundamento inconstitucional. En la regla del artículo, dado el silencio de la voz de las partes, la ley sólo interpreta su supuesta voluntad, y esto, "iuris tantum".

Además, bien puede interpretarse éste, como otro caso en que el legislador, considerando la importancia del asunto, haya decidido justificadamente, la inclusión de una regla formal en una ley de fondo, con el objeto de salvaguardar el derecho del locador, de manera definitiva, y no dejarlo al vaivén de las legislaturas locales. No es la primera vez, que Vélez se ocupa de reglas procesales en el Código. En el art. 760 p. ej., pone a cargo del acreedor que no impagnare el depósito judicial, en el pago por consignación, las costas judiciales. Nunca ponderado suficientemente, el autor del Código Civil, encontramos en la ocasión la oportunidad de hacerlo. Si Vélez pudo olvidarse de citar alguna vez a Freitas o de revisar una nota, creemos que jamás se olvidó de la Constitución Nacional.

**F) Procedimiento para la determinación del valor pecuniario de los servicios prestados.**

La ley es una y una es su parte dispositiva, sin embargo, la jurisprudencia la ha interpretado y aplicado de diversas maneras, a tal punto que podemos mencionar cuatro interpretaciones principales, interesantes de "lege ferenda", pero erróneas de "lege lata". En todo caso, una de ellas sería válida y el resto tergiversación o derogación lisa y llana de la ley, por conveniente, no menos ilegítima. Podemos ordenar dichas interpretaciones de la siguiente manera:

a) La jurisprudencia sentada por las Cámaras Civiles de la Capital, siempre en casos de poca importancia, dejó librado el precio al juramento estimatorio del actor, olvidando posiblemente que no es el monto de la demanda el que debe dar más relevancia jurídica al asunto en juicio, sino que todos los casos por igual merecen las mismas garantías, máxime cuando ni el mismo artículo hace esa diferenciación, no del todo justificada. Si bien hoy ya no rigen en la Capital Federal el procedimiento del juramento estimatorio, ya el Doctor Juan Agustín Moyano<sup>14</sup> se encargó, a propósito del cobro de honorarios médicos de demostrar que aquel sistema tenía prácticamente los mismos resultados que la fijación directa por el juez, con el inconveniente de que recurría a una fijación ineficazmente. Agregando, "el arcaico sistema de diferir al juramento del acreedor la fijación de un crédito, de mundo incierto según la prueba, es merecedor a que sea puesto en desuso por la jurisprudencia (muy criticable como solución legal), como que no es más que un anacronismo pueril enquistado en nuestra ley de enjuiciamiento civil. Si el juez no puede condenar a más de lo que pide el actor, es elemental que el máximo designado ha de ser menor de lo que el médico demandó, por lo cual éste debe forzosamente jurar que su crédito asciende al máximo designado: por donde el máximo no es más que una fijación directa por el juez, quien salva mediante tal recurso, los escrúpulos emergentes de una prueba deficiente para determinar el monto de un crédito<sup>14</sup>.

b) En otras oportunidades, que es lo que originalmente se hizo, antes de advertir los problemas que la práctica se encargó

<sup>14</sup> Revista de Crim., Psiquiatría y Med. Legal, op. cit.

<sup>15</sup> Han diferido al juramento estimatorio del actor: Cám. Fed. La Plata, oct. 21-1927, J. A., t. 26, pág. 50; Cám. Civ. 2ª de la Capital, dic. 17 de 1915, J. A., t. 3, pág. 1137; Cám. Civ. 3ª de la Capital, J. A., t. 26, pág. 283 y J. A., t. 27, pág. 278; J. A., t. 3, pág. 204; J. A., t. 8, pág. 97; J. A., t. 9, pág. 518; J. A., t. 26, pág. 283; ...el asunto es de poca importancia (Cám. Comercial de la Capital), julio 23 de 1933, en J. A., t. 4, pág. 526, etc.

de demostrar, se dejó librado el precio a juicio de árbitros, proceder que más adelante analizaremos<sup>10</sup>:

c) Una tercera interpretación, entendió que el artículo se quiso referir a árbitros arbitradores amigables componedores y en tal sentido resolvieron la cuestión distintos tribunales de la Capital y las provincias, por considerar que el artículo no se quiso referir a árbitros, que requiere un nuevo juicio para su decisión.

d) Finalmente se llegó al procedimiento de la estimación directa que tuvo su consagración en las Cámaras Civiles de la Capital reunidas en tribunal pleno, que así lo resolvieron el 24 de diciembre de 1919 en el caso "Zurut c/Poncet de Longueville (Suc.) cuya síntesis (J. A., t. 5, p. 68) establece que:

1. — No puede deferirse al juramento estimatorio del actor la determinación del número de visitas médicas, porque lo único que autoriza la ley es la fijación del importe del crédito o perjuicios reclamados.

2. — Debe fijarse directamente por los jueces el importe de los honorarios de los abogados, peritos, médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales, pues sólo corresponde el arbitraje para las obras manuales que ejecutan los artesanos o en otros casos análogos<sup>11</sup>.

El sistema de arbitraje (o de arbitradores amigables componedores como interpretan muchos autores) establecido por nuestro Cód. Civ. (art. 1627), en la materia, no era sin duda alguna el más apropiado para resolver la cuestión. Su aparente simpli-

<sup>10</sup> Han diferido la fijación al juicio de árbitros: Cám. Civ. 2ª de la Cap., marzo 5 de 1918, J. A., t. 1, pág. 212; Cám. Civ. 2ª de La Plata, mayo 15 de 1918, J. A., t. 1, pág. 772; Cám. Civ. 1ª de la Cap., julio 13 de 1918, J. A., t. 2, pág. 950; Cám. Com. de la Cap., septiembre 21 de 1923, J. A., t. 11, pág. 340; Cám. Com. de la Cap., septiembre 12 de 1924, J. A., t. 14, pág. 285; y en J. A., t. 31, pág. 437; J. A., t. 33, pág. 763, etc.

<sup>11</sup> Así, procedieron aplicando el pónario: Cám. Civ. 2ª de la Cap., 29 de diciembre 1926, J. A., t. 21, p. 909; Cám. Civ. 2ª de la Cap., 4 de septiembre 1920, J. A., t. 5, p. 325; Cám. Civ. 1ª de la Cap., 18 de julio de 1921, J. A., t. 7, p. 28. Idem: J. A., t. 28, pág. 95; t. 9, pág. 917; t. 10, pág. 737; t. 11, pág. 340; t. 11, pág. 1326; t. 12, pág. 754.

Además, la abundante jurisprudencia sobre cobro de honorarios por servicios médicos que tiene (o debió tener) por base el art. 1627 del Cód. Civ., puede sistematizarse como sigue:

a) Regulación a base de oranceí del Dep. Nacional de Higiene aunque no reconociéndole fuerza legal y al sólo al de antecedente valioso: Cám. Fed. Bahía Blanca, 10 de diciembre 1942, "La Ley", t. 30, pág. 69; Sup. Trib. Entre Ríos, 21 de noviembre 1942, "La Ley", t. 30, pág. 263; Sup. Trib. de Santa Fe, 12 de marzo 1943, "La Ley", t. 3, pág. 33; Sup. Trib. de Entre Ríos, 19 junio 1943, J. E. R., 945-433.

cidad, esconde el más largo y complicado procedimiento, en el caso, para establecer la entidad de un derecho.

No es raro que el arbitraje no se cumpla y sea menester recurrir al imperium del juez para reclamar su ejecución, ni tampoco dejan de ser frecuentes las demandas por nulidad del laudo (art. 808, Cód. de Procedimientos).

La jurisprudencia quiso eludir un procedimiento engorroso, largo, oneroso e injusto, con el plenario que a continuación analizamos. Nosotros rechazamos su "interpretación" del artículo y hacemos otra que llega a los mismos resultados, entendemos por un camino más feliz; porque no los obtenemos apartándonos de la ley, sino por el contrario, ajustándonos a ella. Sin embargo, una vez más, comprobamos que la mejor solución ante una artículo con una solución inconveniente, es su reforma. Ese es precisamente el camino que debe seguirse para asegurar el respeto de la ley, y no, el mantener incólumes, artículos ya "oficialmente" muertos.

Debemos aclarar que en el caso que motivó el plenario, habiendo un médico demandado por cobro de honorarios, el Juez de 1ª instancia hizo lugar en parte a la demanda, definiendo la fijación del número de visitas médicas al juramento del actor y su importe, a la decisión de árbitros. Es esta sentencia la que motivó la apelación.

Con toda exactitud el doctor Helguera dijo que el número de visitas no puede definirse al juramento del acreedor. El art. 230 del Cód. de Procedimientos lo autorizaba <sup>12</sup> en forma especial y de excepción únicamente para la fijación del importe del crédito o perjuicios reclamados, siempre que su existencia estuviese legal-

b) *Determinación por arbitraje:* La sentencia debe precisar cuáles son los servicios prestados o reconocidos y establecer las bases a que deberán ajustarse los Árbitros para justipreciarlos. Sup. Trib. de Entre Ríos, 18/3/1943, J. E. R. 943-159, etc.

c) *Determinación por juramento estimatorio:* Reconocida la prestación de los servicios médicos y no habiéndose probado el precio respectivo, su determinación debe referirse al juramento estimatorio. Cám. de Paz Letrada, Sala III, 1 junio 1943, G. F., 177-81. Cám. Civ. 1ª de la Cap., junio 23-45, G. F., 51-145.

d) *Estimación hecha por el profesional:* La cuenta de honorarios médicos pasada extrajudicialmente es un elemento importante que debe tener en cuenta el tribunal para fijar el monto judicialmente reclamado. Cám. de Paz Letrada, Sala II, marzo 25-1943, J. A., t. 76, pág. 212.

Un caso muy interesante, aun cuando su solución no está acorde con nuestras convicciones, del Tribunal Superior de Entre Ríos, julio 13-1945, dice que: "Para que exista promesa obligatoria, ésta debe ser a persona o personas determinadas, sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos; en consecuencia, no reviste tal carácter la tarifa expuesta al público en un consultorio médico.

<sup>12</sup> Derogado por el art. 37 de la ley 14.232.

mente comprobada y no resultase justificado ese importe. El crédito o servicio o hecho que dio origen a la obligación debe ser legalmente comprobado, esto es, en la forma ordinaria, por los medios que la ley de fondo y de forma prescriben según los casos, ya sea por escritura pública o privada, por declaración de testigos, y hasta por presunciones. Como en todos los juicios y solamente "el importe" se establece por juramento. Fundando finalmente su voto respecto del segundo punto de la cuestión, explicaba que la Cámara en diversas oportunidades fijó directamente el importe de los servicios a los efectos del juramento estimatorio, evitando así, en asuntos de poca monta, el gasto elevado de los honorarios de tres árbitros y la pérdida de tiempo que el procedimiento arbitral exige. No existe por lo tanto peligro de error —decla—, se ahorran gastos y tiempo, y se procede dentro de las normas expresas que la ley ha trazado (?).

El doctor Repetto adhirió su voto al preopinante respecto del punto primero, no así del segundo de la convocatoria. Decía al respecto "no creo en efecto, que sea legalmente posible resolver que en los casos sencillos y poco importantes de juicios por cobro de pesos procedentes de locación de servicios sin estipulación de precio, puedan los jueces sentirse autorizados para fijar en el fallo el importe o precio aproximado del servicio a los efectos del juramento estimatorio legislado por el art. 229 del Cód. de Proced. Guócese a ello el art. 1627 del Cód. Civ. Dice este artículo en su último inciso, después de legislar sobre el contrato de locación de servicios sin determinación de precio: "en tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros. El texto de la ley es tan claro que ninguna suerte de interpretación cabe en mi sentir a su respecto, como no sea la gramatical; el artículo se refiere a árbitros y éstos no pueden ser reemplazados por otra entidad por más garantías de imparcialidad y competencia que ofrezca, como bien lo dice el doctor Helguera al desconocer y con razón al Departamento Nacional de Higiene, salvo convenio de partes, aptitud legal para juzgar los servicios médicos. Finalmente, este camarista se consideró incompetente para resolver una cuestión que el art. 1627 del Cód. Civil dejaba en forma imperativa al juicio de árbitros; siendo función del juez exclusivamente el determinar si efectivamente se prestaron los servicios y en qué consistían, con lo que termina su competencia". "La fijación del valor de tales servicios lo somete la ley con carácter obligatorio, a la jurisdicción distinta a la nuestra, lo somete a la jurisdicción arbitral. Entonces preguntaba: ¿cómo darles a los jueces por manos del tribunal pleno la competencia para conocer sobre la determinación del precio de costumbre, si la ley de fondo expresamente se la ha negado? Finalmente, veía sólo en manos del Congreso la modificación del

artículo que consideraba un obstáculo insalvable para cambiar la jurisprudencia, así como considerando que el obstáculo legal no desaparecería por más que se limitara la decisión del juramento estimatorio a los juicios sencillos y de poca importancia. El voto del doctor Hepetto si bien representaba una idea conservadora, se apoyaba y sustentaba en los más sanos principios interpretativos. No se trataba en el caso de derogar o crear la ley como algunos querían, sino de interpretarla y aplicarla con precisión de cualquier juicio acerca de su bondad, quedando a salvo la opinión del jugador en virtud de aquel principio que reza "la plume est servie, la parole est libre", y no viceversa.

Muy distinto es el voto del doctor Zapiola que se remite al proyecto Goyena, que nada tiene que ver como fuente del artículo, para considerar que sólo puedan ser materia de locación "el trabajo o industria mercenarios" ya que quienes "ejercen una profesión liberal no reciben por su trabajo un «salario», lo que no permitiría el honor de su profesión, sino un honorario".

En forma irrefutable le contestó el Dr. Juárez Celman a ese "voto impresionante para quien suponga que la fuente de nuestra legislación sobre la materia ha sido proyectada por Goyena, pero cuando veamos que los arts. 1627, 1628 del Cód. Civ. son reproducción de los arts. 2697, 2698 y 2699 de Freitas, parecerá mucho más justo interpretarlos de acuerdo con la doctrina de este último, sobre todo cuando así resultase más conformes con su propio texto y con una jurisprudencia uniforme. Finalmente el doctor Zapiola esgrime otros argumentos de menor calibre que dada la extensión que deseamos dar a este trabajo y que por no ser fundamentales, dejamos de considerar.

El doctor Gigena votó en cuarto lugar y dijo adherir su voto al de los doctores Helguera y Zapiola, contestando además al preopinante Juárez Celman y alegando que no encuentra como él dice un art. análogo al 2696 del Esbozo de Freitas que comprende toda clase de servicio o trabajo, material o inmaterial, mecánico o liberal, como objeto de este contrato, agregando que aun cuando el precio del servicio o trabajo tenga la denominación de honorario o gratificación, el contrato será de locación de servicios y no mandato si no hubiere representaciones'. Luego agrega: "... y si nuestro codificador se ha inspirado en Freitas al redactar el capítulo relativo a la locación de servicios y ha querido comprender los servicios inmateriales y trabajos liberales: ¿por qué razón no ha hecho como Freitas, una declaración expresa al respecto? ¿y por qué no ha dictado, como Freitas (que lo hace en párrafo especial y separado) una sola disposición relativa a los servicios prestados por abogados, médicos, cirujanos y demás profesionales que prestan servicios inmateriales?<sup>4</sup>

Nosotros le contestamos. No lo ha hecho, porque no lo ha creído, como no lo creemos, necesario. Una enumeración resulta innecesaria ante un régimen general que no distingue ni autoriza a distinguir (*ubi lex non distinguit...*). Por otro lado si el artículo comprende "servicios" o "trabajo" es artificioso distinguir entre trabajo material o intelectual. Finalmente, digamos que la fórmula empleada por Vélez es correcta, por más que deseemos ver el instituto más extensamente legislado, y toda división que pretenda hacerse para excluir servicios prestados por profesionales liberales, no sólo no está autorizada por el artículo como ya dijimos, sino que se hará al margen de los más sanos principios interpretativos, como ya demostramos. El alejamiento de tales principios lleva al doctor Gigena a un gravísimo error: "si Vélez no se refiere a los servicios inmateriales, como los denomina Freitas, es porque no ha querido comprenderlo en sus disposiciones". Nosotros preguntamos: ¿De dónde deduce que Vélez legisó sólo servicios materiales, si a ellos expresamente tampoco se refiere ni surge "a contrario" del artículo? Tan legítima es su afirmación como decir que Vélez no legisó para servicios materiales y si sólo lo hizo para servicios intelectuales, teorías tan ridículas una como la otra que nos acerca a la absurda frontera de pensar que Vélez no legisó directamente sobre ninguna clase de locación de servicios. Mucho más lógico nos parece dejar de lado artificiosas distinciones que resultan improcedentes ante la redacción del artículo. Los votos que siguen de los doctores De la Torre, Dupujol y Giménez Zapóla no innovaron en nada fundamental y sólo siguen dando vueltas en torno de prejuicios y argumentos que a nadie convencen, ni se desenvuelven siquiera como congruente teoría jurídica. El último voto del doctor Pera es el que interpreta fielmente nuestra convicción, pues después de compartir en un todo las conclusiones de "los reformadores" respecto a los motivos determinantes de la modificación, cuyos alcances considera han de ser generales para responder cumplidamente a las exigencias premiosas que se procura llenar, aleja que "ante el texto expreso de la ley civil, dentro de la que estimo comprendida la locación de servicios de que se trata (recordemos que se trataban de honorarios de un médico) adhiero a los votos de los doctores Repetto y Juárez Celman, que malgrado los inconvenientes prácticos enunciados, consultan a mi ver la inteligencia en su letra y en sus fuentes, del precepto legal".

Diríamos que la cosa no concluye ahí, dado que si el tribunal había determinado que debía fijarse directamente por los jueces los honorarios de los que ejercen profesiones liberales, la jurisprudencia ha extendido el principio a los trabajos no profesionales; así p. ej.: al cuidador de una casa (*J. A.*, t. 7, pág. 26); al que prestó servicios relativos al desmontaje, traslación y colocación

de un molino (J. A., t. 5, pág. 255); al que corresponde al empleado que prestó servicios como tenedor de libros y como administrador de un negocio (J. A., t. 8, pág. 817), etc. Con esta inopinada extensión de la doctrina sentada en el plenario se llega a la conclusión absurda que ya señaláramos al discrepar con el doctor Gigena: el Cód. Civil no habría legislado sobre locación de servicios, conclusión a la que si se llega después de un nulo y sistemático desconocimiento de imperativas normas legales que ningún juez está autorizado a efectuar. Siempre hemos querido creer en la interpretación de los textos legales, porque en ella hemos querido ver una explicación de la ley, lo que no excluye en manera alguna el que la jurisprudencia evolucione merced a una interpretación dinámica de esos textos, pero nunca por medio de un total desconocimiento de la ley que están obligados a aplicar, ya que el juez debe en primerísimo lugar aplicar la ley, si bien crea permanentemente el derecho con cada decisión, sólo puede suplirlo en los casos de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, y no ante un texto expreso con cuya solución se discrepe, lo que lo colocará en facultades revisionadas de carácter peligroso, que no constan en los términos de su mandato.

