

lecciones Y ENSAYOS

26

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1964

FE DE ERRATAS

DONDE DICE:

DEBE LEERSE

- Pág. 2 — Dr. Alberto G. Padillo Dr. Alberto G. Padilla
" 2 — Dr. Ernesto C. Hermida. Dr. Ernesto C. Hermida
" 2 — Egresados, se omitió incluir a los Consejeros Suplentes: Dr. Andrés A. López Acoto; Dra. Judith Ana Casclini; Dr. Horacio R. Vega y Dr. Felipe S. Dollepiani.

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

Respecto a la publicación de la REVISTA JURÍDICA, LOS BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los miembros de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin resolver una vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesaria que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde administrarse en el sentido jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que se pase por la Facultad con un medio de estudio y recibir calificación, marcado sólo por sus propios problemas.

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

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

LECCIONES Y ENAYOS es manos de los alumnos —estudiantes hoy, de todos los años—, dirigida y escrita en parte por ellos, en la precisa definitiva de nuestra profesión de en la Universidad universitaria argentina.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Rinaldi

VICEDECANO

Dr. Ismael Bauldín (h.)

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linares Quirana, Dr. Julio Dassen,
Dr. Miguel Marinhoff, Dr. Manuel M. Díez, Dr. Alberto G. Padilla,
Dr. Aquiles Horacio Guaglianone, Dr. Federico Videla Escalada

Consejeros suplentes: Dr. Ernesto C. Hermida, Dr. José D. Ray, Dr. Hugo
Camino, Dr. Jorge Tristán Bosch, Dr. Francisco F. Laplana, Dr. Mauricio
A. Ortolangi, Dr. Omar Lima Quirana y Dr. Juan Carlos Luqui

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Enrique Batigalupo, Dr. Marcelo A. Lonada,
Dr. Jorge A. Bacqué, Dr. Antonio Domingo Varela

Estudiantes

Consejeros titulares: Sr. Jorge Horacio Tente, Sr. Hugo Daniel Lapikover,
Sr. Gerardo Raúl Tarazon, Sr. Martín Dedieu

Consejeros suplentes: Sr. David Eidelman, Sr. Juan Mario Gersencobita,
Sr. José Alberto Bellingen, Sras. Alicia Baumgartner

LECCIONES Y ENSAYOS

1964

Nº 26

ESTUDIOS

MARIO J. BENDERSKY: Introducción al estudio de la Piedad Monacal	7
ROSA SIGNORELLI DE MARTI: Misticismo "cum matre" y "sine matre" en la Antigua Roma	51
ATIILIO MOLTENI: La responsabilidad internacional del Estado	43
GUILLERMO J. OUVIRA: La dimensión sociológico-criminal ..	63
GUILLERMO A. LOPEZ: El factor humano en los conflictos laborales	75

ENSAYOS

HECTOR P. ZARATE: La responsabilidad civil y el concepto del acto ilícito	87
JORGE LUIS ORIA: La Ley 14489 y la evolución del régimen ministerial	101
RICARDO R. BALÉSTRA: La cuestión de las jurisdicciones nacional y provincial en la concesión de los servicios públicos	111
JORGE LUIS CAMPOBASSI: Comunidad universal y derecho nacional. Orígenes de la estricta jacobinización	125

TEXTOS

ABUSO DE DERECHO: Nota al artículo 411 del Anteproyecto de Código (Sección 4, Título Iº "Del ejercicio y defensa de los derechos")	133
LEY 16495: ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS RURALES	139
LEY 16492: REFORMA DEL ARTICULO 49 DEL DECRETO-LEY 13.126/57, TEXTO DEFINITIVO DEL ARTICULO 27 DEL DECRETO-LEY 13.126/57 MODIFICADO POR LOS DECRETOS-LEYES 1.142/63, Y 9.852/63	160

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: ENRIQUE FALCON - CARLOS J. LOPEZ CASTRO - JORGE CAMPOBASSI y MARIO R. DE MARCO NAON

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Wiestky

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Director: Ricardo R. Balstra

Subdirector: Martín Luis Erdosain

Secretario de Redacción:

Jorge Luis Orta

Secretarios Adjuntos: Rolando A. Williams y Beatriz A. Azam

Redactores: Elena M. Campanella, Jorge Manuel Roimiser, Lilia Germano
Bregliano, Martín Recondo, Pedro Pereira Carradas, Jorge Luis Campobasso,
Guillermo P. Martín

Secretario Coordinador: Mario R. De María Nade

ESTUDIOS

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL (*)

Por DR. MARIO J. BENDERSKY

*Profesor de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Económicas
y adscripto a la cátedra de Derecho Civil IVP de la Facultad de Derecho
y Ciencias y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.*

— 1964 —

SUMARIO

- I: NOCIÓN.
- II: TERMINOLOGÍA.
- III: BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
- IV: LEGISLACIÓN COMPARADA.
- V: IMPORTANCIA DEL INSTITUTO Y VENTAJAS QUE REPORTA.
- VI: NATURALEZA JURÍDICA.
- VII: LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. LA LEY 13312. FUENTES-NORMAS QUE DEROGA.

I: *Noción*

1. — Dentro del título IV del Libro 3º del Código Civil, entre las denominadas "restricciones y límites del dominio", el art. 2617 establece que "el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad".

(*) Responde al punto 1 de la Bófila XI del Programa de Derecho Civil IV Derechos Reales.

Esa prohibición normativa fue consagrada, a pesar que como lo admite Vélez en la nota respectiva, "la mayoría de los códigos extranjeros" autorizaban dicha división, "entrando luego a legislar sobre las escaleras o pasadizos de las diversas partes del edificio".

A juzgar por lo que allí se lee, las razones determinantes del criterio seguido, concentrándose en el supuesto que "la división horizontal, dando a uno los bajos y a otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos del edificio", y "en tales casos, la propiedad de que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas".

2. — Entre otros, el mismo propósito de evitar "continuos y difíciles pleitos", había explicado ya en la nota al art. 2503 la supresión del derecho enfiteusico. Pero con la diferencia, que en ese supuesto, la misma prohibición se consagraba "en casi todos los códigos modernos".

Es decir, que los antecedentes y la experiencia prevalentes del derecho comparado, se receptaban por el codificador en el caso de la enfiteusis. En cambio, no acontecía lo mismo con respecto a la división horizontal de los inmuebles¹.

Sobre la base del criterio seguido por el codificador en varios aspectos de la organización normativa de los derechos reales, como por ejemplo atribuir a la tradición idoneidad como medio de publicidad de la transmisión y adquisición de aquéllas, y limitar la publicidad registral a la hipoteca, porque "en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar" registros del dominio y construir el catastro de las propiedades"², es razonable atribuir el criterio prohibitivo del art. 2617, a tres tipos de consideraciones esenciales:

a) La extensión y configuración del país en la época de la sanción del Código, con una economía preponderantemente agropecuaria, hacía innecesario contemplar una concentración edilicia urbana expandida en altura, pues no se advertía pudieran agotarse o restringirse a corto plazo las facilidades o posibilidades de hacerlo con los métodos y sistemas tradicionales.

b) La propiedad dividida horizontalmente, al imponer una convivencia obligada a los respectivos titulares, hacía renacer la "fobia latina" hacia todo lo que en alguna medida implicase un señorío compartido sobre las cosas; y

¹ Adviértase que en el párrafo octavo del Cód. Civil de la nota al art. 2503, se señala que entre nosotros, la "experiencia ha demostrado que las ideas reformistas no se cultivan ni se mejoran con edificios". Si esta última es una preocupación legítima, la norma del art. 2617, demostrará por sí misma, que no contribuye a resolverla satisfactoriamente.

² Nota al art. 2503 del Cód. Civil.

c) Complementariamente a ello, si se entendía que eran menester ciertas condiciones especiales y un determinado grado de cultura general, para que esa convivencia —durable además— no determinara continuos rancores y pleitos, todo indica que Vélez no parecía asignar tales aptitudes a los destinatarios de las normas que sobre el particular consagró. Al menos al tiempo de su tarea codificadora, y en lo que concierne a la incorporación de un novedoso régimen de propiedad.