Eso es derogar la ley por un procedimiento lateral; en otras palabras, es lisa y llanamente un fraude a la ley de la que deben ser fieles custodios, interpretores y aplicadores. Mucho más fácil y legal, sería aconsejar la reforma del artículo, que concurrir a un método que si bien más expeditivo, deja en las conciencias el problema de su legitimidad, debiendo comenzar el resco de la ley por quienes van a aplicarla y a exigir que los demás adecúen su conducta a ella, por más que J. A. Moyano pueda decir del plenario, que "la innovación, constituye un ejemplo elocuente de los recursos que utiliza la jurisprudencia para independizarse de la sujeción a un texto muerto y realizar la función de desenvolver uno eternamente vivo, como dice Saleilles en el prólogo de la obra magistral de Gény (*Métodos de interpretación*).

Héctor Lafaille<sup>12</sup>, encontraba saludable la solución del plenario, aunque de difícil armonización con el texto del art. 1627, por cuanto las causas sobre locación de servicios, que debiendo ser las más breves, se habían convertido en las más largas, con menoscabo del trabajo honesto y beneficio para los malos pagadores, que venían a usufructuar, con frecuencia gratuitamente, el esfuerzo ajeno. Si bien se declaraba partidario de la reforma consideraba que el "modus vivendi" que encontraron las Cámaras Civiles, no dejaba de envolver un considerable progreso y de poner coto a muchos y sensibles abusos.

Para Salvat, si bien la doctrina del tribunal pleno consulta indudablemente intereses y razones prácticas muy respetables, el

texto del Código Civil es tan claro que se trata, en realidad, de un problema legislativo y no de interpretación.

### G) Nuestra opinión.

Hemos criticado duramente el plenario, discrepando de la mayoría y adhiriéndonos a la minoría, porque disentíamos con el desenfadado argumento de la "razón práctica" de aquéllos, ante un texto legal expreso y preferíamos el prudente respeto de éstos por una ley que en puridad, ni unos ni otros han sabido interpretar. Eso por los fundamentos. Por las conclusiones, nos adherimos plenamente a la que arribó la mayoría, si bien lleváudo por otro camino, que mediante un mejor estudio del texto legal y de las fuentes, nos permite llegar a esa solución por medio de la "razón jurídica" adecuada a la ley en su letra y en su espíritu.

El Código de Chile, según hemos visto al estudiar las fuentes de nuestro artículo, se refiere a la fijación del precio por medio de peritos. Freitas, fuente directa del art. 1627, se refiere al precio de costumbre, "el que en caso de duda", será determinado por árbitros. Vélez quiso, en nuestro entender, como muchas veces lo hace, adotar una solución transaccional, que de ser bien lograda, hubiera trasuntado una redacción feliz. El artículo (1627 *in fine*) debió decir: "En tal caso, entiéndese que actuarán el precio de costumbre para ser determinado por peritos". Su anexo constante a Freitas, le hizo poner árbitros, que en el Esbozo sólo resta para el caso en el que el precio de costumbre estuviese en duda. Sin embargo, dada la redacción lograda por Vélez se mantiene la intención que queremos dar al artículo. Éste dice, es verdad, árbitros, árbitros que no actuarán como tales, puesto que claramente el artículo les asigna la función de determinar el precio de costumbre. Ellos no arbitran nada, sino que sólo deben determinar la entidad del precio, investigando cuál es el precio de costumbre. Diríamos, son árbitros que perician. Sí, son árbitros, los que trae Freitas, ya que en caso de duda, nada mejor que "arbitrar". Es esto, precisamente, lo que nos convence de que se trata de peritos y no de árbitros: no olvidemos que poco importa el nombre que el Código les da, que como bien sabemos muchas veces no es el que corresponde, sino la naturaleza de la función que les asigna, que en casos como el que analizamos aparece con toda evidencia. Así interpretado el artículo, la solución es la que correspondía para una más estricta determinación del derecho de las partes y una mayor garantía. Dejamos aclarado, que si bien nuestra solución, como la que proponía el plenario es práctica, no la proponemos por tal, sino que como intérpretes la recomendamos en función de tal. La razón es jurídica.

## H) Anteproyecto de reformas al Código Civil.

El "Ilustre Bibiloni", como con toda razón lo llama un autor, ha dado nueva redacción al artículo, que no sólo resuelve definitivamente el problema, sino que tiene en cuenta la nueva legislación de arancel. El art. 1076 del anteproyecto dice: "Quien realizare cualquier trabajo, o prestare cualquier servicio a otro, podrá exigir el precio aunque no hubiere mediado ajuste, siempre que tales actividades fueren de su profesión o modo de vivir. Si hubiere tarifa o arancel se aplicarán éstos, y en defecto de ellos la retribución habitual, que será fijada por el juez".

Es indudable que el juez puede y de hecho que recurrirá al informe de peritos, cuando en autos no hubiese elementos suficientes para determinar el precio o cuando fuesen menester conocimientos especiales para resolver con equidad, pero el artículo debió haber resuelto definitivamente la cuestión, imponiéndole dicha obligación, como lo quería Lafaille.

<sup>28</sup> Op. cit., pág. 110.

<sup>29</sup> Op. y loc. cit.



## LA MENCIÓN DE FREITAS EN LAS NOTAS DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Por

ANTHÓN CESAR GORI y CARLOS A. R. LAGOMARINO

### I. — PALABRAS PRELIMINARES.

Cuando comenzamos nuestros estudios de Contratos advertimos un poco extrañados la cita que de Freitas trae el art. 1137 del Código Civil. Y decimos extrañados porque, si bien es cierto que al dar nuestros primeros pasos de la mano de esta rama del derecho privado, supimos ya que Vélez había tomado "muchísimos artículos" <sup>1</sup> del Esbozo, no habíamos empero podido corroborar esta afirmación porque las notas del Código citaban invariablemente a algún autor francés, alguna ley de Partida, el Código de Chile, al de Francia, o al Proyecto de Goyena, pero Freitas estaba casi constantemente ausente.

Nuestra sorpresa se confirmó tiempo después cuando estudiando Derechos Reales, leíamos un trabajo de Guillermo L. Allende en el que refiriéndose a la nota del art. 2311, dice que en ella se observa "con asombro la cita de Freitas", para sostener a renglón seguido que dicho autor, "... sólo figura citado 17 veces" <sup>2</sup>.

No pudimos entonces desviar nuestra curiosidad y nos procuramos una edición del Esbozo. Fue entonces cuando nuestra sorpresa o extrañeza se magnificó. Sí, porque leyendo los artículos del mismo creímos por momentos recorrer las páginas de nuestro Código Civil, con algunas modificaciones. Entonces comprendimos con cuánta razón suele decirse que Freitas es la primera fuente a que recurrió Vélez para cumplir su gran empresa.

<sup>1</sup> Nota de remisión del Libro I del Proyecto de Código Civil.

<sup>2</sup> ALLANDE, GUILLERMO L.: Cuasiposesión, su inexistencia en el Código Civil; Rev. Jur. de Bs. As.: 1938-III, pág. 109.

<sup>3</sup> Sin embargo, no escapan a nuestra consideración las palabras de SALVAT, cuando afirma que la influencia de Freitas "no debe ser exagerada en el sentido de creer que nuestro Código sea una imitación ciega o una copia literal del Esbozo". (SALVAT, RAFAEL L.: Tratado de Derecho Civil; Parte Gen., 4ª ed.; Bs. As., 1938; n° 382, pág. 323).

Luego ya no pudimos sustraernos a leer completa esta incompleta obra y a confrontar algunos de sus artículos con los de nuestro Código<sup>4</sup> y fruto de esa labor son estas líneas que juzgamos pueden resultar de interés, para quienes se preocupan por algunas pequeñas cuestiones de derecho civil.

Vayan estas palabras preliminares, pues, a modo de justificación o simplemente de resumen de las causas que dieron origen a este trabajo.

## II. — EL APORTE DE FREITAS A NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

Los autores han manifestado opiniones distintas cuando se han referido a las veces que el nombre de Freitas aparece en las notas del Código Civil Argentino. Por ello creemos que se hace necesario ajustar un tanto la armonía que debe guardarse en este punto pequeño, pero importante para quienes poseen la inquietud de la escrupulosidad en materia de derecho.

Ya Segovia en sus Comentarios ponía de manifiesto la relevancia del aporte prestado a la obra de Vélez Sarsfield por Freitas. En efecto, este cuidadoso exégeta escribía hace ya tres cuartos de siglo: "El Esbozo del Código Civil del Dr. A. Techeira (sic) de Freitas termina al llegar a la hipoteca (art. 3109) y consta no obstante de la enorme cantidad de 4908 artículos, de que el Dr. Vélez ha utilizado poco más de una cuarta parte"<sup>5</sup>.

Como reduce un tanto el cálculo de Segovia, y esto le permite decir a Fornieles: "Tendríamos así unos mil artículos tomados de Freitas, y sin embargo en las notas sólo se le cita veinte veces con la agravante de que al pie de un gran número de artículos copiados literalmente se ponen como fuentes otros autores, los cuales no siempre guardan relación con el texto de la ley"<sup>6</sup>.

Esta última afirmación de Fornieles está avalada por una serie de constataciones que hace entre los artículos y sus citas, las que ponen en evidencia, unas veces un cierto descuido del codificador, y otras un feo compromiso al atribuir a juristas franceses generalmente, ideas que no han manifestado.

Pero juzgamos poco convincente la opinión de quien cree que Vélez "apeló a este procedimiento para la mayor eficacia de su actuación. Formula pensamientos elevadísimos y si se les da una ilustre paternidad, serán oídos y meditados. Conviene enton-

<sup>4</sup> Solamente aquellos en que Vélez cita en sus notas expresamente a Freitas.

<sup>5</sup> SEGOVIA, LEONARDO: *El Código Civil de la República Argentina*, 1933; Introducción, pág. XX.

<sup>6</sup> FORNIELES, SALVADOR: "Las notas del Código Civil", en *Cuestiones de Derecho Civil*, 2ª Parte; *Bo. As.*, 1946, pág. 77.

ces adjudicarles una prosapia brillante para que vivan. . . ¡Admirable procedimiento psicológico!"<sup>1</sup>.

Esto sí, nos parece inaceptable. Atribuir a Vélez el deseo de sacrificar la exactitud en aras de una dudosa psicología imbuida de un ilustre aunque erróneo paternalismo, significa a nuestro juicio desvirtuar el propósito de una codificación, que no vive simplemente por el respaldo que le prestan sus antecedentes, sino por la forma como esos "pensamientos elevadísimos" sirven a una sociedad en un momento histórico de su desarrollo jurídico. Antes preferimos pensar en un inadvertido error que en una pretendida, justificable "improbidad".

Ahora bien, Martínez Paz, quien ha escrito una interesantísima obra sobre la influencia de Freitas en el Código Civil Argentino, la que incluye una resumida biografía del jurista brasileño, dice en la misma que su nombre aparece citado en las notas de nuestro Código, sólo dieciséis veces<sup>2</sup>.

### III. — EL NOMBRE DE FREITAS Y LAS NOTAS DE VÉLEZ.

Tenemos como síntesis de las opiniones que hemos reproducido y en punto a lo que atañe a este trabajo, lo siguiente: Para Martínez Paz el nombre de Freitas aparece en 16 oportunidades; para Fornieles en 20 y para Allende en 17. No cabe duda que sobre este asunto no puede haber discrepancias y toda la tarea del comentarista se reduce a seguir de cerca las notas del Código y enumerar las veces que en ellas aparece el nombre de Freitas. Entonces, únicamente después de un examen prolijo se pondrá fin a estas diferencias que dejamos apuntadas.

Insistimos: la cuestión tiene un mero valor teórico, pero pensamos modestamente poder contribuir a la dilucidación de este minúsculo problema, que sin embargo, y aun siendo tal, ya ha despertado la curiosidad de algunos de nuestros autores como lo ponen de manifiesto las citas consignadas precedentemente.

Fruto de esta labor son las referencias siguientes: Freitas aparece citado en las notas a los artículos 3; 6-7-8; 14; 33-34; 51; 58; 109; 110; 495; 577; 672; 679; 707; 711; 717; 728; 823; 854; 1137; 2084; 2311, y en las correspondientes al Título I, Sección I. Libro I, y a la Sección II del Libro II. Tenemos así un total de sesentitrés veces.

Corresponde ahora hacer un somero análisis para comprobar de qué manera las citas mencionadas se correlacionan con el articulado del Esbozo. A tal fin seguiremos el orden del número

<sup>1</sup> RIVERO AZAROV, Azevêdo: *Revista del Notariado*, julio 1938, n.º 444, pág. 387.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE: *Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino*; Córdoba; Imp. de la Univ., 1937; pág. LV.

de los preceptos de nuestro Código, prescindiendo de todo abundamiento que no haga estrictamente al tema en consideración.

El art. 3 está inspirado en la segunda parte del art. 1º del *Esboço* y la nota de Vélez es transcripción parcial de la última parte de la nota de Freitas. Es así que Merlin, Chabot y Meyer son los autores que cita éste en la nota mencionada.

En cuanto al art. 6, reproduce casi textualmente el art. 26 del *Esboço* y lo mismo ocurre con el art. 7 de Vélez y el siguiente del *Esboço* (art. 27). La nota correspondiente está fragmentariamente tomada de la extensa nota del art. 26 de Freitas.

El art. 14 se vincula perfectamente con el 5 del Proyecto brasileño, con la diferencia de que en el inciso 2º) Freitas agrega: "que las leyes extranjeras tampoco serán aplicadas cuando dicha aplicación fuese expresamente prohibida por este Código".

Todo el Título que se inicia con el art. 30 de nuestro Código está basado en Freitas, a quien Vélez "sigue a la letra", según su propia aclaración<sup>1</sup>. Así por ej. el artículo 30 dice: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" y el art. 16 del Proyecto "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos". El art. 31 es copia del 17. Sería muy extenso enumerar aquí todas las normas que de una forma ora evidente ora indirecta, tienen inspiración en la obra del autor brasileño, por eso preferimos circunscribirnos a aquellas en que su nombre aparece en el Código Argentino y que importan a nuestro análisis.

Tenemos luego el art. 33 que es una refundición de los arts. 274 y 276 de Freitas, mientras que el art. 34 combina en su formulación los arts. 275 y 277.

A continuación observamos el tan criticado artículo 51 de Vélez que es una copia literal del que lleva el N° 35 del *Esboço*<sup>2</sup>. Freitas apunta que "la redacción amplia del texto resume todo cuanto se ha escrito, verdadera o falsamente, sobre monstruos, hermafroditas, eunuco, etc."

El art. 58 se halla directamente inspirado, como el mismo Vélez afirma en su nota, en el art. 43 del Proyecto, el que cuenta con un extenso comentario dedicado al beneficio de restitución. Fundamentando este precepto Freitas nos dice: "Si en el texto de nuestro artículo excluyo en general —ningún otro beneficio o privilegio— es, para disipar un prejuicio de nuestro pueblo, que en favor de los menores piensa haber siempre una excepción sagrada, capaz de matar todos los derechos".

La acertadísima norma del art. 109, que pone fin a todas las discusiones que planteaba la comorencia, transcribe textual-

<sup>1</sup> Parte final de la nota al Título I, Sección I, Libro I.

<sup>2</sup> Ver nota de Vélez al art. 51.

mente el art. 243 del Esbozo y el 110 se informó en la primera parte del 244 del Proyecto brasileño, en tanto que la segunda parte forma la materia de nuestro artículo 112.

El art. 495 se inspira en el art. 871. Sabido es también que el art. 497 C. C., que en forma tan manifiesta se ha apartado del sistema francés, se encuentra evidentemente tomado de los arts. 867 y 868 del Esbozo.

La nota al art. 577, como se ha encargado de ponerlo de relieve toda nuestra doctrina, ha sido fragmentariamente extraída de la Introducción a la *Consolidação das leis civis*<sup>15</sup>.

El art. 672 C. C. y su nota corresponden al art. 970 y su comentario. Y por su parte el art. 679 C. C. se ha tomado del 984 y su nota<sup>16</sup>.

Tenemos luego el art. 707. El mismo encuentra su contenido en el inciso 4º del art. 1013 de Freitas, en tanto que el 711 está tomado del inciso 2º del art. 1014. En cuanto al art. 717, consiste en una fusión de los artículos 1022 y 1023 del Esbozo.

Hasta aquí las citas de Vélez concuerdan con las ideas propugnadas por Freitas, pero el art. 728 viene a quebrar la armonía entre ambos juristas al establecer nuestro codificador una solución contraria a la proyectada por el maestro brasileño en el art. 1036, segunda parte. En efecto, mientras Vélez permite al que hubiese hecho un pago por un tercero contra la voluntad del deudor, repetir de él en la medida en que dicho pago le hubiere sido útil, Freitas exime al deudor de toda responsabilidad.

Más adelante el art. 823 se nutre del art. 1169 del Proyecto, referencia ésta que trae Vélez en la nota respectiva.

El orden de exposición impuesto nos lleva ahora al art. 884 y aquí aparecen nuevamente las discrepancias en las soluciones dadas por los textos que venimos cotejando. Vemos así que dicho artículo establece que "la evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, no invalida la transacción, ni da lugar a la restitución de lo que por ella se hubiese recibido". En cambio Freitas se pronuncia por la nulidad de la transacción por falta de objeto y hace lugar a la restitución de lo recibido. Su nota muy escueta, nada nos explica. Ella dice textualmente así: "Se encontraron decisiones contrarias en el Trat. de Oblig. de Molitor con

<sup>15</sup> Esta transcripción parcial ha dado origen a severas críticas por parte de Bibliófilo en su Anteproyecto, quien ataca duramente a Vélez con palabras que inclusive los tratados de la materia no se atreven a reproducir y sólo califican como excesivas y hasta injustas. Véase Casamassa, A.: *Tratado de Derecho Hipotecario*, Bs. As.: C.A.D.E.; 1942; nº 400 a; págs. 494 y ss.