3. — Esta postura incrédula o adversa hacia un tipo de dominio, en el cual la titularidad de las distintas unidades que integran un inmueble —pisos, departamentos, locales de negocio, etc.— pertenecen separadamente a distintos dueños, reconoce adhesiones de variada índole.

Así en los comentarios al art. 664 del Code Napoléon, que contemplaba el supuesto que "los diferentes pisos de una casa pertenecan a diversos propietarios", LAURENT luego de señalar que "la sociedad moderna se aleja de la comunidad, que dista mucho de ser un ideal", añade que "lo que los hombres buscan y ambicionan, es un pedazo de tierra de la que sean dueños de manejar a su gusto: nos volvemos cada vez más individualistas". Por eso entiende que "la comunidad es una excepción, que será cada vez más rara". Y ello —concluye— es un "motivo para tratar someramente la singularidad jurídica a que alude el art. 664"².

A su vez, MARCADE y MOURLON entre otros, entendían que la hipótesis del referido art. 664, sería "probablemente bastante rara"³, y "no se presentaría sino muy excepcionalmente en la práctica"⁴. DEMOLOMBE referíase a ella, señalando que ofrecía una "mélange muy extraño de muchos derechos de diferentes naturalezas, de propiedades distintas, de medianería y servidumbres recíprocas"⁵.

En este sentido, MAXIMILIANO también recuerda, que "tratadistas de renombre la consideraban una modalidad poco interesante del derecho dominial, destinada a desaparecer, o a perdurar apenas, como una forma inmobiliaria de algunas pocas regiones, peligroso sólo de pleitos"⁶.

² F. LAURENT, "Principes de Droit Civil", 4^o ed. Bruyas 1887, t. VIII, pág. 339.

³ Y. MARCADE, "Explication du Code Napoléon", 6^o ed., Paris 1856, T. II, pág. 356.

⁴ M. F. MOURLON, "Répertoire écrit sur le premier examen de Code Napoléon", 8^o ed., Paris 1859, t. I, pág. 833.

⁵ C. DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon", "Traité des Servitudes ou Services Positifs", 4^o ed., Paris 1867, t. I, pág. 466.

⁶ C. MAXIMILIANO, "Condominio", ed. 1947, pág. 971, 4^o ed., Rio de Janeiro 1956, pág. 93.

Entre los autores nacionales MACHADO al justificar la prohibición de nuestra ley —luego de reconocer que la división de los edificios por pisos "era permitida por la legislación anterior al Código y por muchos otros *moderos*" alegaba que su fundamento radica en que "traen innumerables cuestiones, y paralizan la circulación de la propiedad, que es una de las fuentes de la riqueza nacional, la inmovilizan por decido *añ*, dando a las ciudades un cierto *aire de amigüedad* y privando las transacciones de que dicran ser objeto, perjudicando a la renta y a los mismos dueños"⁹.

LLERENA expresa que "la razón del artículo —refiérase al 2617 del Cód. Civil— está en la nota citada del codificador", y opina que "solo se puede hacer una *división de uso*, como si en una casa de dos pisos uno tomase los altos y otro los bajos, como medio de disputar de la propiedad común"¹⁰.

Para LAFAILLE en la institución del dominio por pisos, "la propiedad quedaría en aquella forma, tan *condicionada y dividida*, que no podría merecer el nombre de tal. Son también notorios —añade— los reparos que ofrece la aplicación de cualquier temperamento tendiente a conciliar, en este caso, los intereses en juego. Han sido señalados en forma unánime y consisten, sobre todo, en los conflictos y choques inevitables, sin que las normas legales y los convenios privados, por previsores que sean, hayan logrado evitar los litigios. A esto se suman las dificultades derivadas de un régimen con *indivisión forzosa* y la posibilidad de que los adquirentes rehúsen a considerarse obligados por estipulaciones anteriores entre sus causantes y las demás partes. No deja tampoco de impresionar que diversos países —después de larga experiencia— hayan modificado su derecho positivo, suprimiendo la "*propiedad horizontal*". Y si esto ha ocurrido en pueblos respetuosos de la ley de la disciplina, —agrega— cabe suponer que los vicios del régimen se harían notar con mayor fuerza en los pueblos nuevos"¹¹.

⁹ J. O. MACHADO, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", Bs. As., 1900, t. VII, pág. 13. Señálase allí además, que en cambio "la razón que parece se tuvo primordialmente en cuenta en las legislaciones de tipo germanico está intrinsecamente ligada en el sistema de publicidad inmobiliaria; parece que no se quiere romper la unidad hipotecaria que el *caso* edificio constituye, y no sólo a los efectos de la responsabilidad, sino para mantener el buen orden en el Registro, no rompiendo la unidad del folio real".

¹⁰ B. LLERENA, "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino", 2^a ed., Bs. As., 1901, t. VII, pág. 423.

¹¹ H. LAFAILLE, "Derecho Civil", ed. 1944, t. IV, "Tratado de los Derechos Reales", see II, pág. 24. Con respecto a la opinión transcrita en el texto, en nuestro trabajo "La Propiedad Horizontal en la experiencia argentina", "La Ley", t. 90, pág. 781, señalamos que en cuanto a la afirmación de que la propiedad horizontal ha sido suprimida del derecho positivo de varios países después de larga experiencia, los dos únicos ejemplos que se citan, Códigos Alemán y Suizo, contrastan entre los pocos cuerpos legales que prohíben la institución. Y en lo que se refiere a la

Hay quienes estimaron que el sistema que nos ocupa "es extraño a las costumbres nacionales", si bien "la complejidad de relaciones que crea la división de las casas por planos horizontales, no debe dar lugar en la práctica a dificultades importantes, si se cuenta con reglamentos bien adaptados a las circunstancias particulares de cada inmueble y de cada grupo de propietarios". Asimismo, que son de escasa importancia las ventajas que se atribuyen a la Propiedad Horizontal y que en caso de ser tales no lo son privativas, sino comunes a otros expedientes, providencias o instituciones. En cualquier caso, estas supuestas ventajas no justifican de ningún modo la reforma del Código"¹¹.

Cabe señalar, además, que el "criterio prohibitivo del art. 2617 del Código Civil, se mantenía en el Ante-proyecto Biliboni (art. 2386, in fine) y en el Proyecto de 1936 (art. 1473). No basta prohibir la propiedad dividida en planos horizontales, se afirma en el primero. Es menester, agrégase "cuidar que no vuelva por otro camino", "por los graves inconvenientes económicos y jurídicos de esas afectaciones". Por eso, se expresa luego, códigos recientes como el alemán y el suizo, que admiten el derecho de superficie", cuidan de prohibir explícitamente

Large experience, consists in several accidents particular of the doctrine medieval and of the legislations of some cities, or of norms caseadas, that lo habían precedido, según los propios términos en que se expresa Lafaille. Por lo tanto, puede inducir a error o confusión, las conclusiones que sobre de la experiencia del sistema se pretoran por el tratado citado, si no se aclara: a) La época muy próxima de la experiencia a que se refiere, ya que el Código Civil Alemán que rige desde el año 1900, es anterior a toda la legislación específica que comienza a elaborarse con la primera guerra mundial de 1914-1919; b) No se puntualiza que los casos citados son, en realidad, los demás ejemplos aplicables, sin perjuicio de ser obviados como tales, a los fines que se los cita. Concretamente con respecto se expone, V. WITTMANER-WITTMAN, "Wohnungsregulierungsgesetz", Berlín 1933, citado por M. BATLLE VÁZQUEZ, "La Propiedad de Casa por pisos", 4ª ed., Alay 1950, pág. 35, quien señala que "hasta en Alemania, típicamente prohibitivo, se afirma en pro vnaq autoridades con las de Knickmann, Mayer y Habeburg, y que en su país, "por Ley del 15 de marzo de 1931, a la que se denominó "Ley de Propiedad de la vivienda" ha regulado la institución en las dos formas de "Wohnungsregulierung" y de "Dauer Wohnrecht". La primera sujeta el "derecho de propiedad separada", y en la institución comparable con la propiedad horizontal que conocemos". En cuanto a Suiza, según lo explicamos más adelante en el tomo, se encuentran reunidos los estudios para considerar la implantación legislativa de la propiedad horizontal.

¹¹ CASCANO, NÉSTOR "División Horizontal de la propiedad edificada" en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., Año III, Nº 13, Oct. Dic. 1948, pág. 949; al analizar la Ley Nº 13512, donde expresa además que ella constituye una creación exclusiva del legislador. Es de hacer notar que luego como magistrado, el autor ha contribuido eficazmente en la elaboración jurisprudencial que con sus excepciones, ha procurado robustecer y afianzar el sistema, logrando los varios legisladores en diversos aspectos; LO VALERO, JOSÉ: "La Propiedad Horizontal y el Urbanismo", ed. Rosario, 1947. El autor concluye que "la resolución de los problemas de la vivienda deben basarse en los principios del urbanismo".

(párrafo 1014 del primer y artículo 673 del párrafo segundo) el derecho de dominio *án a pios separador*"¹².

Por último, debe recordarse que FREITAS en el artículo 4281 de su Esbozo, estableció que "aunque sean enajenables, es también prohibido enajenar inmuebles por partes materiales o ideales que correspondan a cualquier división horizontal de las mismas en su superficie, en su profundidad o en su altura. Cualquier enajenación en este sentido será nula, siempre que no pueda prevalecer como constitución de derecho real en inmueble ajeno, o transmisión de uso o goce sin derecho real". Y en el inciso 3º del subsiguiente artículo 4282, precisó que incurre en la prohibición del anterior... "el que enajenare separadamente los pisos de una casa". Con anterioridad el artículo 3905, inciso 8º, disponía que no son reivindicables "...las partes materiales de inmuebles horizontalmente divididos".

El interrogante que pueden plantear los textos indicados, y el del art. 4274 que determina los supuestos de "enajenación de la cosa", es si la prohibición alcanzaría también a la transmisión "*verbis causa*", debiendo recordarse en ese sentido que nuestro artículo 2617 aclara expresamente que incluye a los "actos de última voluntad".

Con los alcances expresados, no cabe duda sin embargo que el criterio básico de FREITAS en la materia, era decididamente "*prohibicionista*".

4. — Lo acontecido en los últimos cuarenta años en la legislación comparada con respecto a la propiedad horizontal, su aceptación y práctica universal y la experiencia de nuestro propio país, demuestran que todos los recelos y las dudas, por lo demás, propias de toda innovación jurídica, han sido superados del modo más satisfactorio. Incluso, lejos de cumplirse los inconvenientes apuntados, según luego lo destacamos, el instituto tiene gran trascendencia económico-social, reporta diversas ventajas de significación y exterioriza en suma, un sentido progresista y encomiable del dominio inmobiliario.

II. Terminología

5. — Para examinar la denominación que corresponde aplicar al régimen de dominio que nos ocupa, y las controversias que dicha cues-

¹² J. A. BARRON, "Anteproyecto de reformas de Código Civil Argentino", ed. Valerio Abelón, Bs. As., 1936, t. III, pág. 174 y apén. La prohibición ya no se incluye, como en el Código de 1869, en las "*enajenaciones y límites del dominio*", sino que se ubica en el título IV del Libro 3º del Anteproyecto "de la propiedad de las cosas": "Las prohibiciones de bienes raíces... Tampoco pueden *dividirse horizontalmente* entre varios dueños. En cuanto al Proyecto de 1936, no es de extrallear que recoge las ideas que de la institución tomó LAPALLA, uno de los ponentes integrantes de la Comisión encargada. Véase para más detalles del Código Civil, Antecedentes Informe-Proyecto", ed. Kiehl, 1936, t. I, pág. 152 y apén.

sión suscita, el asunto debe ser considerado separadamente en nuestro derecho, y en lo que concierne a la legislación y doctrina de otros países.

Aunque también entre nosotros, se ha objetado con diversos argumentos la terminología *propiedad horizontal*, proponiéndose variadas fórmulas en su remplazo¹³, por nuestra parte reafirmamos la opinión ya expuesta, de que tanto en la nomenclatura jurídica argentina como en la acepción común, ninguna otra designación identifica tanto a la institución que nos ocupa, como la expresada de *propiedad horizontal*. En cuanto al primer aspecto, cabe señalar que en todas las publicaciones jurisprudenciales, los fallos judiciales, trabajos doctrinales, comentarios bibliográficos, etc., sobre el tema, se registran bajo dicho rubro o titulación. En las facultades, al menos las de Buenos Aires, también la enseñanza alude al instituto como *propiedad horizontal*. Del mismo modo puede decirse que en el concepto popular, nadie se refiere ni conoce a este régimen de propiedad, hoy tan difundido entre nosotros, por otro nombre que el mencionado. Por ello, y porque juzgamos además que la exacta configuración jurídica del sistema no dependerá de la designación que de él se haga, propiciamos mantener la de *propiedad horizontal*, que si bien aceptamos puede merecer y ha merecido respetables reproches, no puede acarrear dificultades ni provocar confusión con otras instituciones, y posee a nuestro juicio, la ventaja de identificar de modo inequívoco, en nuestro derecho al menos, todo lo relacionado con el régimen creado por la Ley 13.512¹⁴.

Además de esas consideraciones, no puede dejarse de tener en cuenta que el propio codificador, y en su momento BIBILONI y el Proyecto de Reforma de 1936, enuncian la prohibición del sistema, bajo la fórmula que "el propietario de edificios no puede *dividirlos horizontalmente* entre varios dueños..." concepto que reitera en la nota al respectivo artículo 2617, donde alude expresamente a la "*división horizontal*".

Esta última terminología, ya se ha visto, es también la utilizada por FREITAS, también aquí muy probablemente fuente inconfesada de Vélez, (Esbozo: arts. 3905, inc. 89, 3915 y 4281).

Por lo tanto, desde este punto de vista, no parece tampoco un propósito, aludir al derecho real que se admite al derogarse la norma del referido artículo 2617, con terminología análoga a la utilizada para prohibirlo.

Cabe señalar además, que la ley 13512 que estableció en nuestro derecho el sistema que nos ocupa, como asimismo su decreto reglamentario 18734/49, omiten denominarlo y tampoco aluden a la *división horizontal*.

¹³ Véase nota 26.

¹⁴ BENEDETTI, "La propiedad horizontal en la Argentina argentina", op. y loc. cit.

Pero ya en el Decreto 3169/49, complementario del 31816/48, que "incluyó en las leyes respectivas de agio y la especulación a las operaciones comprendidas en dicho sistema jurídico", se expresa en sus considerandos "que por ley 13512 se ha creado el régimen de la *propiedad horizontal*". Análogas referencias se citaban luego en los Decretos 17.854/53, 10.712/54, 20.893/54, 15.902/56, 4970/59 y en el reciente Decreto Ley 9032/63 (B.O. 24/X/63), que fija normas para la adjudicación o venta de inmuebles en propiedad horizontal. Terminología que aparece asimismo en las reglamentaciones provinciales de la ley 13512¹⁵.

6. — En las últimas leyes sancionadas en otros países para regular integralmente el sistema, la denominación propiedad horizontal, asignada al mismo, y a los propios textos normativos, pareciera ser la prevaliente.

Así la Ley-Decreto 407 del 16 de setiembre de 1952 de Cuba, expresa en su artículo 1º que la misma se denomina "Ley de *Propiedad Horizontal*", nomenclatura que también utilizan el Decreto-Ley del 14 de octubre de 1955 de Portugal; el Decreto 365 del 15 de setiembre de 1958 de Venezuela; y la Ley Española del 21 de julio de 1960.

La doctrina que ha comentado esos textos sigue en general la misma terminología, aunque en algún caso se haga cargo de las conocidas objeciones que se le formulan¹⁶.

En igual sentido QUAGLIATA con relación especial al derecho uruguayo¹⁷; DA SILVA PEREIRA al derecho brasileño¹⁸; M. BORJA MARTINEZ al derecho mexicano¹⁹, y entre nuestros autores REFFINO PEREIRA²⁰, NEGRI²¹, LAJE²², LAQUIS²³, y CURUTCHET²⁴, entre otros²⁵. RACCIATI, en cambio mantiene su preferencia por la designación "propiedad por pisos o por departamentos"²⁶.