<sup>16</sup> Destacamos que en la nota el nombre de Freitas aparece dos veces.

las cuales no estoy de acuerdo<sup>13</sup>. Se advierte, pues, que el jurista brasileño no fundamenta la solución de su precepto. Más consecuente parece Vélez al apartarse de esa norma siguiendo la tradición del derecho romano.

La nota a la Sección II del Libro II transcribe parcialmente el comentario al art. 431 del *Esboço*. Es importante destacar que en este punto de trascendental importancia en la metodología de un Código, Freitas modificó la opinión por él mismo propuesta en su *Consolidação*, como lo dice la nota que venimos glosando. Esta adhesión de Vélez al plan del Proyecto ha merecido el aplauso de nuestros doctrinarios<sup>14</sup>.

Sigue ahora el art. 1137 donde notamos que Vélez al recordar la definición que de contrato trae Freitas en el art. 1830 de su *Esboço*, solamente transcribe la primera parte de dicha definición, ya que en el mencionado precepto se dispone: "Habrá contrato cuando dos o más personas acordaren entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios (hasta aquí la transcripción del codificador en su nota) o la modificación de tales obligaciones".

En cuanto al art. 2084 está casi textualmente copiado del 2261 de Freitas.

Llegamos por fin al último de los arts. de nuestro Código que menciona expresamente a Freitas. Se trata del 2311 que tanta importancia reviste en la sistemática de todo el ordenamiento legal, ya que traduce un claro apartamiento de la tradición romana y del Código Civil Francés. Así, el art. 317 del *Esboço* (y su nota) al cual adhiere decididamente Vélez, significa una fundamental innovación en la materia. La lectura detenida de dicha nota pone de relieve las facultades creadoras de su autor y justifican el elogio tan insistentemente repetido de "sólo comparable a Savigny".

Vélez Sarsfield toma de los artículos 317 y siguientes la materia para redactar su 2311, pero como bien dice Fornieles el codificador argentino, después de traducir a Freitas en la primera parte de su nota, reproduce en la segunda un pasaje de Demolombe en el cual se exponen los principios del derecho francés, "produciéndose una contradicción chocante en el mismo lugar donde van las dos traducciones"<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Véase Rincón, M. A.: *Metodología del Código Civil Argentino en materia de Contratos*, en LECCIONES Y ENSAYOS, N° 4/8, págs. 30 y 51. Allí se verá citada también la opinión de Colaco, expresada en su *Técnicas Legislativas del Código Civil Argentino*.

... <sup>14</sup> Fornieles, S.: *Op. cit.*, pág. 82.

#### IV. — Conclusión.

Concluido nuestro examen queda todavía un problema por resolver. Es pertinente preguntarse ¿por qué si tantos artículos de nuestro Código han sido extraídos del *Esboço*, Vélez cita a Freitas solamente 23 veces? El interrogante no creemos se preste a una respuesta categórica. Allende por ejemplo<sup>22</sup>, parece culpar a Alberdi, pero es dudoso que el estadista tucumano haya podido incidir tan fundamentalmente en la conducta de Vélez, quien, como es sabido, no tenía gran estima por aquél. Por otra parte, ¿cómo explicaríamos las palabras del codificador argentino, al remitir el Libro I de su Código, cuando confiesa haber tomado "muchísimos artículos" del Proyecto brasileño?

Cabría quizá con mejor fundamento, inclinarse por la opinión de Martínez Paz quien cree que la enorme contribución que Vélez mismo reconoció, "explica por qué en las notas del Código se ha omitido constantemente el nombre de Freitas"<sup>23</sup>.

No corresponde sin embargo afirmar rotundamente que con esto queda zanjada la cuestión. No importa. La vía queda siempre abierta para nuevas incursiones y en materia de investigación, corresponde al final de la justa alcanzar la antorcha para que no se apague.





## **ESCRITOS JUDICIALES**

10

1913



### OPOSICION DE EXCEPCIONES EN EL JUICIO EJECUTIVO

Por WEIGEL MUSOZ

Iniciado un juicio ejecutivo y librado el correspondiente mandamiento de intimación de pago que, conforme a lo dispuesto por el art. 58 de la ley de Reforma al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial n° 14.237, importa la citación de remate contra el deudor, éste puede oponer al progreso de la acción, dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente hábil al de la notificación, cualquiera de las excepciones que autoriza el art. 59 de la referida ley, que son las mismas que las establecidas por el art. 488 del Código con excepción del inc. 6° que se refería "a la fuerza o miedo de los que con arreglo a la ley hacen nulo el consentimiento" que no figura en la enumeración del art. 59, porque se ha entendido que esa excepción, se refiere a la causa de la obligación, que en todo caso debe ser discutida en el juicio ordinario pero no en el ejecutivo en atención a la naturaleza sumaria de este último.

Formuladas estas aclaraciones que he creído han de ser de utilidad a los alumnos para una mejor comprensión de esta cuestión, veamos a continuación cómo se redacta un escrito de oposición de excepciones en un juicio ejecutivo de acuerdo a las normas procesales; y valiéndonos para el ejemplo de dos excepciones, cuales son la incompetencia de jurisdicción (art. 58, inc. 1°) y pago documentado (art. 59, inc. 6°):

#### SUMARIO: OPONE EXCEPCIONES

Señor Juez Nacional de 1ª Instancia en lo Civil:

..... procurador inscrip-  
to en la matrícula respectiva con el n° ..... constituyendo  
domicilio legal en la calle ..... n° .....  
Estudio de mi letrado patrocinante Dr. ....  
tomo ..... folio ..... en los autos caratulados:  
"..... contra .....  
sobre cobro ejecutivo", a V. S. como mejor proceda digo:  
Don ..... con  
domicilio real en la calle ..... n° .....  
me ha otorgado poder especial, de acuerdo al testimonio que

acompañio con este escrito, a fin de que lo represente en estas actuaciones.

Aceptando el mandato conferido, y como mi poderdante ha sido intimado de pago y citado de remate para que oponga las excepciones autorizadas por la ley si las tuviera de acuerdo a los términos de la notificación recibida en su domicilio, me presento en tiempo y forma oponiendo al progreso de esta acción las excepciones de incompetencia y pago autorizadas por el art. 59 incs. 1º y 6º de la ley de Reforma nº 14.237.

*Incompetencia:* Considero que V. S. es incompetente para entender en este juicio, habida cuenta que el instrumento que sirve de base a esta ejecución, es un pagaré que está concebido a la orden, según resulta de la lectura de su texto (ver documentos corrientes a fs. ....).

Siendo ello así, por imperio de lo dispuesto por el art. 740 del Código de Comercio los pagarés que están concebidos con la cláusula a la orden serán considerados como letras de cambio y por lo tanto regidos por las disposiciones del Título X, Capítulo II del Código de Comercio.

En consecuencia el magistrado competente para conocer en esta acción es el Juez de Comercio en turno de la Capital y no la Justicia Civil.

*Pago:* (En esta excepción sólo se admite el pago total documentado de la deuda y no el pago parcial documentado que puede hacerse valer en casos de excepción como en el caso de los arts. 523 y 541 del Cód. de Proced., por las modalidades especiales que en razón del mecanismo de los negocios pueda presentar cada operación).

Deduzco asimismo la excención de pago toda vez que mi mandante ha abonado al actor íntegramente la suma reclamada, según resulta de los recibos que acompaño que demuestran palmariamente que el demandado ha cumplido puntualmente con la obligación contraída y en la forma convenida.

Por todo lo expuesto a V. S. pido:

- a) Me tenga por presentado, por parte a mérito del poder acompañado y por constituido el domicilio legal.
- b) Se agregue la documentación acompañada.
- c) Se tengan por opuestas las excepciones indicadas y se ordene correr traslado de las mismas al actor con las copias que señala el art. 6 de la ley 14.237 que adjunto a esos efectos.
- d) Oportunamente dicte resolución haciendo lugar a las mismas con costas en caso de oposición.

Proveer de conformidad a lo solicitado,

*Será Justicia*

firma de letrado indicando tomo y folio de inscripción con la estampilla profesional de ley (firma aclarada)

firma del procurador (aclarada y número de matrícula. Estampilla profesional de ley).

*Cargo de Secretaría:*

Presentado hoy ..... —letras ..... (.....números.....)  
de ..... del año ..... —letras— .....  
(..... (números) .....) siendo las ..... —letras— .....  
(..... (números) .....) siendo las ..... —letras— .....  
(..... (números) .....) horas, con ..... de  
letrado y ..... copias. — Conste.

*Autos del Juez:*

Buenos Aires, ..... de .....

Por presentado, parte en virtud del testimonio de poder acompañado y constituido el domicilio legal indicado.

Agréguese la documentación acompañada, y de las excepciones opuestas, traslado.

Téngase presente lo demás expuesto para su oportunidad.

*Firma del Juez*



**UNIVERSITARIAS**



## EL CURSO INTENSIVO DE OBLIGACIONES

PABLO A. HORVATH

Varios son los nuevos sistemas de promoción que nuestra Facultad, a través del período de reconstrucción universitaria que se inicia a fines de 1955, ha tratado de poner en práctica, a fin de superar —en forma beneficiosa para todos: profesores y alumnos, para la enseñanza del Derecho en general— el actual de clases teóricas libres y exámenes mensuales. Entre los mismos cabe destacar, por su persistencia y por haberse perfeccionado y extendido durante los últimos años, los cursos de promoción sin examen y de parciales escritos<sup>1</sup>. A pesar de constituir un notable adelanto, éstos no han solucionado integralmente el problema; los últimos, si bien llevaron al remplazo del examen oral (en sí mismo, no tan criticable) por cuatro parciales escritos, no implicaron innovaciones de otra índole ni acentuaron mayormente la intervención del alumno en clase, por más que lo acercaron a la cátedra; los de promoción sin examen, por su parte, al limitar por lógicas razones de índole material, la cantidad de alumnos a ingresar en los mismos, forzaron a los restantes a continuar en el sistema vigente. A evitar estos inconvenientes, tratando simultáneamente de combinar las ventajas que dichos cursos, así como el mismo examen oral, presentan, ha tendido, mediante una modalidad en conjunto nueva y sui generis, el Curso Intensivo creado en la cátedra de Derecho Civil II (Obligaciones) del Dr. Luis M. Boffi Boggero, hace un año, el 10 de marzo de 1959.

<sup>1</sup> Otros cursos ensayados fueron los teórico-prácticos en Derecho Civil I (Cát. del Dr. Halperín) y Derecho Penal I (Cát. del Dr. Ramos Mejía), y recientemente, en el segundo semestre de 1959, el de parciales escritos y/u orales (con colaboración de Auxiliares) en la cátedra de Derecho Comercial I del Dr. Artiria, y el de parciales escritos (también con colaboración de Auxiliares) en la cátedra de Derecho Constitucional I del Dr. Linares Quintana. Sin olvidar, por supuesto, el Curso de Filosofía del Derecho llevado a cabo exitosamente por el Dr. Gioja desde mediados de 1957, similar, en diversos aspectos de su estructura, al que es objeto del presente artículo.

Desde las páginas de esta Revista ya se hicieron, en una oportunidad<sup>2</sup>, referencias generales sobre el Curso Intensivo de Obligaciones, así como sobre la formación del núcleo de Auxiliares que componen, junto con los profesores, los sub-auxiliares y los alumnos, el marco en que el mismo se desenvuelve: la *Cátedra Integral*. Dado el interés despertado en los diversos ambientes —tanto docentes como administrativos y estudiantiles— de la Facultad, por este nuevo sistema de promoción, trataremos de dar ahora una explicación técnica detallada sobre el funcionamiento del Curso. Como característica fundamental, es menester señalar que el mismo se rige, salvo en lo relativo al examen final, por un Estatuto interno dictado por la Cátedra; ello facilita una mejor adecuación a las circunstancias de cada cuatrimestre, así como la utilización de los aportes brindados por la experiencia, para lograr el mayor perfeccionamiento en su desarrollo. A las disposiciones de dicho Estatuto trataremos de ajustarnos a continuación, con el fin de trazar un panorama rigurosamente exacto del Curso.

## I. ORGANIZACION Y ESTRUCTURA

1. *Duración.* — El Curso Intensivo de Obligaciones tiene una duración de 4 meses, y es llevado a cabo 2 veces durante cada año (1° de abril-31 de julio; 1° de agosto-30 de noviembre)<sup>3</sup>.

2. *Exámenes.* — Para ser promovido el alumno debe rendir 3 exámenes parciales escritos y un examen final de carácter oral. (Dado el carácter "no-reglamentado" por la Facultad, del Curso, sólo el resultado de este examen, rendido en dos de los turnos ordinarios, es revestido de validez formal y registrado en el libro de actas de la Facultad).

3. *Etapas.* — El Curso comprende 2 etapas:

<sup>2</sup> Ver "La *Cátedra Integral*: su función", por AMUNO A. ALONSO y RICARDO D. ROSS, en LECCIONES Y ENSAYOS N° 13, págs. 161 y ss.

<sup>3</sup> Como es lógico, el Curso es dictado paralelamente al sistema de exámenes mensuales. Sin embargo, si se analizan las cifras de alumnos inscriptos para rendir, en esta Cátedra, examen mensual ordinario (en la Oficina de Estadística del Departamento Registro de Alumnos puede consultarse al respecto; la estadística de exámenes publicada en este mismo número de LECCIONES Y ENSAYOS, en cambio, no sirve para ello, pues los alumnos rinden el examen final en los turnos de agosto y diciembre, cuyos resultados se hallan incluidos en dicha estadística) puede constatarse una muy apreciable disminución, implicando ello la gradual desaparición del examen mensual por propia voluntad de los alumnos, sin suprimirlo.

- a) la primera está a cargo exclusivamente del profesor titular, quien, durante el primer mes (abril o agosto, según el caso), brinda a los alumnos un resumen panorámico de toda la materia;
- b) la segunda, que cubre los 3 meses restantes, consiste en el desarrollo completo del programa de enseñanza, mediante clases dictadas, coordinadamente, por el profesor titular, los profesores asociados y los auxiliares. Los alumnos son distribuidos en varias Comisiones (según la cantidad de inscriptos) <sup>4</sup>, a cargo cada una de ellas de 3 auxiliares y supervisadas por los profesores.

## II. INGRESO DE ALUMNOS AL CURSO Y RETIRO DEL MISMO

1. *Requisito para ingresar.* — Ingresan al Curso todos los alumnos que se inscriben en él, sin limitaciones de ninguna índole <sup>5</sup>. El único requisito es tener aprobado Derecho Civil I (Parte General), al día de la inscripción.

2. *Inscripción.* — La inscripción se efectúa en el Departamento Registro de Alumnos de la Facultad, dentro de los lapsos que previamente, junto con un síntesis del Estatuto, se publican en las vitrinas de Planta Principal. (En éstas asimismo se exponen, luego, las nóminas de alumnos que integran cada Comisión, con sus respectivos días y horas de clase) <sup>6</sup>.

3. *Retiro y exclusión del Curso.* — El alumno que en cualquier momento desea abandonar el Curso, puede hacerlo, sin que el hecho le traiga aparejada sanción o consecuencia alguna; para ello debe presentar su renuncia por escrito al titular de la Cátedra. Asimismo, es excluido del Curso todo alumno que no se presenta

<sup>4</sup> En el primer cuatrimestre de 1959 funcionaron 5 comisiones; en el segundo lo hicieron 7.

<sup>5</sup> En el primer cuatrimestre de 1959 se inscribieron 181 alumnos, mientras que en el segundo lo hicieron 425.

<sup>6</sup> Aprovechamos la oportunidad para agradecer, en nombre de la Cátedra, la gentil colaboración prestada en todo momento hacia el Curso por el Oficial Mayor de la Facultad, Sr. JOSÉ B. AZARA, por los Jefes de los Departamentos Docente y Registro de Alumnos, Sres. MARCELO COMBAZ ZAVALLA y ROBERTO SCARO, respectivamente, por el Intendente Sr. FÉLIX MARTI, por el Mayordomo Sr. DOMINGO AMARIZ y por todos los restantes funcionarios administrativos que se desempeñan en los mencionados Departamentos y en Intendencia, gracias a la cual pudieron superarse satisfactoriamente los diversos obstáculos materiales que encontró el Curso en su desenvolvimiento.

a alguno de los exámenes parciales, como también aquel que no cumple un mínimo del 75 % de asistencia a las clases de los auxiliares, salvo lo previsto en ambas hipótesis, como enseguida veremos, para los casos de fuerza mayor.

### III. LAS CLASES

1. *Número de horas.* — Los alumnos deben asistir a 5 horas de clase por semana, distribuidas en 3 días; 2 horas a cargo del profesor titular, 1 a cargo de un profesor asociado y 2 a cargo de los auxiliares.

2. *Horarios.* — El horario de las clases de los profesores es el mismo para todos los alumnos: de 19 a 20 hs. En cambio, las clases de los auxiliares se dictan en tres horarios: 10 a 11, 18 a 19 y 20 a 21, debiendo los alumnos, al inscribirse en el Curso, optar entre alguno de ellos<sup>1</sup>.

3. *Asistencia.* — La concurrencia a las clases de los profesores es libre, comprobándose, en cambio, en las de los auxiliares. Para poder rendir examen parcial el alumno debe concurrir por lo menos al 75 % de las clases de los auxiliares que se dictan durante el mes. Aun cuando el alumno haya rendido uno o dos de los exámenes parciales, si al mes siguiente no observa el *mínimum* de asistencia, queda automáticamente excluido del Curso, salvo casos excepcionales debidamente justificados con certificado médico oficial.

La asistencia a clase tiene, además, otros efectos: al finalizar el Curso se efectúa el cómputo total de las ausencias de cada alumno, calificándose su asiduidad a clase del siguiente modo:

Perfecta: 90 % a 100 % de asistencia;

Buena: 75 % a 90 % de asistencia;

Irregular: menos del 75 % de asistencia (en los casos de no ser el alumno excluido del curso, por haber presentado certificado médico oficial). La calificación de "irregular" aunque no hace perder al alumno el Curso, le priva del beneficio de las garantías especiales, a las que, en caso contrario, tiene derecho en el examen final.