¹⁵ Pájar. de Buenos Aires: Decreto 16443/50; Córdoba: Decretos 24913/51; 30512-B/55 y 3014-B/57; Corrientes: Decreto 29/57; Jujuy: Ley 218/51; Santa Fe: Decreto 8498/50 y Ley 4134/51; San Luis: Ley 2501/54; Santiago del Estero: Ley 2300/51; Tucumán: Ley 2439/52 y Decretos 6411/53 y del 1/2/1953, etc.

¹⁶ Cof.: J. BUSADA LANDEA, "La Propiedad Horizontal", La Hiberna, 1954; E. GOLDSCHMIDT, "Los Venezolanos de Propiedad Horizontal de 1958", en "REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO", Caracas 1958, Nº 16, pág. 131; A. VENTURA-TRAVESSETI y GONZALEZ, "Derecho de Propiedad Horizontal", Barcelona 1963; J. PERE RALUY, "La Propiedad Horizontal", Barcelona 1961. En cambio RAPARIL BERTHIAU, titula su trabajo "La propiedad separada de pisos y locales", Madrid 1962.

¹⁷ P. QUAGLIATA, "La Propiedad Horizontal en los Registros Públicos", Uruguay 1953.

¹⁸ C. M. PEREIRA DA SILVA, "Propiedad Horizontal", Rio de Janeiro 1961 y "Propiedad Horizontal", Necesidade de actualizar su lei em vigor (Verificações de E. NIFFO BLANC) en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1961-L/11, pág. 148.

Finalmente en este aspecto de la materia, cabe destacar que la respectiva comisión de estudio, del 3er. Congreso Nacional de Derecho Civil, dictaminó que "siguiendo la tendencia que trasuntan los últimos textos legales, sancionados en el derecho comparado (España, Ley 49 del 21/7/1960; Venezuela, Decreto 365 del 15/9/58; Cuba, Ley-Decreto Nº 407 del 16/9/52), y no obstante algún atrevido reproque que pudiera formularse, se sugiere aplicar al nuevo régimen de dominio, la denominación "propiedad horizontal", nomenclatura que por otra parte, también en nuestro medio, es la que mejor lo identifica de modo simple e inequívoco"²⁷.

²⁷ M. BORJA MARTÍNEZ, "La función social y la naturaleza jurídica de la propiedad por pisos", en "EL FOMENTO", México 1969. Sin embargo aun antes, si bien en el mismo sentido anteriormente a la "propiedad horizontal" en el título del rubro que correspondió a una conferencia pronunciada en la Universidad Iberoamericana, como así también en su extenso estudio sobre el sistema ("La propiedad de pisos o departamentos en derecho mexicano", México 1957), se utilizó aquella terminología.

²⁸ N. RUFFINO FERRERA, "La propiedad horizontal de los inmuebles", Bs. Aires, 1947.

²⁹ J. A. NIEBEL, "Régimen Argentino de la propiedad horizontal", Bs. As. 1953.

³⁰ E. J. LAJE, "La propiedad horizontal en la legislación argentina", 2ª ed., Bs. As. 1952.

³¹ M. A. LAQUE, "Propiedad Horizontal", Bs. As. 1960 y "Consideraciones sobre la ley venezolana de propiedad horizontal", en "Revista Jurídica de Buenos Aires" 1961 - I/II, pág. 167.

³² J. E. CEBUCHOFF, "Naturaleza jurídica del concepto de propiedad en la propiedad horizontal", J. A., 1961-III-pág. 328.

³³ Art. O. A. LARRAGA, citada en estudio "Naturaleza jurídica de la ley de horizontalidad inmobiliaria", Rosario 1949. Véase asimismo C. LAJE DE BURRO, "Revista del Notariado", Buenos Aires, año XXI, núm. 641, setiembre-noviembre 1958, pág. 601; G. F. LANGANO, "Representación judicial de los condominios de un edificio sujetos al régimen de la propiedad horizontal, rev. Derecho del Trabajo, Buenos Aires, enero 1953, pág. 39"; J. C. FERRERA DUARTE, "El seguro en la propiedad horizontal. Responsabilidad del representante administrador", Revista del Notariado, Buenos Aires, año LXII, núm. 643, enero-febrero 1959, pág. 25; L. SCARAVAZZO, "Tratamiento impositivo consabido en la consecución por el régimen de la propiedad horizontal", Derecho Fiscal, Buenos Aires, año IX, núm. 103, enero 1960, pág. 287; F. E. GRANADA, "Propiedad Horizontal. Caracter de los pisos en la ley 13312 y su transición en los planes aprobados dentro de la disposición 102/60 firmada por la suprimida Dirección Nacional de Catastro", "Revista del Notariado", Bs. As., Nº 662, marzo-abril 1962.

³⁴ H. RACCIATTI, "Propiedad por pisos o por departamentos", 2ª ed., Bs. As., 1958; "Carácter de la enumeración de los bienes comunes efectuada por el artículo 2º de la ley 13512 con especial referencia a los patios", en "Revista del Notariado", Bs. As., Nº 668 y sucesivas. Véase en sus trabajos publicados en LA LEY t. 71, pág. 802, t. 83, pág. 124; A. G. SPOTA, titulado su trabajo "Propiedad por pisos o departamentos: su esencia jurídica", Bs. As. 1956; y A. D. MOLINARIO, citada al "dominio de un sector independiente integrante de un edificio común ("La coexistencia de los derechos reales que integran el Código Civil", en Anales de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas" de la Universidad de La Plata, La Plata 1959, t. XVIII, pág. 357).

7. — En el derecho italiano la terminología utilizada es la de "condominio negli edifici", o simplemente "condominio", lo cual se explica en cierta medida por su ubicación en el Código Civil de 1942²⁷.

En Francia y Bélgica las denominaciones más usuales son "copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements", "propriété par étages", o simplemente "copropriété"²⁸.

III: Breves antecedentes históricos

8. — Ninguna duda cabe, que el régimen de la propiedad horizontal, tal como se exterioriza en los últimos cuarenta años y especialmente después de la segunda guerra mundial, no reconoce antecedentes remotos, al punto de poder reputarse "histórica".

En general, de las investigaciones efectuadas en ese sentido, se comprueba que las búsquedas sólo han permitido detectar algunas referencias aisladas, que si se las acepta como válidas, sólo demostrarían que la noción conceptual de una casa dividida en propiedades separadas, no fue totalmente extraña a las respectivas civilizaciones.

El resultado que se alcanza, es pues más anecdótico, que de verdadera utilidad práctica en la materia.

²⁷ El referido dictamen de la mayoría de dicha comisión integrada por los profesores Dr. ALBERTO G. SPOTA, HERNAN RACCIATTI, HUGO FERRERAS y el suscrito, fue producido en el congreso indicado en el texto, que se realizó en la ciudad de Córdoba en octubre de 1961, y en sus lineamientos generales fue aprobado en la sesión plenaria del día 11 de octubre de 1961 (publicación del Instituto de Derecho Civil "Hernoch A. Aguir" de la Universidad Nacional de Córdoba, Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1962, t. I, págs. 218/243. y t. II, págs. 772/773).

²⁸ Conf.: A. VISCO, "Le Case in condominio", 3ª ed., Milán 1960; L. SALLIS, "Il condominio negli edifici" Turín 1956; V. RIZZI, "Il condominio negli edifici", 4ª ed., Bari 1958; U. GUIDI, "Il condominio nel nuovo codice Civile", Milán 1942; D. FERRETTI-GRIVA, "Il regime della proprietà delle case divise fra più condomini", Milán 1928.

²⁹ J. CHEVALLIER, "Commentaire sur la loi du 28 juin 1958 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements", "Revue Belge", Ser. Acad., 1959, pág. 73; FREDERIC DENIS, "Société de construction et copropriété des immeubles divisés par appartements", París 1954; P. HERRAUD, "La copropriété par appartements", "Revue Trimestrielle de droit civil", 1958; R. SAVATIER, "Propriété par étages et par appartements, Lois Nouvelles", 1927, Nº 73; E. KISCHINEWSKY BROQUISSI, "Les sociétés de construction et la copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements", París 1958; CH. L. JULLIOT, "Le nouveau statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements". Supplément consacré au centenaire de la 2ª édition (1927) du (Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements)", París 1958; FREDERIC ARMY, "La propriété des appartements", Bruxelles 1960. Para el derecho suizo, véase GUY FLATTET, "La propriété par étages". Informe presentado a la Sociedad Suiza de Juristas, con motivo de los estudios para el establecimiento del régimen de dominio horizontal.

9. — Con respecto al antiguo Oriente, buena parte de la doctrina ha aceptado las conclusiones de CUO³⁰, quien reconociendo que debía tratarse de un caso de excepción, considera que en el derecho babilónico no se desconoció la división horizontal de una cosa. Se basa esencialmente en un acta de la época de Isameroum, rey de Sippur, —2000 años antes de nuestra era— según la cual, se vendía la planta baja, conservando el vendedor el piso superior. De ello y otras referencias, deduce que es muy probable que otros pueblos del antiguo Oriente hayan conocido la institución.

10. — Más controvertida es la cuestión respecto al derecho romano-puro sobre la base de ciertos principios básicos imperantes —*superficies solo cedit et dominium soli est cunctis ad inferas vel usque ad inferas*— cabe suponer que el instituto fue extraño a él.

Como se recuerda, la posibilidad que apunta Niebuhr y recogieron Danz, Rudolf y Puchta, que con ocasión de la *lex Iulia* (298 a. u. e.) los plebeyos construyeron en común casas en el Aventino y las dividieron por pisos, no tiene más que un débil apoyo en un texto de Dionisio (X, 32), del que no podemos sacar conclusiones a este respecto. A pesar de ello, un texto de PAPINIANO y dos fragmentos de ULPIANO han arrojado nuevas bases de controversias, aunque en esencia, se convenga en lo infrecuente de los supuestos a que se refieren³¹.

Con todo, se estima que la división horizontal de las casas se extendió por las provincias orientales del Bajo Imperio. La costumbre romano-romana la habría reglamentado, en especial en lo concerniente al reparto

³⁰ CUO, "Études sur les contrats de L'époque de la première byzance byzantine", en "Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger", año 1910, pág. 438, citada entre otros, por M. BATLLE VÁZQUEZ, op. cit., pág. 11; VENTURATRAVERSET y GONZÁLEZ, op. cit., pág. 11; KISCHINENOWSKY-BLOCHUISSE, op. cit., pág. 21; GUY PLATTET, op. cit., pág. 609; ABBY, op. cit., pág. 33; R. L. SALVAT-NOVILLO CORVALÁN, "Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, t. II, pág. 432.

³¹ BATLLE VÁZQUEZ, op. cit., pág. 432.

³² BATLLE VÁZQUEZ, transcribe los dos textos con la siguiente traducción: El primero es de Papiniano: He aquí las palabras del jurista: "Veni uno deo casus que tenes un mismo techo y las legó a dos personas diferentes; dije, porque me parecía lo más claro, que el techo, podría ser de los dos, de tal forma, que ciertas partes del mismo fueran pertenidas de cada uno; pero que no tenían acción recíproca para prohibir que las vigas de una estuvieran dentro de la otra parte. No influye para nada que las casas se legasen a ambos juntamente o a uno de los interesados bajo condición". El segundo fragmento, es de Ulpiano: "Si alguien transmite parte de una casa o de un fundo, no se le puede imponer servidumbres porque una no se puede imponer o adquirir por partes. Pero si se dividió el fundo en partes, y así, por división, transmitió las partes, se le puede a una y otra imponer servidumbres, porque no es la parte de un fundo sino un fundo. Lo mismo se puede decir de los edificios si el dueño dividiera, como hacen muchos, la casa en dos, edificando una pared en medio; pues en este caso, se tienen por dos casas."

y contribución de las expensas comunes. Los edictos de los Prefectos de la ciudad de Cézarea, revelarían la existencia de la institución en la antigua Palestina, que de ella pasa a Egipto, para extenderse de inmediato, por todo el Oriente mediterráneo. Atribúyese también al derecho musulmán, haber conocido y reglamentado el sistema²².

11. — No carece de interés el pretendido encuentro de ciertos detalles de la institución, en el Fuero Juzgo y los Fueros Viejos, de los cuales el fragmento más significativo hállase en las Partidas;

“ Torre, o casa, o otro edificio cualquier aiendo muchos
“ apareceros so vno si estuviere mal parada, de guisa que se
“ quiera caer, e alguno de los apareceros la manda librar, e repara-
“ rar de lo suyo en nome del, e de sus compañeros, faciendo lo
“ saber primeramente; tenudos son todos los otros, cada uno
“ por su parte, de tomarle las misiones que despendio a pro
“ de aquel lugar. Esto deve ser cumplido fasta quatro meses,
“ del día que fué acabada la lauro, e les fue demandado que
“ gelo pagassen. E si así non lo fiziessem, pierden las partes
“ que auian en aquellas cosas do fizieron la lauro, e fincan li-
“ bres, e quitas aquel que las reparo de lo suyo. Pero si este
“ que fizo la lauro, la ouiese fecho a mala fe, non lo faziendo
“ saber a sus compañeros; más reparando, o labrando el lugar
“ que auia con los otros, o faziendo y alguna cosa de nuevo en
“ su nome, así como si fuesse suya, deve perder estonce las
“ misiones que fizo la lauro, e lo que es y labrado de nuevo,
“ deve fincar comunalmente a todos los compañeros”. (Par-
“ tida 3^a, Título XXXII ley 26”).

Al respecto se ha señalado que se esboza ya la posibilidad de que un edificio pertenezca en partes a diversos titulares sin configurar una comunidad simple. La voz *apareceros* explícase —debe entenderse en su sentido etimológico, derivado del latín *ad, partarius, de parte, partinonere*. O sea, que la propiedad se atribula a diversos dueños, ordenán-
doles obligaciones de conservación y sostenimiento²³.

En Francia las *coastumes* —Auxerrois, Berry, Bourbonnais, Beota-
na, Clermond-Ferrand, París, y en especial Grenoble, Caen, Nantes, Ren-

12. — La breve reseña que antecede, debe ser completada, ubi-
cando a la institución en la *edad media*, época en que verdaderamente
aparece con sus caracteres básicos, precursores de los que asumió con
posterioridad.

²² Conf. ARDY, op. cit. pág. 32, a quien parecen las referencias indicadas en el texto.

²³ Conf. BUCEDA LANZAS, op. y loc. cit. de quien se ha tomado el texto de las Partidas transcritas, y el comentario subsecuente. Véase asimismo, “Los Códigos Españoles Cancionales y Conservados” (Código de las siete Partidas), 2^a ed., Madrid 1872, t. III, pág. 399.

nes, etc.— y en las ciudades de Italia sus *Stateri*. —Millán principalmente— refiérense ya a verdaderas divisiones horizontales de edificios, atribuidas en muchos casos al encerramiento natural —mares, montañas, etc.— o a los típicos recintos amurallados de aquellos tiempos, que determinaban la necesidad de *expansión en altura*³⁵.

El proceso culmina en fin, con la recepción de la *división horizontal* en el Código Napoleón en 1804, cuyo artículo 664, ya hemos citado y que constituye así, el primer antecedente normativo del sistema en el derecho moderno.

IV — Legislación Comparada

13. — Puede decirse que la propiedad horizontal ha sido consagrada en casi todos los países. Si bien —como se señaló— la expresión actual del nuevo sistema de dominio es de reciente data, ello refiérense más a su formulación normativa moderna, que a su esencia jurídica, pues la institución había sido contemplada ya en el recordado artículo 664 del Code Napoleón, fuente del art. 396 del Cód. Civil español de 1807.

El sistema ha alcanzado vigencia prácticamente universal, al punto de representar la modalidad más significativa de las nuevas construcciones en las zonas urbanas, y en general, del tráfico inmobiliario contemporáneo³⁶.