4. *Desarrollo.* — Previamente a la iniciación de cada ciclo cuatrimestral, el titular de la Cátedra procede a distribuir el contenido del programa de enseñanza entre los profesores y los auxi-

<sup>1</sup> Al concluir el presente artículo, trazamos, como Anexo 1, un esquema demostrativo del funcionamiento de las Comisiones, respecto de la coordinación de clases y horarios, durante el primer cuatrimestre de 1960.

liares, reservando para aquéllos los temas de mayor complejidad e importancia. En esta distribución de temas se fija, además, la fecha exacta en que cada uno de los puntos debe ser desarrollado, ajustándose así todas las clases —tanto de los profesores como de los auxiliares— a una ordenada y sistemática planificación.

Los profesores supervisan las clases de los auxiliares, asistiendo a ellas y dirigiendo los debates que, a fin de posibilitar al máximo la intervención en clase de los alumnos, en forma permanente se promueven entre éstos. En las clases se facilitan a los alumnos todas las informaciones relativas a la bibliografía, tanto general de la materia como especial de cada tema, poniendo en diversas oportunidades a su alcance ejemplares de fallos jurisprudenciales. Con anterioridad a las fechas de los exámenes parciales, se brinda a los alumnos la posibilidad de repasar, en conjunto, todos los temas estudiados. Generalmente, para aprovechar la mayor cantidad de aulas disponibles, las clases especiales de repaso, son dictadas por los auxiliares, los sábados por la mañana, y tienen aproximadamente una duración de 4 a 5 horas. Para el año 1960, se ha decidido, además, proceder a la lectura de textos nacionales y tratados extranjeros de jerarquía en los primeros minutos de las clases de los auxiliares, como también a la enseñanza del manejo de los repertorios de jurisprudencia.

5. *Calificación de concepto.* — De acuerdo al interés y aptitud demostrados por el alumno en la materia, a través de su dedicación y de su intervención y conducta en clase, los auxiliares formulan, al finalizar el Curso, una calificación de concepto (Insuficiente, Aprobado, Bueno, Distinguido o Sobresaliente), la que se hace constar en el registro que se confecciona para el examen final.

#### IV. LOS EXAMENES PARCIALES

1. *Características.* — Los alumnos deben rendir 3 exámenes parciales escritos. Los mismos consisten en determinado número de preguntas concretas y dos temas de exposición, de los cuales el alumno debe desarrollar uno, a su elección. Los cuestionarios son preparados en 4 tipos diferentes, distribuidos a los alumnos en forma alternada y mediante tarjetas impresas. Todas las pruebas son tomadas simultáneamente, con asistencia de los auxiliares y sub-auxiliares de cada Comisión y bajo el control directo de los profesores de la cátedra, no excediendo en ningún caso su duración del término de dos horas.

2. *Calificación.* — Los escritos son leídos y corregidos en primer término por los auxiliares de la respectiva Comisión, quienes proponen la calificación de los mismos; y luego, los profesores

asociados y el profesor titular, establecen definitivamente la calificación, confirmando o modificando las notas propuestas por aquellos.

La calificación se fija en una escala de 0 (cero) a 9 (nueve) puntos. Para aprobar el Curso, el alumno debe obtener un promedio de 5 (cinco) puntos como mínimo, así como también la nota mínima de 5 en el último parcial. Al concluir el Curso, los promedios numéricos <sup>3</sup> se traducen en las siguientes calificaciones, que constan para el examen final:

- 5: Aprobado
- 6: Bueno
- 7: Bueno +
- 8: Distinguido
- 9: Distinguido +

La nota 10 (Sobresaliente) tiene aplicación exclusiva en el examen final.

3. *Ausencias justificadas.* — Si por razones de enfermedad, debidamente justificada con certificado médico oficial, algún alumno no puede presentarse a un parcial, el mismo le es tomado con posterioridad, también en forma escrita (pero con cuestionarios lógicamente diferentes), tratando de que entre ambas fechas de examen, exista el menor intervalo posible.

## V. EL EXAMEN FINAL

1. *Características.* — Los alumnos aprobados en el Curso deben rendir, en los turnos ordinarios de examen inmediatamente subsiguientes a la finalización del mismo (agosto o diciembre, según el caso), el examen final<sup>4</sup>.

En dichos turnos el tribunal efectúa dos llamamientos: el primero, de carácter especial, exclusivo para los alumnos que aprobaron el Curso; el segundo, para los alumnos regulares libres. En el primer llamamiento, el alumno extrae bolillas, pero dentro de la bolilla que opta, tiene la facultad de elegir el punto que desea desarrollar; la duración de cada examen no excede de breves minutos.

<sup>3</sup> Si al promediar las parciales restan fracciones de 33 centésimos, éstas se eliminan, computándose el promedio nota inmediatamente inferior; si la fracción es de 66 centésimos se computa el promedio superior.

<sup>4</sup> Para ser examinados, los alumnos deben inscribirse en la lista de examen, de acuerdo al procedimiento común, en el Departamento Registro de Alumnos.

2. *Calificación definitiva.* — Al concluir el Curso, se confecciona un registro general, que el tribunal utiliza en la mesa examinadora y en el cual constan, en forma separada, las calificaciones de promedio, concepto y asiduidad de cada alumno.

El promedio de los parciales, concretado en alguna de las notas mencionadas anteriormente, es la calificación que el alumno obtiene en definitiva, si su asiduidad a clase ha sido por lo menos "Buena"; ella no le es disminuida, siempre que la calidad del examen no sea incompatible con la misma. La calidad del examen final puede, también, conjuntamente con la nota de concepto y la de asiduidad "Perfecta", determinar que la calificación sea elevada; lo que por otra parte todo alumno aun sin reunir esos requisitos, tiene derecho de solicitar al tribunal examinador, pero en ese caso se le interroga intensamente sobre los demás puntos del programa.

## VI. EL CUERPO DE AUXILIARES

1. *Actual composición.* — El Cuerpo de Auxiliares se halla integrado actualmente por 21 miembros. La mayoría de ellos fueron los componentes del núcleo de investigación y profundización dogmática que en 1957 y 1958 publicó dos estudios sobre la teoría de la Reparación Civil<sup>22</sup>. Los restantes fueron designados por el profesor titular al constituirse el Curso, de acuerdo a los requisitos establecidos en el Estatuto. A esta cuestión, por considerarla de interés, nos referiremos a continuación.

2. *Designación de nuevos Auxiliares.* — El Estatuto del Curso admite la posibilidad de designarse nuevos Auxiliares, pero establece como condición indispensable para ello que las necesidades del Curso lo exijan y factores materiales no lo impidan. En caso de que tal situación se produzca, los aspirantes deben llenar los siguientes requisitos:

- a) ser egresado, o alumno de la carrera de Abogacía con un mínimo de 17 materias aprobadas; entre las mismas deben hallarse, infaliblemente, las siguientes: Derecho Civil IV, Derecho Procesal II, Derecho Comercial II y Filosofía del Derecho.
- b) reunir las condiciones éticas y culturales necesarias para el desempeño del cargo.

<sup>22</sup> Para mayores detalles nos remitimos al ya citado artículo de ARTURO A. ALVAREZ y RICARDO D. ROSS en LECCIONES Y ENSAYOS Nº 13, págs. 161 y ss.

- c) someterse a un examen de conocimientos y de aptitud técnico pedagógica, que debe versar sobre los temas que en cada caso el profesor titular establezca.

3. *El Secretario General.* — El Cuerpo de Auxiliares ha elegido, de entre sus miembros, según lo dispuesto por el Estatuto, un Secretario General; a cargo de éste se halla la gestión administrativa del Curso y la coordinación general del mismo.

4. *Sesiones plenarias de la Cátedra.* — A fin de informarse con precisión de todo lo relativo a la marcha del Curso, el profesor titular se reúne periódicamente en sesión plenaria con los profesores asociados y los miembros del Cuerpo de Auxiliares. En estas sesiones, cuyas deliberaciones se ajustan a un orden del día pre-establecido, se adoptan las resoluciones concernientes al funcionamiento del Curso, debiendo hallarse representadas todas las Comisiones.

## VII. LOS SUB-AUXILIARES

1. *Designación.* — A fin de dar a los alumnos que mayor interés demostraron en la materia y más brillantemente se desempeñaron en el Curso, la oportunidad de continuar vinculados con la Cátedra y con el estudio del derecho de las Obligaciones, se ha instituido el cargo de Sub-Auxiliar. Estos son designados al finalizar cada ciclo cuatrimestral siempre que ello se considere conveniente, y de entre los alumnos más destacados del Curso, no pudiendo exceder, en cada Comisión, su número de tres por ciclo y de cinco en total. Es requisito ineludible que el alumno haya obtenido como nota de concepto y como calificación definitiva la de Sobresaliente.

2. *Funciones.* — Los sub-auxiliares desempeñan limitadas funciones docentes y administrativas:

### A) Funciones docentes:

- a) asistir regularmente a las clases de los Auxiliares de la Comisión a que pertenecen;
- b) colaborar en las clases de repaso;
- c) dictar una clase por cuatrimestre sobre el tema que determinen los Auxiliares.

### B) Funciones administrativas<sup>10</sup>:

<sup>10</sup> En el desempeño de éstas los sub-auxiliares dependen directamente del Secretario General.

- a) colaborar en la confección de listas, notas e informes;
- b) cooperar en la tarea de organización de los exámenes parciales y contribuir al mantenimiento de la disciplina durante la realización de los mismos.

Tienen, asimismo, el derecho de asistir a las mencionadas sesiones plenarias, con voz pero sin voto.

3. *Ingreso al Cuerpo de Auxiliares.* — Los sub-auxiliares tienen la posibilidad de ser promovidos al cargo de auxiliar, pero sólo en caso de considerarse necesaria la ampliación del número de éstos, y siempre que llenen los requisitos enumerados anteriormente; en tal caso gozan de lógica prioridad.

#### ANEXO 1

##### COORDINACION DE CLASES

(1er. cuatrimestre 1960)

COMISION "A"		
Martes	Profesor titular	19 a 20
Miércoles	Profesor asociado	19 a 20
	Auxiliares	20 a 21
Jueves	Profesor titular	19 a 20
	Auxiliares	20 a 21
COMISION "B"		
Lunes	Profesor asociado	19 a 20
	Auxiliares	20 a 21
Martes	Profesor titular	19 a 20
	Auxiliares	20 a 21
Jueves	Profesor titular	19 a 20
COMISION "C"		
Martes	Profesor titular	19 a 20
Miércoles	Auxiliares	10 a 11
	Profesor asociado	19 a 20
Jueves	Auxiliares	10 a 11
	Profesor titular	19 a 20

## COMISION "D"

Martes	Profesor titular	19 a 20
Miércoles	{ Auxiliares Profesor asociado	18 a 19 19 a 20
Jueves	{ Auxiliares Profesor titular	18 a 19 19 a 20

---

## COMISION "E"

Martes	{ Auxiliares Profesor titular	10 a 11 19 a 20
Miércoles	Profesor asociado	19 a 20
Jueves	{ Auxiliares Profesor titular	10 a 11 19 a 20

---

## COMISION "F"

Lunes	{ Profesor asociado Auxiliares	19 a 20 20 a 21
Martes	{ Profesor titular Auxiliares	19 a 20 20 a 21
Jueves	Profesor titular	19 a 20

---

## COMISION "G"

Lunes	{ Auxiliares Profesor asociado	18 a 19 19 a 20
Jueves	{ Auxiliares Profesor titular	18 a 19 19 a 20
Martes	Profesor titular	19 a 20

---

ANEXO 2

ESTADÍSTICA DEL CURSO (AÑO 1959)

Primer cuatrimestre

		Calificaciones del examen final	
Inscritos .....	191	Sobresaliente .....	39
Renunciantes y excluidos .....	16	Distinguido .....	51
	-----	Bueno .....	55
Aprobaron .....	175	Aprobado .....	30
		Total .....	175

Segundo cuatrimestre

Inscritos .....	425	Sobresaliente .....	87
Renunciantes y excluidos .....	40	Distinguido .....	109
Aplazados en el examen final .....	2	Bueno .....	134
	-----	Aprobado .....	53
Aprobaron .....	383	Total .....	383



## REUNION INTERNACIONAL JURIDICO-AERONAUTICA

HAYDÉE SUSANA TALAVERA, RUTH ANDINO y  
OSCAR FERNANDEZ BRITAL

En la Reunión Internacional Jurídico-Aeronáutica celebrada en Rivera, República Oriental del Uruguay, los días 13, 14 y 15 de noviembre del corriente año, estuvo presente la Sección Derecho Aeronáutico del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación de nuestra Facultad, representada por los doctores Eduardo Basualdo Moine, Agustín Rodríguez Jurado (h.), Camilo V. Ghizzoni, Manuel Malbrán, Angel Mercado, Eduardo Mattenet, los alumnos Haydée Susana Talavera, Ruth Andino, Oscar Fernández Brital y la Srta. Helene Bourgoín, licenciada en derecho de la Universidad de París, que se encuentra becada en nuestro país a fin de completar sus estudios de Derecho Aeronáutico.

A ella fuimos especialmente invitados por el Sr. José María Peña, presidente de la Federación Aeronáutica del Uruguay, a quien días antes tuvimos el honor de recibir en nuestra mesa de trabajo, y de percibir el interés con que acogió el sistema y organización del Instituto.

Se manifestó gratamente impresionado, por la iniciativa novedosa introducida por el Director de la Sección Dr. Eduardo Basualdo Moine, de incorporar al mismo algunos alumnos que se hallan cursando el último año, con especial vocación por la materia, exhortándonos a luchar sin desmayo frente a las dificultades.

Por primera vez quizá, a un Congreso Internacional asistían estudiantes con el carácter de congresales, y a nosotros nos tocó experimentar la prístina emoción, de andar un camino no hoyado todavía, sentir el paso inseguro y por qué no decirlo el valor que da el miedo por lo desconocido.

Hemos visto de cerca cómo funciona un Congreso, cómo se realizan las Asambleas, hemos intervenido en la discusión y votación de las ponencias en la medida que nos permitían nuestros conocimientos y descubrimos también, el gran valor de las conversaciones "de pasillo" para la mejor comprensión de los problemas que presenta cada uno, que permiten cuando la Asamblea tiene lugar vencer el apremio del tiempo y arribar a la solución más conveniente.

Posiblemente la mayor penetración de las ideas que lleva un país se realice de esta manera, hacemos conocer nuestras instituciones, nuestros trabajos, conocemos las de ellos y de este dar y recibir sacamos las conclusiones más propicias para un mayor acercamiento internacional.

Recogimos las notas de los debates efectuados en las reuniones, con las que luego labraríamos el acta y las que guardamos celosamente porque ellas son para nosotros la enseñanza viviente, el análisis profundo de algunos tópicos importantes del Derecho aeronáutico enfocados desde el distinto ángulo que traza cada país, seguro defensor de su soberanía nacional, pero en definitiva dirigidos hacia un vértice común señalado por el lema que tan generosamente había adoptado el Congreso "Cielos de América sin Fronteras".

Con motivo de ocupar el cargo de Secretario el Dr. Isaac Jacobovics, delegado brasileño, y habiendo manifestado él mismo las dificultades que pudieran surgir por el idioma, el Dr. Rodríguez Jurado, ofreció la colaboración de los alumnos argentinos para la redacción de las actas, que fueron realizadas bajo su Dirección; hicimos asimismo los informes periodísticos y aprehendimos de este modo el funcionamiento interno del Congreso, delicado engranaje capaz de impulsar el destino de los pueblos, que nos ha brindado a nosotros una valiosa experiencia.

A instancia de los profesores de la Sección, colaboramos con el aporte de una ponencia de interés preponderantemente estudiantil, que fue acogida calurosamente por las delegaciones extranjeras que vieron la posibilidad de coadyuvar con ella al tan anhelado acercamiento interamericano.

Propiciamos principalmente, el intercambio en todas sus gamas, como el medio más adecuado para que los estudiantes que tienen la inquietud de conocer con profundidad los problemas jurídico-políticos que la Ciencia y la Técnica aeronáutica plantean al mundo contemporáneo, cuenten con los medios necesarios para realizarlo exitosamente.

Recalcamos la deficiencia que se nota en esta materia, en cuanto a publicaciones, textos de estudio, traducciones y demás elementos, factor que obstaculiza el estudio ordenado y comparativo de los sistemas jurídicos vigentes en los distintos países americanos.

Para subsanar estas dificultades se resolvió:

"1º Fomentar la publicación y difusión del material necesario para realizar estudios de ésta índole, así como facilitar el intercambio de las conclusiones a que hayan arribado los distintos institutos.

"2° Posibilitar el intercambio de alumnos con la creación de becas para aquellos que realicen investigaciones en los centros especializados.

"3° Incluir el Derecho aeronáutico en los cursos de temporada que se llevan a cabo en algunos de los países de América y recomendar la organización de estos cursos en aquellos países que aún no los poseen".

De este modo realizamos un pequeño aporte a la labor que los juristas especializados, desarrollaron en el Congreso, labor provechosa y fecunda, en la que la delegación argentina ocupó un lugar destacado por el número de ponencias y la solidez de los fundamentos con que fueron sustentadas:

Los diversos aspectos del Derecho Aeronáutico, fueron analizados con una lente exclusivamente jurídica, sin descuidar por ello su incidencia política y práctica, ya que recordando palabras que el Dr. Rodríguez Jurado dijera en aquella oportunidad, "el derecho es regulación de la vida misma, y el elemento político es derecho porque es la forma de manifestarse la vida".

La delegación uruguaya, presentó varias ponencias pertenecientes al Dr. Bauzá Araujo, presidente de la Reunión, en el sentido de reconsiderar los Convenios de Aviación para su modificación y aprobación definitiva, así como la realización de Acuerdos Regionales de Aeronáutica para la defensa de los intereses comunes; propuso la creación de Institutos dedicados a la investigación del Derecho aeronáutico como necesario complemento de aquella labor, esto demuestra que el mismo espíritu que alentó nuestro pensamiento inquietaba a los delegados orientales.

Hizo llegar asimismo la proposición del Sr. José María Peña, en el sentido de sugerir a los respectivos gobiernos, la inclusión de temas vinculados con el transporte aéreo y otros temas jurídicos aeronáuticos conexos, en la agenda de las próximas Conferencias Panamericanas y las subsiguientes reuniones similares organizadas por la O.E.A. con la presencia de técnicos jurídicos especializados.

El Dr. de Noronha, integrante de la representación brasileña, se refirió a la necesidad de facilitar servicios de sanidad, policía, aduana, así como la entrada de aeronaves a los respectivos países, obteniendo una completa adhesión por parte de la delegación argentina, ampliándose a proposición del Dr. Matternet a la uniformidad de las tasas y gravámenes por servicios aéreos.