Así se advierte, que tanto en los casos en que existían disposiciones que permitían el dominio horizontal, como en aquellos que lo ignoraban

³⁵ Conf.: CH. JULLIOT, op. cit. pág. 13 y s.; BERNARD, "Le propriétaire d'appartement", París 1939, pág. 21 y s.; KISCHINENSKY-BROUQUISE, op. cit. pág. 22; AÉRY, op. cit. pág. 32. Para una ampliación de las referencias del texto, véase entre muchos autores la tesis de RACCIATTI, op. cit. pág. 7 y s. Allí se encuentra por ejemplo, que en Roma la división horizontal tuvo su origen principal en un incendio de grandes proporciones que se produjo en 1720, de tal magnitud que el fuego destruyó más de 850 casas, por lo cual cerca de 8.000 personas necesitaban nuevas viviendas. Obligados a levantar sus inmuebles según un plano trazado por el urbanista Gabriel, arquitecto real, en el espacio primitivo disminuido por el colapsoamiento de calles públicas y a fin de abaratar gases y tiempo, los interesados se agruparon en comunidades, de tres o cuatro familias, levantando edificios altos que luego dividieron en pisos o departamentos. Los resultados obtenidos fueron tan favorables que el sistema subsistió y se extendió, especialmente respecto de bienes pertenecientes a un sólo dueño divididos por testamento o en particiones hereditarias. También trasciende el antecedente que proporcionan COLIN y CAPITANT ("Curso elemental de derecho civil"). (Traducción de De Buen, Madrid 1925, t. 2, vol. 2, pág. 628, Nº 211), en el sentido que una casa en la calle de Faur, se hallaba dividida entre ochenta propietarios, y que de los datos que presenta la administración de contribuciones directas, resulta que en 1888 había en Grenoble 4150 propiedades edificadas repartidas, a consecuencia de su división, en 6494 números de orden que representaban las diferentes partes de esas propiedades.

³⁶ Nulidad de cambios en el régimen de propiedad horizontal; Bs. As. 1939, pág. 9.

y aún en los que expresamente lo prohibían, se ha optado por sancionar un ordenamiento normativo específico que contemplara los diversos aspectos relativos al mismo.

Es lo ocurrido —además de nuestro país— en Bélgica; (Ley del 8 de julio de 1924. Se incorpora al Cód. Civil, el art. 557 Bis); Bolivia; (Ley del 30 de diciembre de 1949); Brasil; (Decreto del 23 de junio de 1928, modificado por Decreto del 8 de febrero de 1943 y ley del 5 de junio de 1948. Esta derogó el último de los decretos mencionados); Bulgaria; (Ley del 13 de febrero de 1933); Colombia; (Ley del 29 de diciembre de 1948); Cuba; (Ley-Decreto 407/52, con varias reglamentaciones posteriores); Chile; (Ley del 11 de agosto de 1937); Francia; (Ley del 30 de junio de 1938, con numerosas reglamentaciones y varias modificaciones posteriores); España; (Leyes del 26 de octubre de 1939 y 21 de julio de 1960); Italia; (R. D. n. 57 del 15 de enero de 1934. Convertido en ley el 10 de enero de 1935, que dejó sin embargo vigentes los artículos 562, 563 y 564 del Cód. Civ. de 1865, únicos que trataban el tema. El nuevo Código Civil de 1942 abrogó todas esas disposiciones dedicando sus artículos 1.117 al 1.139 (Título VII, "Libro della proprietà", Cap. 2º) al "Condominio negli edifici". Cabe señalar que el Capítulo 1º de dicho título del Código trata sobre la "Comunione in generale" (arts. 1.100 al 1.116); México; (Decreto del 30 de noviembre de 1954 que complementa el art. 951 del Código Federal. También ley reglamentaria del 2 de diciembre de 1954); Portugal; (Decreto-Ley del 14 de octubre de 1955); Venezuela; (Decreto Nº 365 del 15 de setiembre de 1958). Con respecto a Alemania, recordamos que rige la "Ley de Propiedad de la Vivienda" del 15 de marzo de 1951, que regula la "Wohnungseigentum" ("Propiedad separada sobre viviendas") que en cierto modo se asimila al régimen de unidades horizontales.

Por otra parte, de la creciente difusión del sistema, y la preocupación de los poderes públicos de regularlo mediante leyes ad-hoc, dá cuenta el citado trabajo de GUY FLATTET profesor de la Facultad de Derecho de Lausanne, que constituye el "RAPPORT" presentado por su autor a la Sociedad Suiza de Juristas²⁷. Se ha recordado en ese sentido, que la propiedad de casas por pisos conocida en Suiza desde el siglo XII, fue prohibida por el artículo 675 del Código Federal, conservándose únicamente las propiedades ya existentes. Pero hoy día, a medio siglo de la prohibición, se ha podido comprobar, no sólo que subsisten propiedades establecidas con anterioridad a 1912, sino que se ha creado otras, sea en directa contravención a la ley, sea en forma original, pero ilegal. El fenómeno ha hecho reflexionar a los juristas y ha determinado una corriente de opinión favorable a la derogación de la prohibición²⁸.

²⁷ Véase *supra*.

²⁸ GABRIEL GARCÍA CANTERO.

14. — Hemos expresado ya que una muy valiosa consecuencia de la difusión del instituto, consiste en el apreciable número de propietarios vinculados a ese régimen que ya existen, y que todo hace suponer, habrá de acrecentarse, cada vez con mayor celeridad. Destacamos también que ante ello aparece hoy día como una polémica inconducente, considerar los problemas inherentes al nuevo régimen de dominio, sólo o principalmente en función de la confianza o resistencia que, por diversas circunstancias, pueda merecerse dicho sistema. No es tampoco el caso, de dilucidar, si mediante el mismo, se logrará una solución integral del problema de la vivienda. Lo concreto, y lo que en definitiva cuenta, es que constituyendo la propiedad horizontal una indiscutible realidad jurídica, económica y social, es preciso admitirlo y aceptarlo de ese modo, y propender entonces, a consolidar y robustecer el sistema en cada uno de esos aspectos, por lo demás, de íntima vinculación recíproca, y en ese sentido, cabe considerar que la fisonomía tradicional en materia edilicia, y aún la que en estos días es dable observar en nuestras ciudades, es meramente transitoria, y en un futuro, no muy lejano, habrá de transformarse aún más, con predominio de los grandes blocks de edificaciones divididas por pisos o departamentos, tal como se contemplan en otros países, como Francia, Italia, Brasil, etc.²⁰

15. — Resulta asimismo de interés, constatar el cambio de actitud frente al sistema en la doctrina francesa, cuyos más relevantes exponentes fueron según se señaló en su momento, opositores y escépticos a su respecto.

Así, ya JOSSERAND, luego de apuntar algunos inconvenientes del régimen²¹, opina que sus ventajas son incontestables y se han desarrollado después de la guerra.

²⁰ BENDERSKY, "Nulidad", op. cit., pág. 9 y ss.

²¹ L. JOSSERAND "Derecho Civil" (Traducción André Brua) Bs. As. 1950, t. I, vol. III, pág. 362. Los concreta testualmente así: 1º) Como resultado de acordado, el régimen de la división de una casa por pisos o por departamentos tiene el inconveniente de comprometer indefinidamente el porvenir, en el sentido de que implica una indivisión forzosa y perpetua en lo referente a las partes comunes del inmueble. Ninguna partición es posible, ni para los pisos, porque son objeto de una propiedad unitaria y exclusiva, ni para las partes comunes, porque están en situación de indivisión forzosa; 2º) Este régimen implica relaciones sucesivas y complejas entre los diferentes propietarios cuya sociedad es causa de resentimientos y conflictos; el artículo 684 había establecido ciertas reglas para poner fin a las controversias o prevenirlas; pero las medidas que instaura eran muy insuficientes. Así se requería que un reglamento llamado de copropiedad se diera para determinar los derechos y obligaciones de cada uno de los ocupantes; pero esas medidas vivieron no obligaba más que a quienes lo hubieran aceptado, expresa o tácitamente, y se podía dudar de que fuera posible por sí mismo a un propietario a título particular tal como un comprador, el cual podía tratarse como res inter alios acta. Era preferible un estatuto legislativo. Esto es lo que se comprendió y realizó en muchos países: en Bélgica, la situación jurí-

La concreta en tres puntos esenciales, afirmando: 1º) Esta combinación permite, en el momento del fallecimiento del jefe de la familia, el evitar el régimen de indivisión entre los hijos y sobre todo la venta del inmueble familiar. Si hay, por ejemplo, tres hijos, cada uno de ellos tomará uno de los tres pisos o dos de los seis pisos; 2º) Gracias a la división por pisos, puede uno llegar a ser propietario de su morada, de su casa, sin tener que adquirir un inmueble todo entero y mediante un sacrificio pecuniario limitado: se llegará de esa manera a ser propietario sin arrendatarios; 3º) Esta ventaja es tanto más apreciable cuanto que la situación de los inquilinos y la de propietario alquilador chocan, en la época actual, con grandes obstáculos y presentan múltiples inconvenientes; no se podía fácilmente, en las grandes ciudades a la terminación de la guerra, tomar en arriendo un departamento; y en cuanto al propietario alquilador, no es dueño en su casa, por haber sido expropiado temporalmente —y muy injustamente— por la legislación de guerra y post-guerra que permite a los arrendatarios incrustarse en los locales y que sustrae el contrato de arrendamiento al juego de la ley de la oferta y la demanda.

Así se comprende —concluye— que el régimen de la división por pisos, que no se practicaba antes corrientemente más que en Grenoble y en Rennes, se haya generalizado durante los últimos años y que se hayan constituido por todas partes sociedades para construir inmuebles destinados a ser vendidos al detalle, por pisos o por departamentos⁴¹.

16. — Y en cuanto a las tan temidas controversias y pleitos, la experiencia no ha sido tan desalentadora, habida cuenta del formidable desarrollo que ha tenido el sistema, y que bien observados los que se suscitan, obedecen generalmente no al esquema del régimen en sí, sino a ciertas modalidades operativas de la comercialización, y en su momento en nuestro país, al derecho preferencial de compra otorgado a favor de los inquilinos de los inmuebles que se pretendía dividir horizontalmente.

La propiedad horizontal no aparece así, más conflictiva por ejemplo, que el régimen de locaciones, la promesa de compra-venta de inmuebles, etc.

En suma, tratase de un derecho real perfectible sin duda, pero modalidad definitivamente incorporada a la propiedad inmuebles de nuestro tiempo.

Una de las casas divididas por pisos, así regulada por ley de 8 de julio de 1924; en Italia, lo será por la importante ley de 13 de enero de 1924 sobre la copropiedad edilicia. Este ejemplo fue seguido por Francia en 1930.

⁴¹ JOSSERAND, op. cit. pág. 363.

17. — En lo que concierne a la naturaleza jurídica del sistema, la doctrina y jurisprudencia nacionales y en el derecho comparado, han señalado la presencia en el mismo de un derecho de propiedad pleno sobre la parte "divisa" (piso, departamento, local, etc.) y un derecho de copropiedad sobre las partes comunes "individias"⁴², de las que resulta no una simple yuxtaposición de dominio y condominio, sino un verdadero derecho real autónomo⁴³.

⁴² *Conf.*: F. MESSINEO, "Manuel de derecho civil y comercial", trad. Scerif Melrodo, *Bo. An.*, 1954, pág. 111; L. y J. MAKEUR, "Leçons de droit civil", Paris, 1956, t. 2, pág. 1049; CHEVALLIER, *op. cit.* pág. 73; BAILLE VAZQUEZ, *op. cit.*, pág. 45; GUY FLATTET, *op. cit.* pág. 488; MAXIMILIANO, *op. cit.* pág. 109; BÜGEDA LANZAS, *op. cit.* pág. 31; ARBY, *loc. cit.* pág. 31; BORJA MARTINEZ, *op. cit.* pág. 76; VISCO, *op. cit.* pág. 42 y 53; DOMENICO FRETTI GRIVA, *op. cit.* pág. 2 y 13; DENIS, *op. cit.* pág. 46; SPOTA, *op. cit.* pág. 12. Por otra parte tratamos también el tema en el estudio "El uso y goce de las partes comunes en el régimen de la propiedad horizontal" (J. A. 1960-VI, sec. doc., p. 88, especialmente nota 3). V. Asimismo, los estudios de H. RACCLATI en *Rev. LA LEY.*, t. 71, pág. 802; J. A., 1959-V, pág. 327 y especialmente su trabajo "Naturaleza jurídica y concreción de la propiedad por pisos o por departamentos en nuestro derecho", en *Rev. LA LEY.*, t. 83, pág. 124; E. J. LAJE, *op. cit.*, pág. 67 *ibid.*; J. E. CURAUCHET, "Naturaleza jurídica del condominio de propietarios en la propiedad horizontal", J. A., t. 1961, III, pág. 528 (*sup. párr. II*).

⁴³ Como lo recordamos en nuestro estudio "Excepción y límites del condominio sobre los bienes comunes en la propiedad horizontal", (LA LEY, 21-Nov-1964, pág. 3, nota 3) en el dictamen presentado por los profesores, doctores Hugo Torres, Hernán Barciatti, Alberto G. Spota y el suscrito, al ya referido *3er.* Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba a comienzos de 1961, se propugnaba considerar "especialmente que la propiedad horizontal legislada por la ley 13.512, constituye un derecho real autónomo, y que como tal, debiera incorporarse a la sección indicada en el art. 2360 del Cód. Civil", indicándose además que concierpen objeto de dicho derecho, las partes privativas o divisas, para cuyo ejercicio pleno de los derechos de propiedad horizontales, se han consorcio y función la faz comunitaria". El Congreso aprobó una resolución que expresa: "El Tercer Congreso de Derecho Civil declara la conveniencia de reformar la ley 13.512 ajustándola a los dictados de la experiencia recogida y depurando su técnica legislativa, teniendo en cuenta los fundamentos generales de los dictados de la Comisión" (Actas, *cit.*, t. I, ps. 218/243 y t. II, ps. 773/775). Asimismo "en la Conferencia Nacional Ley 13.512. Régimen de la Propiedad Horizontal", celebrada en Rosario en junio de 1961, con respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, dicho Congreso, habiendo considerado como otros, los trabajos y ponencias de los doctores Hernán Barciatti, María A. D'Onofani, Oscar Bergonovo, J. Capoa Pizar, Lorenzo Gardella, Roberto H. Brubbia, Luis Cardoso Ayala, Carlos A. Merello, Caspolicchio Casella, recibió declarar: 1º) "La llamada (propiedad horizontal) es un derecho real autónomo"; 2º) El objeto del derecho real autónomo de "propiedad horizontal", consiste en la parcela habitable unitaria del edificio construido o por construir, a la que sucede la cuota indivisa sobre las partes comunes, constituyéndose así en modo indivisible, un bien inmueble *per se*, el cual se halla en situación jurídica de unidad con las demás unidades análogas del mismo edificio; 3º) El titular de este derecho, posee sobre dicho objeto: a) Un poder de uso, goce y disponibilidad privativa sobre la parcela; b) La disponibilidad privativa de la cuota; c) El uso y goce comunitario de las partes comunes. El ejercicio de estos poderes, se halla sujeto a las restricciones derivadas de la inseparabilidad entre parcelas privativas y partes indivisas, como también, de las que

De los principios mencionados emergen, entre otras consecuencias:

a) Las que derivan de la íntima relación entre dichas partes "divisas" e "indivisas", al punto, según se ha dicho, que "no se pueden concebir las unas sin las otras"; b) El carácter prevalente de las prerrogativas resultantes de los "derechos individuales" de los partícipes sobre las facultades y restricciones emergentes de la participación comunitaria, pues ésta constituye una necesidad inherente e ineludible del régimen, destinada en esencia, a posibilitar el ejercicio pleno de aquellos derechos privativos.