Oportunamente intervino el Dr. Basualdo Moine para destacar la necesidad de que las ampliaciones propuestas a esta ponencia sean de acuerdo a las normas fijadas por la Convención de Chicago y las regulaciones de la O.A.C.I., a fin de evitar lesiones a su jurisdicción, lo que fue objeto de ponencia separada.

El Dr. Rodríguez Jurado, Vicepresidente de la Reunión, propició el estudio por medios de los Institutos especializados, de la legislación aeronáutica de cada país, a fin de escarar su unificación dada la homogeneidad de su estructura, proyecto que de concretarse, reportaría altísimos beneficios al desarrollo de la aviación americana.

Muy interesante es la ponencia del delegado de nuestro país Dr. Manuel Malbrán, tendiente a promover a la unificación de la legislación aeronáutica americana en punto a responsabilidad civil para el transporte de personas, mercaderías y equipajes conforme a las reglas internacionales aceptadas por la Convención de Varsovia de 1929 recomendando el estudio del Protocolo de La Haya.

No hemos de olvidar lo que constituyó el móvil primordial del Congreso, tratado en la Asamblea General, la ulterior creación de una Confederación Interamericana de Aeronáutica, organismo que agrupará las Federaciones locales, con el deseo de iniciar una política de colaboración y unidad en el campo jurídico, político y técnico.

Con el objetivo de que las conclusiones obtenidas en estas jornadas, no queden como una mera expresión de deseos, el Dr. Eduardo Basualdo Moine, presenta una moción a fin de que se cree un organismo o comité permanente, encargado de los estudios aeronáuticos cuya sede sería en la Asociación Uruguaya de Derecho Aeronáutico, con delegaciones en los otros países.

En la República Argentina se designó a tal efecto la Sección Derecho Aeronáutico del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación y en Brasil la Sociedad Brasileña de Derecho Aéreo.

Nuestro país quedó encargado de la redacción de los estatutos, tarea a la que ahora se encuentra abocado, y a la que dará pronta conclusión.

No es necesario destacar la importancia que asume este organismo para la concreción de los anhelos comunes de los países americanos y como medio para plasmar una mayor comprensión internacional.

Concluye de este modo lo que para nosotros ha sido una experiencia inolvidable, cúmulo de provechosas enseñanzas, imagen de las que puede brindar a los estudiantes el Derecho Aeronáutico, rama joven y pujante de la Ciencia jurídica, que nos han introducido en el campo internacional, y de la que damos sinceramente las gracias a los profesores que con su generosidad nos han permitido obtenerlas.

## ESTADÍSTICA DE EXÁMENES MENSUALES

Total año 1958

Asignaturas	Insc.	Asp.	Pres.	Sob.	Dist.	Ene.	Ago.	Ins.
<b>Primer año</b>								
<b>Derecho Penal I</b>								
E. Ramos Mejía .....	1225	717	518	3	14	74	156	271
Sebastián Soler .....	446	215	231	14	27	39	77	74
Jorge E. Coll .....	212	96	116	2	15	31	35	33
J. Silva Riestra .....	503	210	293	30	47	50	101	65
	<b>3386</b>	<b>1338</b>	<b>1158</b>	<b>49</b>	<b>103</b>	<b>194</b>	<b>369</b>	<b>443</b>

### *Introducción al Derecho*

Molán Nive .....	505	175	330	20	47	78	87	98
Rene Entelman .....	774	161	613	28	89	148	217	133
R. Zorraquín Becú .....	542	233	309	6	34	61	87	131
Belgrano y Torres L. . .	230	77	153	6	25	42	57	23
Horacio Solari .....	164	48	116	8	18	22	45	23
Genaro Carrió .....	62	12	50	5	10	13	16	6
J. C. Cueto Rúa .....	47	15	32	9	9	3	3	8
	<b>3324</b>	<b>721</b>	<b>1603</b>	<b>86</b>	<b>232</b>	<b>367</b>	<b>512</b>	<b>412</b>

### *Derecho Político*

Rodolfo Martínez (h.) ..	2267	1052	955	19	97	273	303	364
Carlos S. Fayt .....	296	164	132	5	13	19	23	42
A. Romero Carranza ....	431	227	173	5	14	27	64	63
	<b>2794</b>	<b>1474</b>	<b>1260</b>	<b>29</b>	<b>124</b>	<b>319</b>	<b>389</b>	<b>369</b>

### *Derecho Romano*

Miguel Sussini .....	1487	628	849	27	104	168	361	191
C. A. Ambrosioni .....	230	157	63	—	2	8	40	23
	<b>1717</b>	<b>785</b>	<b>912</b>	<b>27</b>	<b>106</b>	<b>174</b>	<b>391</b>	<b>214</b>

*Derecho Civil IV*

José F. Bidau .....	1038	507	531	—	39	61	188	273
M. Sánchez de Bustamante .....	1150	679	471	4	28	46	134	261
Nicolás Halperín .....	828	454	374	6	34	64	93	177
J. M. López Clarirregul ..	804	500	304	4	12	20	108	162
Abel Fleitas .....	858	472	386	7	23	59	101	186
	<hr/>							
	4678	2612	2096	21	134	260	582	1099

*Segundo Año**Derecho Civil III*

L. Boffi Roggero .....	1317	348	869	147	235	379	146	72
A. Guaglianone .....	1087	559	528	13	46	128	182	159
	<hr/>							
	2394	907	1397	160	271	407	328	231

*Derecho Constitucional IV*

S. Linares Quintana ...	69	39	30	3	7	8	8	4
Héctor Lanfranco .....	1928	868	1080	22	118	260	307	263
	<hr/>							
	1997	907	1090	25	125	268	405	267

*Derecho Penal III*

Ernesto J. Ure .....	1289	626	643	7	50	100	279	227
José Peco .....	319	141	178	2	12	31	80	53
Francisco Laplaza .....	158	64	84	5	5	18	43	20
	<hr/>							
	1796	831	915	14	67	149	402	300

*Asignaturas**Insc. Aus. Pres. Sob. Dist. Bus. Apr. Ins.**Economic Politics*

O. Williams Alsaga ...	809	378	431	27	61	96	113	132
W. Beveraggi Allende ..	444	183	281	5	30	75	73	75
	<hr/>							
	1253	561	692	32	94	171	186	207

*D. Internacional Pública*

L. A. Podestá Costa ....	1349	678	671	6	32	89	273	271
I. Ruiz Moreno .....	462	192	270	13	53	48	96	99
	<hr/>							
	1811	870	941	19	85	137	369	370

**Tercer año****Derecho Civil IIP**

José M. Saravia .....	1580	708	872	17	43	177	286	348
Marco A. Biscolla .....	729	389	410	8	37	76	143	146
	<hr/>							
	2309	1097	1282	25	80	253	429	495

**Derecho Comercial IP**

Carlos Malagarriga .....	787	404	383	3	13	70	111	186
Enrique Astiria .....	659	294	365	11	40	77	118	119
	<hr/>							
	1446	698	748	14	53	147	229	305

**Finanzas**

G. Ahumada .....	788	296	492	13	67	125	144	143
------------------	-----	-----	-----	----	----	-----	-----	-----

**Derecho Constitucional IIP**

C. Sánchez Yiamonte ..	294	131	163	3	13	34	75	38
Alberto G. Padilla .....	1384	597	787	49	158	235	210	115
	<hr/>							
	1678	728	950	52	171	269	285	153

**Derecho Procesal IP**

José C. Sartorio .....	700	284	418	1	28	85	173	131
Mario A. Oderigo .....	1022	451	571	8	60	143	180	180
	<hr/>							
	1722	735	989	9	88	228	353	311

**Cuatro año****Filosofía del Derecho**

Ambrosio Gioja .....	702	101	601	87	66	186	260	2
Martín Ruiz Moreno .....	133	77	58	8	7	16	17	10
	<hr/>							
	835	178	659	95	73	202	277	12

**Derecho Civil IIP**

Julio Dassen .....	1818	659	959	48	101	201	415	196
--------------------	------	-----	-----	----	-----	-----	-----	-----

**Derecho Comercial IIP**

Agustín Matienzo .....	1103	443	660	14	87	154	256	149
Ignacio Winicky .....	109	103	6	—	—	1	4	1
	<hr/>							
	1212	546	666	14	87	155	260	150

*Derecho Procesal JP*

C. A. Ayarragaray .....	1123	475	647	28	107	164	207	141
Mauricio Otzolenghi ....	175	54	121	—	3	25	78	17
	<hr/>							
	1297	529	768	28	110	189	285	158

*Derecho Agrario y Minería*

Walter Jakob .....	928	421	507	4	31	108	206	158
--------------------	-----	-----	-----	---	----	-----	-----	-----

*Derecho Social*

Manuel Pinto .....	753	325	428	11	66	68	133	150
A. Máchera .....	324	147	177	6	10	40	50	63
	<hr/>							
	1077	472	605	17	76	118	183	213

*Asignaturas*                      *Jur. Civ. Pres. Señ. Dist. Bur. Apr. Jus.*

*Quinto Año**Derecho Civil JP*

José Bidas .....	1363	410	953	31	120	179	306	227
E. Díaz de Guíjarro ....	2	—	3	—	—	2	—	—
	<hr/>							
	1365	410	956	31	120	181	306	227

*Derecho de la Navegación*

Rodolfo Chuzellaz .....	920	356	544	5	34	128	263	116
-------------------------	-----	-----	-----	---	----	-----	-----	-----

*Derecho Administrativo*

Rafael Bidas .....	847	430	417	2	41	118	160	96
Manuel Díez .....	4	2	3	—	—	—	1	1
	<hr/>							
	851	432	419	2	41	118	161	97

*D. Internacional Privado*

Carlos M. Vico .....	1091	523	568	13	68	145	219	105
----------------------	------	-----	-----	----	----	-----	-----	-----

## CURSOS INTENSIVOS DE PROMOCION SIN EXAMEN

Total año 1959

<i>Asignaturas</i>	<i>Pres.</i>	<i>Sub.</i>	<i>Dist.</i>	<i>Buc.</i>	<i>Apr.</i>	<i>Ins.</i>
<b>PRIMER AÑO</b>						
<i>Introducción al Derecho</i>						
Dr. Solari .....	44	8	7	10	13	6
Dr. Curió .....	62	8	10	19	22	3
Dr. Cueto Rúa .....	14	4	3	1	5	1
Dr. Torres Lacroze .....	25	7	11	5	2	—
Dr. Nilve .....	24	—	2	13	9	—
	<b>169</b>	<b>27</b>	<b>33</b>	<b>48</b>	<b>51</b>	<b>10</b>
<i>Derecho Político</i>						
Dr. Fayt .....	55	8	13	17	17	—
<i>Derecho Civil I°</i>						
Dr. Fleitas .....	17	—	3	8	6	—
<i>Derecho Penal I°</i>						
Dr. Soler .....	19	4	4	5	6	—
Dr. Iturbe .....	25	5	14	4	2	—
Dr. Ramos Mejía .....	42	6	9	15	8	4
Dr. Silva Riestra .....	44	3	9	17	15	—
	<b>130</b>	<b>18</b>	<b>36</b>	<b>41</b>	<b>31</b>	<b>4</b>
<i>Derecho Romano</i>						
Dr. Ambrosioni .....	19	—	1	13	3	2
Total 1er. año ..	<b>390</b>	<b>53</b>	<b>86</b>	<b>127</b>	<b>108</b>	<b>16</b>
<b>SEGUNDO AÑO</b>						
<i>Derecho Civil II°</i>						
Dr. Guaglianone .....	18	2	9	4	3	—
<i>Economía Política</i>						
Dr. Beveraggi Allende ...	73	2	18	33	12	8
<i>Derecho Penal II°</i>						
Dr. Peco .....	72	17	19	32	4	—
Dr. Lapiana .....	93	8	23	29	33	—
Dr. Ure .....	22	6	3	6	7	—
	<b>187</b>	<b>31</b>	<b>45</b>	<b>67</b>	<b>44</b>	<b>—</b>
<i>Derecho Constitucional I°</i>						
Dr. Linares Quintana ....	96	18	29	26	19	4
Total 2° año .....	<b>374</b>	<b>53</b>	<b>101</b>	<b>130</b>	<b>78</b>	<b>12</b>

Asignaturas	Pres.	Sub.	Dist.	Bus.	Apr.	Ins.
<b>Tercer Año</b>						
<i>Derecho Civil III*</i>						
Dr. Risolia .....	20	6	5	6	3	—
<i>Derecho Comercial I*</i>						
Dr. Astiria .....	44	13	8	17	6	—
Dr. Malagarriga .....	23	1	7	8	3	4
	67	14	15	25	9	4
<i>Derecho Procesal I*</i>						
Dr. Oderigo .....	115	26	37	42	10	—
<i>Finanzas y Derecho Financiero</i>						
Dr. Ahumada .....	106	13	38	49	6	—
Total 3er. año ...	308	59	95	122	28	4
<b>CUARTO AÑO</b>						
<i>Derecho Agrario y Minería</i>						
Dr. Walter Jakob .....	49	9	22	13	2	3
<i>Filosofía del Derecho</i>						
Dr. Ruiz Moreno .....	67	4	34	18	11	—
<i>Derecho Social **</i>						
Dr. Pinto .....	48	8	14	14	12	—
Dr. Machera .....	45	2	11	21	11	—
	93	10	25	35	23	—
<i>Derecho Procesal II*</i>						
Dr. Ayarragaray .....	16	11	2	3	—	—
Total 4º año ...	225	34	83	69	36	3
<b>QUINTO AÑO</b>						
<i>Derecho de la Navegación</i>						
Dr. Clusellas .....	99	9	26	39	23	—
<i>Derecho Administrativo</i>						
Dr. Bielsa .....	39	3	14	21	1	—
Dr. Díez .....	35	3	7	16	8	1
	74	6	21	37	9	1
<i>Derecho Civil V*</i>						
Dr. Díaz de Guíjro ...	52	1	16	27	8	—
Total 5º año ...	225	16	65	103	40	1
Total general ...	1522	215	430	551	290	36

## RESOLUCION 3000/59

<i>Derecho Civil I°</i>						
Dr. López Olacirégui .....	21	1	12	8	—	—

## EXAMENES ESCRITOS PARCIALES

Total año 1959

<i>Asignaturas</i>		<i>Insc.</i>	<i>Sub.</i>	<i>Dist.</i>	<i>Buc.</i>	<i>Apr.</i>
<i>Introducción al Derecho</i>						
Dr. H. J. Solari .....	26	1	11	14	—	—
Dr. Remo Entelman .....	202	18	92	92	—	—
	<u>228</u>	<u>19</u>	<u>103</u>	<u>106</u>	<u>—</u>	<u>—</u>
<i>Derecho Constitucional I°</i>						
Dr. Segundo Linares Quintana ..	9	1	2	6	—	—
<i>Derecho Comercial I°</i>						
Dr. Enrique Astiria .....	115	3	29	53	30	—
<i>Finanzas</i>						
Dr. Guillermo Ahumada .....	124	3	48	73	—	—
<i>Comercial I°</i>						
Dr. Ignacio Winisky .....	83	3	31	47	2	—
<i>Derecho Agrario y Minería</i>						
Dr. Walter Jakob .....	79	5	40	34	—	—
<i>Derecho Civil V°</i>						
Dr. Enrique Díaz de Guijarro ..	9	1	1	6	1	—
<i>Derecho Administrativo</i>						
Dr. Manuel Díez .....	14	2	3	9	—	—
<b>Total general .....</b>	<u>661</u>	<u>37</u>	<u>257</u>	<u>334</u>	<u>33</u>	<u>—</u>



## LIBROS Y REVISTAS



JAMES N. WILLIAMS, *Interpretación de las leyes en el derecho norteamericano* (48 págs.). Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

Este trabajo, publicado en la serie "Monografías Jurídicas", y que lleva el N° 12, une a su pequeño formato, un pequeño contenido. Su publicación autónoma, no nos parece del todo justificada, ya que un tema de tal envergadura, merece otra extensión. Así lo demuestra por otra parte, la cantidad de citas hechas por el autor.

La monografía tiene, dentro de su escueto contenido, un desarrollo interesante. El objeto de este estudio es el análisis de la actitud del jurista norteamericano frente a la ley (*statute*), que en dicho orden jurídico, sólo se propone resumir o completar el *common law*, ya sea para completarlo en un punto particular cuando no existe precedente alguno con respecto al mismo o para suprimir una doctrina establecida por una sentencia directriz (*binding precedent*).

En ese sistema, el jurista considera "el acto legislativo destinado... a determinar una consecuencia de detalle para hacer frente a una situación de hecho particular, pero no como el punto de partida para un razonamiento jurídico". Se supone que la pretensión del legislador de innovar es mínima, por ello la interpretación es restrictiva; otra razón —se cita a Tunc, en obra de nombre semejante— está en la hostilidad política hacia la ley. Es

evidente, que en el *common law*, la ley representa un papel accesorio y su valor es secundario, a tal punto que "el acto legislativo será interpretado a la luz de los principios del *common law*, antes que en oposición con ellos". El Autor hace referencia a otros factores que conducen a tal método de interpretación, tales como la formación filosófica de los juristas (Escuela Histórica del Derecho, Escuela utilitaria), así como al conservadurismo habitual de los juristas anglosajones, su apego al *common law* y la ausencia de una técnica legislativa bien desarrollada en comparación con la perfecta técnica judicial allí imperante o la técnica legislativa propia de los países de derecho continental.

Este sistema interpretativo, sufre una evolución merced a la sanción —en el presente siglo— de numerosas leyes de las llamadas "sociales". "El cambio consiste en pensar en la manera de realizar o de asegurar de manera concreta los intereses humanos, en lugar de contentarse con una armonización abstracta de voluntades individuales".

Luego de otras consideraciones, una cita de Tunc —"La interpretación de las leyes en los Estados Unidos"— demuestra la evolución operada en ese país, en cuanto al

método interpretativo a seguir con la ley escrita, al punto de convertirse hoy en máxima corriente... que el deber fundamental de los tribunales es hacer prevalecer la intención del legislador, lo que condena a la vez, la interpretación liberal y la interpretación restrictiva. Para la interpretación moderna de las leyes, se toman muy en cuenta los trabajos preparatorios de las mismas.

Personalmente, observamos una contradicción lógica entre el método de interpretación del juez del *common law* y el del *droit* continental. Uno induce de los casos particulares, el principio general; el otro deduce de la norma general, la solución para el caso particular. La incapacidad de unos y otros para cambiar de método, es manifiesta. Así lo pone de relieve Cuesto Rúa —citado por el Autor— a tal punto que, "cada vez que ellos deben manejar una norma abstracta sancionada por el Con-

greso o la Legislatura, se desorientan". "Bienan que es muy vaga y que no administra suficientes guías al juez".

Claro, que dicha ambigüedad va desapareciendo a medida que se la va interpretando; pero, para ese entonces el asunto ya no tiene importancia, por cuanto la ley ha pasado a plano secundario ante la presencia de los precedentes.

Se citan dos adagios tomados de Tunc, que explican por sí solos, el espíritu de los juristas de aquel ordenamiento: "el uno, repetido frecuentemente todavía, según el cual hay que interpretar restrictivamente, si no las leyes en general, al menos las leyes que derogan el *common law* y restringen los derechos reconocidos por él; el otro, según el cual hay que atribuir a las palabras empleadas por una ley el significado que posean en el *common law* o la interpretación que se le había dado precedentemente".

TEÓFILO MEDALLERO

*Presencia y sugestión del filósofo Francisco Suárez. Su influencia en la Revolución de Mayo, publicación de la Institución Vitoria y Suárez (Kraff), 1928.*

Hace cuatro siglos, cuando la Teología era considerada una especie de ciencia universal que abarcaba prácticamente todas las ramas del saber humano, floreció en España la llamada "escuela de los juristas-teólogos españoles", cuyos integrantes se consagraron con singular vocación al estudio de las más variadas cuestiones que determinaban la inquietud fundamental de la época.

Pese a la común denominación que los distinguía y a la condición eclesástica de la mayoría de sus

miembros, los representantes de aquella tendencia no circunscribieron su pensamiento al análisis de los temas de alcance sobrenatural que constituyen el fundamento de la Teología, sino que se abocaron al esclarecimiento de distintos problemas temporales que conformaban la preocupación predominante del Estado español de la época, cuando el descubrimiento e incorporación de las tierras del Nuevo Mundo, unidos a otros acontecimientos de particular relieve, lo habían conducido a su momento histórico de mayor esplendor.

En el conjunto de aquellos ilustres pero a la vez humildes pensadores, que distribuían sus azares entre el examen exhaustivo de los justos títulos que podría esgrimir la Corona para la conquista y pacificación de las comarcas americanas y la determinación de la condición jurídica de los naturales de las mismas, sobresallieron los nombres del dominico Francisco de Victoria y del jesuita Francisco Suárez. Con el primero alcanzaron fundamento incontestable las bases del derecho de gentes, antecedente inmediato del actual derecho internacional público, en tanto que las teorías del segundo sobre el origen de la sociedad civil, que provienen mediatamente de Dios a través del pueblo, permiten retrotraer en 400 años la génesis definida de las modernas orientaciones democráticas y populares.

Uno y otro, junto con sus discípulos y continuadores, protagonizaron memorables disputaciones y escribieron trabajos doctrinarios de excepcional jerarquía, donde impusieron la prudencia y el equilibrio necesarios para el desarrollo de tan arduas y complejas cuestiones. Todos sus esfuerzos en este sentido fueron colocados bajo la advocación de la justicia, situada, en el sentir de cada uno de ellos, por encima de todas las virtudes.

Al recordar la ilustre figura del Pbro. Suárez y, en particular, la incidencia de sus ideas en el proceso que condujo a nuestra emancipación se destina una muy reciente publicación de la Fundación Victoria y Suárez, de Buenos Aires, que, con el título *Presencia y sugetión del Pádre Francisco Suárez*.

Su influencia en la Revolución de Mayo, reúne en un volumen de poco más de 200 páginas nueve estudios breves sobre distintos aspectos de la personalidad del insigne granadino, escritos por dignos exponentes del pensamiento histórico y jurídico argentino.

Como expresa en el prólogo del libro Atílio Dell'Oro Maini, presidente de la Institución patrocinante de la edición, "por intermedio de Suárez y sus discípulos ejerció la Escolástica, en esta parte de América, un influjo dilatado, racional, lleno de frescura y novedad; no era la escolástica corrupta y atargada de los viejos carcaños claustrales, caídos en la esterilidad de las disputas nominalistas, sino la escolástica renovada y vivificada por el aliento de Victoria, de Suárez y de sus continuadores, la cual encontró y recibió en las catedras del nuevo continente el alicante que la proporcionaba el descubrimiento de las cosas vírgenes y la austeridad del vivir misionero".

La doctrina de Suárez, que al decir de Enrique Martínez Paz, "era sin duda alguna favorable a la democracia y hostil para los tronos", reflejaba el estilo de vida propio de su época. Según Juan F. Ramos en el estudio dedicado a las ideas penales del "doctor eximio", "el hombre del tiempo del Padre Suárez no se conformaba, si era católico, como la totalidad del pueblo español, en cumplir la pena impuesta por el legislador civil a un delito o a un pecado. Porque era hombre y porque era católico quedaba obligado en conciencia a las leyes de Dios legislador, porque sólo con arreglo a éstas

el gobierno ejercía su potestad legislativa”.

En el capítulo titulado “Francisco Suárez fue el filósofo de la Revolución de Mayo” el Pbro. Guillermo Furlong, luego de plantearse el interrogante de si fue la incidencia de Suárez o la de Rousseau la que predominó en la gestación del movimiento de Mayo, se decide en el sentido expuesto en el título, sobre la base de prolijas investigaciones que, sin desconocer otras influencias universales, reducen a márgenes limitados el aporte ideológico proveniente del filósofo ginebrino y de su época, venido hasta ahora como excluyente.

Otras calificadas colaboraciones del Pbro. Miguel Angel Fiorito,

Mons. Gustavo Franceschi, Oscar Güell, Faustino J. Legón, Doncel Menossi e Isidoro Ruiz Moreno completan este volumen, cuya jerarquía se encuentra avalada por el prestigio de las firmas que se han reunido para lograrlo. Su publicación constituye una contribución muy estimable para la difusión de las ideas filosóficas y jurídicas de Suárez, hasta ahora no suficientemente divulgadas, de cuyo paulatino conocimiento puede esperarse la alteración de algunos de los principios tradicionales que han explicado hasta el presente los orígenes de las instituciones políticas argentinas.

CARLOS LÓPEZ CASTRO

CARLOS A. AYARRAGARAY, *El principio de la inoculación en el proceso*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

El doctor Ayarragaray, hombre de ideales, de verbo cálido y altanero, que grita sus verdades, se muestra en esta obra con el acerbo juicio crítico que le es característico.

Legalidad y democracia, defendidas con el juicio mordaz, valiente y decidido, no carente de fina ironía, en tono a veces excedido, pero virtuoso en sus afanes, tal es lo que caracteriza la pluma de este procesalista de relevantes ideales republicanos.

Su crítica, muchas veces fundada, siempre bien intencionada, destruye torpes construcciones, y se lanza con ímpetu embravecido contra las definas improvisaciones legislativas, virus malévolos e infectante, propio de la inestabilidad política, de la crisis del derecho, y del desquicio terrible a que se ha

lla dirigida la humanidad. Nunca se machacará bastante, en estos tiempos de verdadera “inflación legislativa” —como dijera un autor— sobre la necesidad de adaptar lo viejo a lo nuevo, antes que crear.

Hacemos nuestros los conceptos vertidos por Buzo en un homenaje a Lafaille. Dijo el eminente profesor y académico: “Los nacidos que marchan a la cabeza de la civilización son aquellos que mantienen la más sólida estructura de su derecho”. El mismo Lafaille, con su profunda sabiduría, aconsejaba a sus discípulos “ser parcos en demoler, trabajo subalterno, a menudo precipitado y con frecuencia irremediable en sus efectos”. Agregando: “al dictar la ley, o al interpretarla, no es déjelo arrastrar entonces hacia un vandalismo estéril, ni seducir por ese prema-

turo afín de originalidad que lamentaría muy tarde". "Habitáramos aún en las cavernas si cada generación hubiera invertido lo mejor de sus energías en deshacer lo dictado por la precedente".

El "proceso immaculado", es un hermoso nombre, para un fin no menos bello. Este principio, cuya formulación ya había sido anticipada por el autor en otras publicaciones, así como desde su céntrica, consiste sustancialmente en "limpiar el proceso, dejarlo exento de vicios, de posibles nulidades, de incompetencias tardíamente declaradas", para que sin mácula alguna, pueda llegar a su fin existencial: la sentencia. El objeto del principio, es hacer del proceso un instrumento eficaz en sus resultados, de manera que llegue a la sentencia de mérito sin tropiezos, trampas y sorpresas nacidas de la forma (pág. 260). El tema central de esta monografía, no impide al autor entrar en el análisis de cuestiones incidentales, que a veces llevan al lector a preguntarse por el referido "principio".

Un primer capítulo, está dedicado a las "Reformas del derecho procesal argentino. Su eficacia", tema que fue objeto principal de su anterior libro, "La Reforma Procesal. Ley 14.237 y decreto-ley 23.386/56", ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957. Se insiste en la crítica a la reforma y la contrarreforma, a través de todo el libro. Así, en el capítulo que sigue, se señala el colosal distate que representa el artículo 16 de la ley 14.237, comparado por los inspiradores y redactores del decreto-ley 23.386/56, que suprime las excepciones perentorias, siguiendo así "la parodia de

un juicio que, de inicio, se podría dudar".

Se ocupa luego el autor, de la "función de la economía en el proceso". Sus ejemplos bíblicos, nos recuerdan su erudición, en lo que a las sagradas escrituras se refiere, y que ya manifestara en su obra anterior "La justicia en la Biblia y el Talmud", ed. Abeledo, Bs. As., 1949.

Luego de tratar "Reminiscencias Históricas", destina desde el Cap. V al Cap. XVI, al examen de la legislación procesal portuguesa, brasileña, de la Ciudad del Vaticano, soviética, alemana, austríaca, italiana, inglesa, de los Estados Unidos de Norteamérica, mexicana, francesa y de otras legislaciones. El método de examen consiste en un estudio particularizado de cada una de esas legislaciones, por medio del resumen sintético de sus disposiciones, suficiente para señalar su filiación y principios generales, tendiendo a subrayar las medidas que se fueron adoptando con el objeto de consagrar el principio de immaculación en el proceso, formulado por el autor. Aquí decase un poco la atención, ya que el procedimiento de exposición que esteriliza una legislación de otra y transcribe síntesis de artículos, interesante al principio, se convierte en tediosa. En este largo peripatético, casi no aparece el autor.

Resulta particularmente interesante, la legislación brasileña, cuyo Código data de 1939. El mismo, trae "una instrucción absolutamente nueva, y cuya eficacia es indudablemente de valor para el funcionamiento del proceso (arts. 293 y sigta.)". "Se llama esa institución, despacho asesorador. Su man-

festación, como acto procesal, se traduce en la decisión consecutiva a la fase que llamaríamos postulatoria, es decir, sucesiva a la contestación de la demanda y por la cual el juez examina la legitimidad de la relación procesal, negando o admitiendo la continuación del proceso o acción y disponiendo de lo contrario —si fuere necesario— la corrección de los vicios subsanables. Como se observa su objeto es sanear o limpiar el proceso de entrada, en cuanto a los vicios subsanables que contenga la relación procesal entablada. "Esta función limpiadora es al inicio del proceso y no *finis operis*".

En la legislación inglesa —según se describe— rige el sistema oral, el que por su esencia favorece el saneamiento del proceso. En ella se destaca la intervención del *master* en la fase preliminar. Por su intermedio, no sólo se delimita el material de conocimiento para el debate oral, sino que se procura solucionar la litis. El Autor cita en esta ocasión un sabio adagio inglés, según el cual los poderes del juez son *to prosecute and not to prevent*.

En la legislación de los EE. UU. de Norteamérica, resultan de sumo interés las *pre-trial conferences*, introducidas por el juez Jayne en 1929 y que recibidas por otros Estados se incorporó al orden federal en 1938 mediante la *Federal Rules of Civil Procedure*.

Con el mismo método, aunque en forma más sintética, se analizan *Wagg, The Progress of the Conciliation, Jodré, Lascaris, Reimundin, Couture y Podetti*. En un capítulo especial, se recapitula lo dicho, en forma lógicamente menos informativa, pero mucho más amena. Leemos

en él, una verdad histórica: "En toda legislación lo más grave no está en el texto de la ley, sino en la mentalidad de quienes deben utilizarla y en la influencia de la política sobre los encargados de su finta y de aplicarla".

Al tratar la renuncia a las formas procesales dice —como es evidente— que dicha facultad es más limitada en todo régimen publicístico y más amplia en todo régimen privathico. Disiente el A. con Alsina y el resto de la doctrina tradicional, negando —salvo en determinadas circunstancias— que sea posible la ordinización del juicio ejecutivo. Su fundamentación al respecto, la reputamos valerosa.

Su libro nos trae una novedad. Interesantísima. La demanda bilateral, instituida en el Código Italiano de 1940, en materia de cuestiones laborales y que —juzgamos con el autor— tiene admirable sentido para la economía en la tramitación de los juicios. En esencia, ella consiste en que "las partes pueden solicitar de común acuerdo la decisión de la contienda con petición firmada por las mismas" (art. 415 Cód. de Proced. Ital., de 1940). El doctor Ayarragaray señala con acierto, las innumerables ventajas que de la aplicación del sistema, que encuentra viable en nuestro ordenamiento legal, se pueden derivar: economía, rapidez, buena fe, immaculación, etc.

Los tres capítulos siguientes son destinados a estudiar la economía en el proceso. A través de ellos, el libro cobra más interés, seguramente por la narración de tres casos jurisprudenciales; dos de su propia experiencia profesional. El segundo de ellos se intitula: "Un

ejemplo reconfortante y más allá de economía procesal", que según el A. se produce en el "verdadero" año de 1954. El resultado de ese caso, producto del acomodo político y del cobhecho colgado, es una sentencia dada en tiempo record. El asunto es aprovechado por el autor, para el comentario irónico, no exento por ello de importancia e interés.

En el Cap. XXIV se analizan "Las Facultades del Juez y las Partes. El principio de la trilateralidad", donde se critica el artículo 16 del decreto-ley 23.396/56, que derogó el artículo 33 de la ley 14.237, que establecía una audiencia con el objeto de establecer los hechos controvertidos sobre los cuales versaría la prueba y que fuesen conducentes a la decisión del juicio. Es evidente, que con ello se quebró el espíritu de la reforma puesto de relieve a través de su rimbombante artículo 21.

El Cap. XXV, trata la "Incidencia de los poderes del juez en las normas y formas procesales", comprendiendo el estudio de diversas instituciones a la luz del principio publicístico que inspira nuestra última legislación procesal, de las reglas de economía y rapidez que pregona el artículo 21 de la ley 14.237 y del "principio de impecabilidad" en el proceso.

Luego, en capítulos sucesivos, pasa a ocuparse de "la confesión y el artículo 21"; "El allanamiento y las facultades del juez según el artículo 21" y, de "La conducta en el proceso". En este último dice el Autor, que "es tendencia moderna impecabilizar el proceso", "Esa función, en principio y dentro de nuestra organización judicial, está encomendada en cierto modo a las

partes mediante la intervención obligada de sus letrados, y en esencia a los magistrados, que se pretenden no sean simples espectadores del desenvolvimiento de la causa". Analiza luego brevemente, sin agregar nada nuevo a lo ya conocido, y hasta en forma algo incompleta, la teoría del "abuso del derecho" desde el punto de vista procesal. Se hace una especial referencia a la legislación brasileña, donde se castiga la temeridad, y donde procede incluso, en ciertos casos especiales, una absolución de la instancia si los jueces diéjendose a la ley, observan que la litis está iniciada sin derecho, por error, o aun por malicia, si ella es visible, o por error grosero y ánimo perjudicial. Mientras tanto —dice el Autor— en nuestra legislación hay que seguir hablando en el proceso con el lenguaje civilista y referirse a las normas tradicionales, recordando el imperio de la buena fe, buenas costumbres y de la conciencia (Art. 353 C. C. A.).

Al estudiar "La imparcialidad del juez y sus facultades", rechaza los poderes del juez para esclarezcar permanentemente los hechos controvertidos durante la tramitación de la causa ya que le apartarían de su imparcialidad, que en su concepto debe fortalecerse, dándole el máximo de garantías para ello, a fin de que pueda desempeñarse con seguridad y garantía en su función y dar sentencia en libertad determinativa". "Para ello, es necesario que no sufra presiones de las partes, ni de los otros poderes, a quienes está llamado a someter en cuanto se aparten de la Constitución y de la ley". Este principio se distingue en Francia del de la

"neutralidad", que es la no intervención de manera activa en la marcha del proceso. Al culminar el capítulo se indica que "los jueces, los abogados y las partes son la expresión viviente y resultado de la conducta humana y del desprecio del hombre hacia sus semejantes y el Estado, y de éste hacia los individuos, porque aun reinando incertidumbre, cabe la reflexión acerca de la conducta a observar, sin necesidad de tenerse que llegar al extremo de buscar el apoyo jurisdiccional". Por nuestra

parte creemos que ello no siempre es posible, ni siempre es así.

Cierran el libro "apreciaciones finales" del Autor, donde se hace un poco de filosofía histórica, social y religiosa, saltando de un tema al otro y mostrando algo de la naturaleza humana a través del desenvolvimiento de las ideas y creencias. También se hacen referencias al proceso, repitiendo conceptos ya expuestos. Lo que pueda referirse al "principio de inmaculación", hay que inferirlo... con algún esfuerzo.

Tiempo MEXICALTZY

GUILLENMO L. ALLENDE, *La Posesión*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

Es éste el primer tomo aparecido, de una obra compuesta por cinco, que el Autor, brillante investigador y destacado profesor de Derecho Civil en esta Facultad, así como también en la de Ciencias Económicas y en la de Derecho de La Plata, habrá de publicar en breve lapsos, abarcando, en sus aspectos fundamentales, todo el campo de los derechos reales.

Constituye "La Posesión" un enfoque amplio y novedoso de esta controvertida institución, un estudio meditado y bien informado que puede considerarse, indudablemente, como un notable aporte a la tan escasa bibliografía nacional sobre esta materia.

El Autor divide la obra en 4 Títulos, y éstos a su vez en capítulos. En el Título I, al tratar sobre los elementos de la posesión, realiza una apreciable labor de esclarecimiento (que adelantara ya desde la cátedra), al precisar, con sólidos

fundamentos, el verdadero concepto de Savigny acerca del "animus domini", descartando la errónea interpretación de Ihering y diluyendo así las injustificadas críticas que éste y la doctrina que lo siguió, lanzaron contra la posición sostenida por el gran maestro alemán; posición ésta que fue también la de Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil (art. 2375), lo que confiere a la cuestión, para nosotros, evidente relevancia.

El Título II se refiere a la acción de despojo. De ella realiza el Autor un profundo análisis, a través de los antecedentes que él llama mediatos (derecho romano y defensas posesorias en la Edad Media) e inmediatos (derecho francés y sus comentaristas, el Esbozo de Freitas y el Código de Chile), deteniéndose mientras tanto a destacar la naturaleza de la misma, a la que considera de carácter netamente provisional. Afirma al respecto: "Es

una acción posesoria de carácter esencialmente provisional cuya finalidad no es otra que poner fin a un estado de hecho violento, debido a que el inmueble se sustrajo del poder de una persona contra su voluntad". Siempre dentro de este planteo, Allende, sin dejar de reconocer que nuestra acción de despojo tiene su fuente en Freitas, hace notar las diferencias que presenta, en su naturaleza jurídica, con la del ilustre jurista brasileño; mientras que éste, no exigiendo el requisito de anualidad, defiende una sola institución jurídica: la posesión. Vélez, que se inspirara también en el derecho medieval (y no sólo en el derecho romano clásico, como Freitas), mira a la protección de dos situaciones jurídicas distintas: la posesión y la posesión anual. De ahí que, concluye el Autor, para la posesión: la acción de despojo; para la posesión anual, institución de rango superior, otra acción distinta: la de recuperación. Finalizando esta parte del libro, el Autor determina los requisitos de la acción de despojo: a) posesión (aquí aprovecha para diferenciar los conceptos de posesión y de tenencia, de posesión viciosa y de tenencia, etc.) y b) despojo (se inclina decididamente a la noción amplia de despojo, equivalente a posesión viciosa, es decir, comprensiva tanto de la violencia como de la clandestinidad y el abuso de confianza).

En el capítulo I del Título III el Autor traza un extenso panorama de tres aspectos fundamentales de esta materia, a través de la moderna legislación civil: el objeto de los derechos reales, el concepto de posesión y los servidores de la

posesión (al tratar los dos últimos hace lo propio con las defensas posesorias). Toma por base, para ello, al Código alemán, dedicándose también a otros de similar inspiración y contextura: el suizo, brasileño y peruano; luego, separadamente, se refiere al Código Civil italiano. Mediante una detallada exposición, Allende demuestra que todos ellos han adoptado el mismo principio que nuestro Codificador, siguiendo al gran Freitas, es decir ya en el siglo pasado: el objeto de los derechos reales sólo puede ser una cosa corporal; también señala que estos códigos, en materia posesoria, no se apartaron, aun contra su propia voluntad, de la teoría de Savigny, siendo su única alteración de importancia, la de acordar defensas posesorias al tenedor. Finalmente, en el capítulo II, el Autor pasa revista, con igual método, al Anteproyecto de Bibiloni y al Proyecto de la Comisión Reformadora de 1938.

En la última parte del libro, denominada "El Código Civil frente a las modernas concepciones modernas", Allende reitera y resume diversas conceptos y afirmaciones contenidas en los Títulos anteriores, encarando asimismo un breve estudio comparativo entre el Código Civil argentino y los códigos modernos anteriormente mencionados; termina refiriéndose a la función que los códigos de procedimientos de nuestro país cumplen y deben cumplir (y en qué medida lo hacen) como intérpretes del Código Civil en cuanto a las acciones posesorias, y proponiendo bases para una legislación procesal de la materia.

Bastante cuidada la edición de Abeledo-Perrot, cabe sin embargo lamentar que la buena metodolo-

gía de la obra haya sido completamente desvirtuada en el índice.

PAULO A. HOEVERA

Saúl ALIASSON TAMONA, *Facundo*: prólogo de H. J. S. y epílogo de Santiago Montserrat; cuaderno N° 10 del Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA).

DEODORO ROCA, *Ciudades, Muestras y Universidades*: prólogo de H. J. S. y epílogo de Rafael Alberti; cuaderno N° 11 del Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA).

Córdoba fue, hacia 1918, escenario de sucesos aparentemente milagrosos, pero en realidad ordenados por un riguroso proceso dialéctico. Aldehuasa perdida en el corazón del país, vio nacer entre el misonetismo más cansino, entre la burocracia más togada y blasonada, una pléyade de hombres nuevos, llenos de talento y de noble capacidad de acción. Dos abogados jóvenes, Deodoro Roca y Saúl Taborda, fueron los supremos caudillos de esa cruzada, la *Reforma Universitaria*; y estos hombres, discutidos y admirados, describieron desde entonces una trayectoria similar: tras surgir juntos a la vida pública, llenaron un período de la historia de Córdoba y murieron simultáneamente. Antes de ellos —como afirmara Orfila Reynal—, nada se había hecho, y tampoco luego aparecieron epígonos equivalentes.

Hoy sus nombres parecen un tanto desdibujados en injusta penumbra, porque están excluidos del mundo oficial, del nomenclador oficial, de la ignorancia oficial. Y es como reacción ante ese olvido que el Centro de Derecho y Ciencias Sociales hubo de publicar, uno tras otro, los dos volúmenes del acápite, es decir, dos antologías de trabajos dispersos y al presente casi inhallables.

Sabido es que Roca, espíritu des- preocupado y travieso, nunca resolvió enfrentar la tarea continuada y exigente de un libro. Se daba íntegro en el diálogo, en la tertulia; "todo cuanto meditaba y comunicaba por la palabra hablada pudo hallar la forma ordenada y sistemática del libro. Lo sabía muy bien. Pero cuando alguien se lo advirtió o reclamó, halló democreas razones para soslayar el tema... Quizá esto entraba en su juego de hurtarse a la quietud y a las formas fijas".

Sin embargo —y pese a tan exacta afirmación de Adolfo Montenegro—, Deodoro Roca ha dejado no uno, sino varios libros, pues hasta exhumar y ordenar a la ligera el fruto de su vasta actividad periodística, para que aparezca el todo orgánico, arquitecturado correctamente. Cumplica así la aspiración de Nietzsche, quien repudiara al escritor intencional de un libro, prefiriendo a aquel "cuyos pensamientos inadvertidamente lo forman". Y ya el fervor de sus amigos recató dos, con anterioridad al que ahora ofrece el Centro de Derecho, sumaria recopilación de temas universitarios.

Si bien no se incluye el famoso *Manifiesto Liminar de 1918* —pues Deodoro fue su principal autor pero quizá no fue el único—, aparecen

otros de calidad pareja. Por el tono festivo, que burla burlando encierra severas advertencias de mucha actualidad, *Palabras sobre los endemias* es el más auténticamente deodórico, el más acorde con este ingenio espectacular, que se gozaba en la paradoja, en la imagen desconcertante y sorpresiva. A nuestro juicio, Roca es el estilista más brillante que haya escrito en lengua castellana durante el siglo XX. Lo afirmamos, sin exageración alguna. Un estilista nato, improvisado al se quiere, un monotonero, un escritor a la criolla. Como diría Taborda, un escritor facundico. Pero inmenso. Basta confrontar su breve y extraña "autobiografía", que merece toda inmortalidad por la concisión, la frescura y la generosidad conmovedora de su profesión de fe, anotada seguramente cuando ya se sentía herido de muerte.

Deodoro Roca fue un hombre múltiple: político, poeta, pintor, bohemio, universitario y abogado a ratos. Su acción cultural en Córdoba todavía no ha sido agotada en su medida exacta, aunque le vale, en ciertos círculos al menos, un prestigio semilegendario.

De tal prestigio carece injustamente Taborda, talento más profundo, reconcentrado y solitario. Afortunadamente comienza a despertar la intención de su rescate: la Universidad de Córdoba acaba de publicar sus inéditos ensayos paleológicos, y la del Litoral reedita periódicamente una famosa y controvertida conferencia sobre "la crisis espiritual y el ideario argentino", cuyos pasajes medulares también pueden leerse en el trabajo que comentamos. Pero el esqueleto

de éste se halla configurado por los estudios donde Saúl Taborda expuso su tesis comunalista o fecundica. A partir de 1936, Taborda, invocando en su favor las mejores tradiciones ibéricas, y ese espíritu disconformista, autóctono y genial que encarnó en Quiroga, propició desde su precario periódico *Fecundo*, una auténtica reorganización federalista, cuya base descansaría en el municipio, en la institución comunal. Lanzada en época turbulenta e inoportuna, esta tesis le valió agrias críticas y reproches, tanto de amigos como de enemigos, en una gama que incluye desde Doll a Barreiro, desde Puiggró a Alberto Máj Zubiria.

Es que Taborda resultaba sin duda un espíritu contradictorio; apunta Agustí que si bien "sería torpe poner en tela de juicio la calidad de Taborda como hombre apegado a los problemas filosóficos de nuestro tiempo, que padecía carnalmente... es curioso que siendo un hombre de izquierda por la hondura militante de sus simpatías, manifestara en filosofía un desapego tan notorio, un desinterés y hasta un desconocimiento constantes de los elementos ideológicos de una filosofía materialista y dialéctica... Ello explica ciertas vecindades peligrosas en el idealismo de Taborda.

Lo incuestionable es que las críticas de Taborda a nuestra estructura política, al sistema de partidos, al régimen parlamentario, al... Congreso Eucarístico de Córdoba (1935), no han perdido sino acentuado su validez. La intención del volumen es, y lo decimos en el prólogo, incitar a la discusión y revalorización de este personaje, de quien se afirma que fue mucho más

avanzado y coherente en su acción cívica y pedagógica (dirigió el Colegio Nacional de La Plata y la Escuela Normal Superior de Córdoba), que en sus mismos escritos.

En cuanto a Deodoro Roca, el prólogo es en este caso bastante anecdótico y superficial, quizá porque en Deodoro la anécdota y la superficie asumen una cabal importancia, y a veces revelan con un detalle la hondura de su genio: ¿no "vistió", acaso, las estatuas de los jardines y calles cordobesas, como protesta contra el retiro, ordenado por las autoridades, de un "desnudo" demasiado provocativo expuesto por Ernesto Farina? Nuestra introducción no intenta sino situar a Roca, mediante una simple cronología, en su tiempo y en su espacio.

Contrariamente, tienen fuerte significado las piezas elegíacas que oficián de epílogos: en un caso, la oración fúnebre de Santiago Montserrat por su maestro Taborda, grávida de presagios cumplidos (era en 1944). En el otro, el poético llanto de Rafael Alberti por la vida "clara y hermosa" de quien fuera su amigo y su huésped: poema

manriqueesco, cuyo classicismo formal está henchido de "vines nuevas".

E insistimos, terminando. Con esta nota, vagamente autocrítica, de LECCIONES Y ENsayos, sólo nos proponemos reforzar nuestra intención primera: por encima de la poca o nula trascendencia de un prólogo, del mucho o poco acierto en la selección, lo imprescindible es que la juventud conozca y hasta se apasione por estos dos hombres, cuya dimensión ya muy pocos argentinos alcanzan; que inclusive distinga, dentro de su paralelismo, los méritos diversos y propios. Taborda —robusto, calvo, el rostro viático y animado—, es el filósofo de hondura, el hombre mercedo por la problemática de su tiempo, de nuestro tiempo. En Deodoro, apolíneo y elástico, cuestan la belleza formal, la independencia de criterio, la formidable aptitud poética (¡díjalo Lugones!), la audacia y el coraje cívico. Dos personalidades que se corresponden y completan; como alguien dijo: "Séneca y el Cid Campeador".

Horacio J. Sansonetti

MARIO A. GONZALEZ, *Lecciones de Derecho Procesal* (Tomo I - Parte General). Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958/59.

Con la aparición de la *Entrega Segunda* queda completado el Tomo I de la Parte General de esta obra, destinada, como su nombre mismo lo indica y el Autor en el prólogo lo manifiesta, a los alumnos, facilitando su iniciación en el estudio del Derecho Procesal. Realizada en base a las clases que el Autor, profesor titular de la materia en esta Facultad, dictara du-

rante los cursos de 1957 y 1958, y redactada en un lenguaje claro, sencillo y ameno, viene a llenar un visible claro y a cumplir una función de indudable importancia en la literatura procesalista del país.

A través de los cinco capítulos en que divide este Tomo I: El derecho procesal, las normas procesales, la jurisdicción, la compe-

tencia y la acción, el Autor construye una verdadera teoría general del Derecho Procesal, destacando su unidad y extrayendo los caracteres comunes de los distintos grupos de normas procesales, sin caer en el error bastante común, aún hoy, en esta materia, de apoyar en demasía la Parte General sobre el proceso criminal o el proceso civil, generalmente este último.

Comienza Oderigo señalando el carácter y la función del derecho material —conjunto de normas distributivas y asegurativas, como él las llama— para llegar, mediante la diferenciación entre éste y las normas que regulan la forma en que debe procederse para que el juez adquiera el conocimiento necesario para pronunciarse en cada caso concreto, a precisar el concepto del derecho procesal; menciona luego el contenido de éste, para pasar de inmediato a analizar sus características: publicismo, instrumentalidad, autonomía y unidad. Sin dejar de referirse a las relaciones del derecho procesal con otras disciplinas, tanto jurídicas como no jurídicas, el Autor presta gran atención al estudio de las fuentes. Partiendo de la base de considerar fuentes del derecho procesal todos los hechos humanos de los cuales surgen normas procesales, "todos los hechos humanos que manifiesten caracteres por los cuales se pueda llegar a la realización del proceso o de actos procesales particulares", y de que esos hechos han ido ocurriendo a través del tiempo, perdurando en algunos casos sus efectos, destaca la existencia de una historia procesal y una actualidad procesal; asimismo, como esos hechos han ocurrido en el espacio,

hay una geografía procesal (el llamado derecho procesal comparado). Dentro de este esquema, el Autor pasa revista a los antiguos derechos griego, romano, germánico, hispánico, al derecho continental de la Edad Moderna, al del Liberalismo, al napoleónico, al colonial hispano-americano y al patrio, para hacer después lo propio, sintéticamente, con la actual legislación procesal de los principales países europeos y de los Estados Unidos. Finalmente, con el título de "Actualidad procesal local", el Autor examina el contenido —procesal— del ordenamiento jurídico argentino, tanto nacional como provincial, para concluir presentando las fuentes de normas no obligatorias: la práctica judicial y la teoría.

En el capítulo II el Autor se refiere a las normas procesales, reemplazando el clásico cuadro de interpretación, aplicación e integración de la ley, por el de conocimiento y funcionamiento de las mismas. A este respecto sostiene que, al haber ampliado el tema en estudio, extendiéndolo a todas las normas procesales (y no sólo a la ley procesal) no puede hablarse de integración del ordenamiento jurídico, pues éste no es lacunario, sino compacto y cerrado. Y, dentro de este planteamiento, Oderigo prefiere hablar del conocimiento y del funcionamiento de las normas procesales, porque "la interpretación no es más que la forma de obtener su conocimiento acabada, y la aplicación no es sino la manera de hacerlas funcionar".

En el capítulo III, luego de precisar la noción de jurisdicción y de diferenciarla de la de administración, expone las distintas clasifi-

ficciones de aquélla, para detenerse a continuación en el análisis de los elementos de la misma: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio* y destacar, por último, las garantías que rodean la función jurisdiccional: la idoneidad del juez y la imparcialidad del juicio.

El importante tema de la competencia, como ámbito o medida del ejercicio de la jurisdicción, constituye el contenido del capítulo iv. En él el Autor menciona los diversos criterios de distribución de la competencia (por razón del lugar, de la materia, del grado, de la persona, del turno); traza después un panorama bastante completo de la organización judicial de la Nación y de las provincias, para enseguida analizar la competencia general de la justicia nacional y la competencia particular de los jueces nacionales. Esta última parte del libro, por su rigurosa actualización (se halla al día con el decreto-ley 1285/56, leyes 14.458, 14.753, etc.) puede ser de utilidad para consulta general.

El quinto y último capítulo es, quizás, el de mayor importancia y complejidad: trata de la acción. Mediante una somera pero explícita visión de la evolución histórica de la institución, sistematizada a través de las doctrinas clá-

sica y moderna (más exacto es —dice el Autor— denominarlas doctrina civilista y procesalista, respectivamente), el Autor formula y concreta la fundamental distinción, lamentablemente por muchos olvidada, entre acción material ("el derecho que nace de la existencia de un derecho subjetivo y de su violación por obra de otra persona", definición de Savigny que resulta perfecta para este concepto) y acción procesal (derecho, facultad o potestad que se tiene frente al Estado para obtener actividad jurisdiccional, "derecho al proceso"). Entrando al estudio de esta última, Odegaro considera su clasificación y elementos, para concluir analizando, en particular, la acción procesal penal y la acción procesal civil.

Dentro de lo que esta obra pretende constituir: un manual para los estudiantes de derecho procesal, creemos que cumple acabadamente con su finalidad. Interesantes las notas (en una de ellas se transcribe, íntegramente, la versión de Shakespeare de los discursos de Marco Junio Bruto y Marco Antonio en ocasión del asesinato de César) y excelente la metodología, exenta por completo de errores.

FABIO A. HERRERA

AQUILAS HORACIO GUAGLIANONE, *Sobre los efectos de la partición hereditaria*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

Pocas palabras bastan al Doctor Guaglianone para ubicar plenamente en el tema al lector que comienza a recorrer las páginas de su trabajo. Veamos cómo lo hace: "Se ha realizado una partición hereditaria y los copartícipes han re-

tróide sus respectivas hijuelas. Acudieron a una cita, respondiendo al llamado expreso o presunto de otra persona que ha fallecido, y ahora, levantadas sus beneficias se retiran del lugar de la reunión. ¿Qué principios, qué normas regl-

són en adelante los derechos de cada cual sobre los bienes recibidos y las relaciones jurídicas de los adjudicatarios entre sí".

De modo inasible, merced al párrafo transcrito, hemos abandonado momentáneamente los problemas que un minuto antes absorbían nuestra atención y ahora estamos prontos para conocer la opinión del Autor sobre los espinosos problemas de los efectos de la partición hereditaria.

El primer tópico con que nos enfrentamos es el efecto declarativo de la partición, que expresamente consagra el art. 3503 de nuestro Código Civil. Después de preguntarse si existe razón alguna suficientemente valedera como para establecer esa ficción y de responder negativamente su pregunta (advertiendo contradicciones entre los arts. 3417, 3504 y el citado 3503), concluye afirmando que "el efecto declarativo no resuelve dificultades, sino estas bien las crea". Como corroborante de su aserto cita la opinión de Machado de que el principio de la declaratividad de la partición choca con la responsabilidad que por evicción se impone a los coherederos. Se extraña de que algunos autores (como Fornieles y Borda) sostengan el principio ante el repudio casi unánime de la doctrina y recuerda las disposiciones pertinentes del Anteproyecto de Bibiloni y del Proyecto de 1936 que eliminaron el carácter declarativo de la partición.

Avanza luego el Dr. Guaglianone en el análisis del Código y examinando la disposición contenida en el art. 3504 (concordante con el art. 3678 y el 3133) afirma que aquél artículo es de "aplicación im-

posible" ya que según él, a ello se opone la organización actual del sistema inmobiliario y por lo tanto ningún escribano podría legalmente autorizar una hipoteca de ese tipo. Creemos que ésta es una conclusión errónea a que llega el autor comentado, como consecuencia de una interpretación exageradamente literal del art. en cuestión. Nadie desconoce que ningún acreedor se arriesgaría a constituir una hipoteca eventual ante la incierta garantía que comporta, pero de aquí no cabe concluir como lo hace el A. que este art. 3504 difiera del 3678 en que aquél se refiere a la hipoteca de todo el inmueble, mientras que este último sólo a la parte indivisa del condómino. Tanto en uno como en otro caso, es el mismo el supuesto contemplado e idéntica por lo mismo la solución (Borda, Fornieles, Lafaille).

Entramos luego, llevados por la amena pluma del autor, a examinar la garantía que se debe entre sí los copartícipes como consecuencia del acto particionario. En primer término la garantía de evicción y las numerosas dificultades que presenta, que tan frecuentemente obligan al autor a una remisión y análisis de los principios generales contenidos en materia de contratos. Destaca así el apartamiento de Vélez en el art. 3513 del principio inserto en el art. 2108; analiza los conceptos de turbación de derecho y de hecho, advierte la necesidad de que la causa de la evicción sea de época anterior para que proceda la garantía y al referirse a la extensión de la misma, comenta el art. 3506 y afirma que así como cuando no media evicción "un heredero no puede exigir de los de-



más el valor de depreciación de su lote proveniente del incendio sufrido de la casa allí edificada... Después puede pretender reflejar sobre sus coherederos el daño que, por similares motivos, sufrió en su lote al tiempo de la evicción pero con independencia de ella". Su interpretación es tal vez más equitativa, pero choca con el texto expreso del art. 3506 cuando establece que la garantía es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción, ya que según Guaglianone había que distinguir si el lote valía más o menos que en el momento de la adjudicación.

Muy interesante resulta su opinión, cuando haciendo referencia a la opción que el art. 3506 concede a los coherederos de indemnizar o de exigir nueva partición, se pregunta si es necesaria la unanimidad o basta la simple mayoría para tomar esa decisión. A través de varios ejemplos demuestra la injusticia de cualquiera de estas soluciones y concluye afirmando que dado que la ley no "impone que el problema sea resuelto mediante una fórmula única que alcance a todos los comuneros... cada copartícipe podrá elegir entre la indemnización directa y la nueva partición ficticia y, en consecuencia, hacer efectiva de uno u otro modo la garantía a que está legalmente obligado". Creemos que es una buena solución y que es perfectamente viable en nuestro derecho.

A continuación se refiere a la garantía por vicios redhibitorios, a la cesación de la garantía y a la prescripción de la acción correspondiente.

Concluye su trabajo examinando el campo de aplicación del régimen

en estudio y en especial las dificultades que plantean las particiones parciales, para afirmar que la separación de algunos bienes particulares para proceder a la partición parcial hacen nacer un condominio o derecho de copropiedad entre los coherederos. Agrega que los efectos de dicha partición no serán los de la hereditaria, sino los de la partición del condominio; y aunque ese efecto sea también declarativo, "la retroactividad no se extendería aparentemente sobre el mismo lapso que en la hipótesis de partición hereditaria total, porque remanentiéndose a la constitución del condominio, y naciendo éste en el momento de la extracción (de los bienes singulares a partes)" para disolverse inmediatamente con las adjudicaciones individuales, en la práctica el efecto no sería retroactivo, sino translativo". No se ve en realidad, por qué Guaglianone piensa que la separación de algunos bienes en particular para dividirlos hace nacer un condominio; no creemos que así ocurra; estos bienes constituirán la masa hereditaria hasta el momento de la partición sin que entre ambos se interponga un condominio ficticio que no se alcanza a justificar.

Damos vuelta la última página del libro y mientras descuidadamente ojeamos el índice, tenemos la impresión de haber leído un trabajo interesante, pleno de ideas originales, que aun cuando no sean siempre compartidas, evidencian erudición en el A. y nos dejan la seguridad de haber conocido una obra escrita con un estilo claro y ameno, que hace en sumo grado agradable su lectura.

CARLOS A. R. LACOMANSINO.



Entre los diversos problemas que plantea el estudio de la sociedad conyugal en nuestra legislación, se encuentra el relativo a cuál de los regímenes conocidos en doctrina pertenece el estatuido por Vélez Sarsfield, y tiene fundamental importancia en la dilucidación del mismo, determinar el alcance de los artículos 1234 y 1271 del Cód. Civil, en cuanto a los medios de prueba necesarios para establecer la condición de propios o gananciales de los bienes muebles existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

El Dr. Fassi, profesor de Derecho Civil en la Universidad de La Plata, trata profundamente el tema, estudiando los sistemas establecidos en la legislación comparada, las opiniones de nuestros autores, los fallos de nuestros tribunales, poniendo de manifiesto la vulnerabilidad de las argumentaciones de los que sostienen la tesis contrari a la suya y llegando a una conclusión que por nuestra parte compartimos.

Después de sostener que la sociedad conyugal en nuestra legislación es un régimen comunitario, dice que se pueden distinguir tres especies dentro de los regímenes de esta naturaleza: 1º) La comunidad universal; 2º) La comunidad de muebles y ganancias; y 3º) La comunidad de adquisiciones o ganancias.

Estudia a continuación las disposiciones del Código Civil Francés, del Proyecto de Guyena, del Código de Chile y del Código Civil uruguayo, y al iniciar el análisis de nuestro Código alenta el principio de

que el mismo establece una comunidad de ganancias o adquisiciones y parcial de muebles, fundándose en el art. 1234 que considera decisivo para tipificar nuestra sociedad conyugal. Dice el A.: "La comunidad aparece como de ganancias y sólo parcial de muebles ya que incluye a los existentes y los especificados en un contrato matrimonial, al tiempo de celebrarse el matrimonio, y no comprende, como en Francia, a los que se reciben posteriormente, por herencia, legado o donación". Resulta, pues, que al bien nuestro Código presenta cierta originalidad, adopta un tipo de comunidad que encuadra dentro de la clásica clasificación antes citada.

Para aclarar el problema planteado en la doctrina y en la jurisprudencia de sí el art. 1234 C. C. exige la prueba escrita para demostrar el carácter de propios de los bienes muebles llevados al matrimonio, o si por el contrario, debe aplicarse el art. 1271, que admite cualquier clase de prueba, el Dr. Fassi transcribe la opinión de los autores que han escrito sobre el tema, como así también las palabras vertidas por prestigiosos magistrados en ocasión de pleitos suscitados sobre la materia, tanto en los tribunales de la Capital como de la Provincia de Buenos Aires.

Destaca que la jurisprudencia civil de la Capital se ha uniformado en el sentido de que el art. 1234 del Cód. Civil, sólo contiene una presunción que admite prueba en contrario, pudiéndose emplear cualquier medio de prueba, en virtud de lo que establece el art. 1271 C.C.

y que la tesis contrario —por él sostenida— se ha impuesto en la Provincia de Buenos Aires.

Refuta metódicamente las opiniones adversas a su posición y llega, entre otras, a las siguientes conclusiones: 1º) El art. 1234 consagra el régimen adoptado. Debe correlacionarse con el art. 1233, ya que la escritura pública o la privada del art. 1234, no son otra cosa que la convención matrimonial en las dos formas previstas por el art. 1233; 2º) Si las partes hubiesen querido conservar como propios los bienes muebles llevados al matrimonio, debieron exteriorizarlo mediante la respectiva convención matrimonial; 3º) La comunidad no comprende los bienes muebles que durante el matrimonio adquieren marido o mujer, por herencia, legado o donación, siempre que haya prueba por escrito sobre una de dichas causas de adquisición; 4º) El art. 1271 C.C. establece el principio general de que todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, existentes a la disolución de la sociedad conyugal son gananciales, salvo prueba en contrario. El medio probatorio adecuado, en cuanto a los bienes muebles, lo señala el art. 1234: la convención matrimonial para los bienes aportados al matrimonio y la prueba escrita pa-

ra los llevados durante el matrimonio; y 5º) Si bien no existe entre nosotros la costumbre de hacer convenciones matrimoniales, no puede invocarse esta circunstancia para desconocer expresas disposiciones legales, ya que la costumbre no deroga la ley (art. 17 C.C.).

Como lo anticipamos anteriormente, compartimos sin reservas las conclusiones a que llega el A. en este excelente trabajo. Consideramos que si bien el jurista puede postular una posición doctrinaria que esté más de acuerdo con nuestras costumbres.—sobre todo en Derecho de Familia, una de cuyas características es el sujetarse a la idiosincrasia de cada pueblo (Díaz de Gujarró, E., *Tratado de Derecho de Familia*, T. I, pág. 288, nº 179)— y en miras también de una futura reforma legislativa, no puede, en cambio, desconocer el texto de la ley vigente, que es lo que ocurre con los autores que defienden una posición contraria a la tesis sustentada por el Dr. Fassl en el trabajo objeto de esta nota. Sin perjuicio, claro está, de interpretar la normas que están en vigor a la luz de las modernas teorías, cuando para ello no es necesario forzar los textos legales.

ERNESTO E. FREEMAN

ENRIQUE R. APTALDÍN, *Derecho Penal* Buenos Aires, 1929.

Las publicaciones anteriores del A. y la reciente creación del fuero penal económico, ponen de actualidad la obra que acaba de publicarse bajo el sello editorial de Abeledo-Perrot.

Relacionar problemas criminales

Económico. Abeledo-Perrot, Buenos

tas con económicos parece, a primera vista, pretender algo inconciliable, pero el A. ha fundado su pensamiento en lo que la realidad muestra en todos los países del mundo que, con diversidad de modalidades, existen normas que in-

criminan determinadas conductas económicas de sujetos privados cuando enfrentan o infringen las conductas establecidas como deseables por los órganos del Estado.

Si la intrusión de la norma jurídica es o no necesaria, conveniente o justa en el quehacer económico y si el Estado debe dirigir o planificar la vida económica del país, no es el tema de la obra que comentamos.

Los problemas fundamentales que se plantea el A. son: la existencia y delimitación de un "derecho económico" y de un "derecho penal económico" en su conexión con el derecho penal clásico; cómo la regulación estatal coloca en posición de ilicitud una serie de actividades que las valoraciones colectivas no alcanzan generalmente a enjuiciar como reprochables. Admite el A. que ese derecho se ha venido configurando a través de normas legislativas de "carácter asistemático, acientífico y pragmático" que, con fundamentos de ocasionalidad, emergencia y vigencia limitada ha perdurado a pesar de las críticas por una parte y del silencio de buena parte de la doctrina.

Sostiene el A. que el tema debe ubicarse en la esfera del derecho penal especial y considera peligroso todo intento de propiciar su autonomía.

Las materias o hechos económicos que las legislaciones han constituido en sancionables, son: los precios; el racionamiento; el abastecimiento y la comercialización; la importación y la exportación; el establecimiento de nuevas empresas; los créditos bancarios; los transportes y los contratos colectivos de trabajo. El legislador no ha

podido ocultar las dificultades experimentadas en su tarea para crear normas tutelares o para lograr determinadas conductas económicas y así lo evidencian las varias modalidades de las sanciones. La exageración, el rigor y sus aplicaciones accesorias o complementarias son prueba de esa impotencia legiferante que el A. enuncia en las siguientes:

- a) Incautación de bienes: para impedir la prosecución de la actividad ilícita;
- b) Publicación de la sentencia: para lograr efectos intimidatorios;
- c) Expulsión de extranjeros: como medida accesorias;
- d) Incautación de beneficios ilegales: como medida complementaria de la multa y de la incautación;
- e) Cierre de empresas o intervención: la primera para impedir los hechos ilícitos, la segunda para prevenir;
- f) Interdicción del ejercicio de la profesión: por eliminación de inscripciones o suspensión de licencias.

Dicha diversidad de tipos de sanciones resultan de la legislación comparada que el A. analiza.

Efectuado el esquema de los hechos económicos incriminados y las sanciones previstas por el legislador, quedan muchos importantes temas propio del derecho penal económico y otros que se derivan del derecho penal. Entre ellos: organismos de prevención, instrucción y juzgamiento; aplicación de sanciones a las personas colectivas, vigencia o derogación del aforismo *error juris nocet*; retroactividad de la ley más benigna; problemas de

competencia legislativa etc. Entre los delitos económicos que expresamente trata en capítulos especiales pueden mencionarse: agio, control de cambios e incriminación de la usura.

Los problemas creados en nuestro país, con motivo de las diversas leyes, hoy sin vigencia, denominadas de agio y especulación, son tratadas con criterio crítico por el A. en los capítulos que llevan por título *Agio y Leyes Penales en Blanco* y *El empresario* este las leyes de agio y las Comisiones parlamentarias de investigación. Ambos capítulos tratan con severidad y rigor los múltiples aspectos del problema del agio que tanto discrecionalismo y arbitrariedad puso en evidencia la autoridad administrativa y las medidas adoptadas con efecto ejecutivo por la Comisión investigadora parlamentaria.

Después de su crítica, el A. dice que si bien lo deseable sería prescindir de toda regulación, considera que ciertas interferencias en la oferta y la demanda crean situaciones anormales que tornan ilusoria la libre competencia. Mientras no se manifiesta la abundancia de producción y no se llegue a satisfacer la demanda es corriente que exista especulación y acaparamiento, anomalías que el Estado debe tratar de neutralizar poniendo en ejercicio sus poderes de policía. Trae el ejemplo de varios países europeos de indiscutible posición liberal y que, no han dejado de intervenir en materia económica, ni de reprimir las infracciones cuando las circunstancias críticas imponían una regulación.

Inspirado en casos antecedentes presenta un Anteproyecto de ley de agio y abastecimiento que ha sido redactado teniendo en cuenta la existencia de organismos administrativos actualmente disueltos, y leyes cuyos plazos de vigencia se han cumplido. Con todo, el Anteproyecto tiene un valor de crítica y constituye un importante aporte doctrinario.

En el Apéndice de la obra que comentamos, se agregan diversos trabajos cuyos temas constituyen materia de gran especialidad. Trata el A. por ejemplo, *Sobre Reformas en lo Procesal Penal* precipitando la oralidad; agrega un estudio titulado *Manifestaciones predominantes de criminalidad en Argentina* con valiosa información estadística hasta el año 1953; estudia la Ley 12.331 bajo el título *Prostitución y trata de mujeres en la Argentina* y, por último, figura un estudio sociológico-jurídico sobre *Aspectos criminológicos y legales de la crisis de la vivienda* que comprende un enfoque ético, político, económico y criminológico presentando varios ejemplos que demuestran las variadas derivaciones penales y judiciales (lesiones, daños, injurias, hurtos, rebos, etc.) producidos por pretendidos desalojos o presuntos locatarios con derechos adquiridos y que son motivados por la crisis de la vivienda y por la legislación de emergencia que no logra satisfacer las necesidades y conveniencias de propietarios e inquilinos. El A. agrega a este último problema su opinión sobre la política a desarrollar en materia de vivienda.

Maso R. MIZRAJ

SISTEBO RADACELLI: "Los virreyes del Plata", Editorial Perrot, Nuevo Mundo, Buenos Aires, 1938.



Podemos decir con seguridad que hacía falta en la historiografía argentina y americana una obra como la que aquí reseñaremos.

El Dr. Radacelli, profesor de nuestra casa, presenta un libro que por su originalidad, esmero y corrección merece elogios.

En 1778, Don Carlos III rey de España, tomó una medida de gran alcance: el 19 de agosto creó un virreinato en el Río de la Plata, a fin de poner coto a los abusos de los portugueses y para la mejor administración de esas tierras.

En 1777 a bordo del navío "Poderoso" llegó Pedro de Cevallos, primer titular del arribetecido cargo de virrey. Es entonces cuando comenzó la sucesión de los once virreyes hasta Baltasar Hidalgo de Cisneros, el último de ellos. Cada uno con una característica especial y de personalidades bien distintas, supieron sin embargo gobernar durante treinta y tres años estos vastos territorios —hay el antiguo virreinato comprende cuatro países: Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay además de una porción del Brasil— de la manera que consideraban más conveniente a los intereses de la Corona y forman parte de "el período de más profundo desarrollo del Río de la Plata.

La trayectoria y actividades durante sus gobiernos como así también la biografía de ellos en particular y en cronológico orden, es el tema principal de este libro.

El desarrollar la vida y obra de todos los virreyes no es tarea fácil; primero: por la falta de datos, razón por la cual el A. tuvo que consultar archivos de España y América; segundo: por no caer en la monotonía del relato, tan propensa en este tipo de trabajos, superando esto el Dr. Radacelli demuestra poseer un gran conocimiento de nuestra lengua.

El libro editado con un cuidado elogiable por la Ed. Perrot, está completado con retratos y escudos de armas de los virreyes, algunos son verdaderos hallazgos, como el de Nicolás Arredondo, facilitado al A. por los descendientes del real funcionario.

Sabemos que esta obra es parte de un trabajo más amplio y completo que el Dr. Radacelli preparó durante los años de estudio e investigación que pasó en España; esperamos que se vea pronto editado, pues si es de la misma altura y seriedad —como es presumible— será de consulta indispensable para todo aficionado y estudioso de la historia americana.

MARCO R. DE MARCO NAJOS





ESTE VOLUMEN SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL DÍA 24 DE MAYO DE 1960 EN LOS  
ESTABLECIMIENTOS GRÁFICOS E.S.I.E.,  
CIUDAD DE LOS ANGELES - DOWNTOWN AREA.