18. — Como tuvimos ocasión de señalarlo, un sistema organizado sobre tal esquema, no puede ofrecer dificultades o inconvenientes destacables, en lo referente a los caracteres, contenido y extensión del derecho de propiedad sobre las llamadas partes "privativas" o "divisas".

En tal sentido, el dominio sobre las mismas, aunque deba operar en función de la ineludible coexistencia de los distintos dueños, mantiene el amplio señorío clásico, encontrándose la cosa objeto del derecho sometida realmente a la acción y voluntad del titular, en los términos de nuestra ley civil (art. 2306). La facultad de disponer libremente de aquélla, representa la expresión máxima de tales prerrogativas, e implica que todas las restantes se hallan involucradas y reconocidas, sin sujeción a otras voluntades que la del dueño.

La cuestión no es tan simple en cambio, cuando se trata de organizar y resolver algunos aspectos relativos a los derechos sobre los bienes comunes o "indivisivos" y a la mencionada coexistencia comunitaria, especialmente si se considera a ésta una "vecindad de tierra" incompatible con el concepto innato de propiedad.

A su vez, respecto de estos bienes comunes, puede comprobarse que suscita menos cuestiones, aquella facultad de disponer de los mismos, que la regulación de su goce o uso.

Lo primero, se resuelve por la apuntada indiscutibilidad entre las partes "divisas" y "comunitarias", lo que determina que en este sentido, la situación de las últimas se encuentre siempre ligada a lo que acontezca

concepto de la situación jurídica de vecindad.⁴²) La gozosa de este derecho, puede asumir forma asociativa o organizativa;⁴³) Para la legislación, interpretación y aplicación de las normas concernientes a la llamada "propiedad horizontal", deben tomarse en cuenta tres principios decisivos: la pacata habitación es la razón de ser del edificio y del instituto jurídico mismo. El edificio está en función de la pacata, y las parcelas comunitarias dentro del edificio. Prevalece en caso de duda el uso, goce y disponibilidad privativos de la parcela habitable, en función de la cual se goza de la casa parte indivisa sobre las partes comunes;⁴⁴) Pueden darse figuras, que coincidiendo con el derecho antes definido en su elemento primordial (goce privativo de una parcela habitable), presenten restricciones, totales o parciales, al poder de disposición del titular.

⁴² BENDERSKY, "Extensión y límites...", op. y loc. cit.

con las primeras, pues sobre ellas no puede haber comportamiento autónomo.

Son los principios de nuestra legislación, al expresar: a) "Los derechos de cada propiedad en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso"; b) "En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso, se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento que acceden" (ley 13.512, art. 3º, última parte).

En contraste, al establecerse el refrido uso y goce sobre los bienes comunes por los propietarios, el margen interpretativo se amplía, al recurrirse en la mayoría de los textos legislativos a enunciados más genéricos, coincidentes la mayoría, en la exigencia de ajustar ese uso y goce al "destino" de dichos bienes, y el mantenimiento de idéntica posibilidad por todos los titulares. Así, nuestra ley establece, que el propietario podrá usar "de los bienes comunes conforme a su destino sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás" (art. 3º)⁴².

19. — Cabe insistir asimismo, que en la propiedad horizontal, aún cuando los textos legales que la regulan, como nuestra ley 13.512 no indiquen expresamente que la copropiedad que establecen, es de *indivisión forzosa perpetua o durable a título accesorio*, mientras subsista la afectación al régimen, y como tal, insusceptible de partición, dicho carácter surge incuestionable de la derogación del art. 2693 a los efectos de la ley, del principio contenido en el art. 2710 y, en general, del esquema con que se organiza y opera el sistema.

La inmediata consecuencia deducible, según se lo señala, es que en la propiedad horizontal el uso y goce de las partes comunes no constituye *in se* en sí mismo como ocurre generalmente en otros supuestos habituales de comunidad, ya que las mismas existen en función del goce de otras cosas, precisamente de aquellas (piso, departamento, etc.) sobre las cuales cada propietario conserva la propiedad separada.

Esta necesidad (el uso o goce de las cosas comunes, es ineludible para poder gozar de las cosas sobre las cuales se tiene propiedad exclusiva), como se observa: a) Si bien por una parte, determina limitaciones en el uso de las cosas propias y comunes, y en la extensión del ejercicio de la facultad de goce sobre las partes comunes, que en otros supuestos no tendrían razón de ser y no podrían aceptarse; b) En otro sentido, se reconoce que precisamente en razón de la naturaleza y objeto de la indivisión, los copropietarios reunidos obligatoriamente por el uso que hacen todos de las mismas cosas, gozarán de prerrogativas más amplias sobre tales cosas comunes, que las correspondientes a los copropietarios ocasionales, que sólo esperan salir de aquella mediante la partición.

⁴² BENDERSKY, "Evolución y límites", op. y loc. cit. y referencias indicadas en notas 8 al 11.

Se trata en suma, de convenir en que los derechos que pertenecen a los diferentes conyugales, son en caso de indivisión forzosa más extensos que en la copropiedad ordinaria. Cada uno de ellos, puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como una cosa que le pertenece, bajo la condición siempre, de no hacerle servir para otros usos de aquellos a los que está destinada y de no implicar ningún ataque al derecho igual o recíproco de sus consortes⁴⁰.

VII — La Cuestión en el Código Civil

La Ley 13.512. Fuentes. Normas que Deroga

20. — La ley 13.512 que se sancionó el 30 de setiembre de 1948, concluyó con la prohibición normativa de la propiedad horizontal contenida en el art. 2617 del Cód. Civil, señalada como una de las primeras de ese tipo y que rigió así, sin atenuaciones de significación, durante 77 años⁴¹.

En el capítulo inicial del presente, destacamos los principales antecedentes, fundamentos e implicancias del criterio seguido en esta materia, tanto en dicho código como en los proyectos de su reforma integral, remitiéndonos por lo tanto, a lo allí expuesto.

Debe agregarse ahora, que la ley 13.512 reconoce algunos proyectos parlamentarios anteriores, que perseguían análogos propósitos, como los de Alejandro RUZO de fecha 19 de julio de 1928; Leónidas ANASTASI del 9 de junio de 1939 y Ernesto SANMARTINO del 27 de junio de 1946, reproducido el 3 de mayo de 1948.

Estos antecedentes, fueron recordados en su oportunidad en el Congreso. Luego de destacarse que "una necesidad sentida venía exigiendo de modo imperioso el tratamiento y la incorporación de esta reforma a nuestra legislación civil", se expresó a su respecto, que en el período de sesiones de que se trata, cumpliábase "veinte años de la primera ini-

⁴⁰ Por otra parte, según lo acordado con acuerdo DA SILVA FERREIRA ("Propiedad Horizontal", op. cit. pág. 49) algunos escritores, más atentos a la tradición, quieren explicar este derecho surgido de las imposiciones de la moderna convivencia urbana, trépidante y aglomerada, con la renovación de viejas reglas jurídicas, elaboradas para un tiempo en que el problema, en verdad, aún no había hecho edoición y utilizando una especie de *interpretación teleológica* de los textos remotos, aplican *propter casum ad auctorem*. En este intento de *rehabilitación clásica* para configurar la estructura jurídica del término, se alude así al *deverio de imperio*, a una especie de *correlatividad*, a la *collocatio, affectio, societas, communitas o coproprietas, universitatis de bonis, etc.*, que al mismo autor se encargó de *elucidar*, en cada caso. Como también lo hacen, como nosotros, RACCIATTI ("Propiedad por pisos...", op. cit., pág. 38 y agrn.) y LAJE (op. cit., pág. 9).

⁴¹ La ley fue promulgada el 13 de octubre de 1948 y publicada en el Boletín Oficial el 18 de octubre de 1948. Antes de su sanción, se pretendió alcanzar su objetivo, mediante la llamada "propiedad colectiva", algunas de las cuales aún subsisten bajo dicha forma. La mayoría, se transformó o adoptó al sistema de la ley 13.512.

clativa parlamentaria en favor de la propiedad horizontal", inspirada "en una ley que se votara en Bélgica en 1924". En cuanto a los dos proyectos posteriores, se dijo que constituían "la piedra angular sobre la cual se estructura esta modificación del régimen de la propiedad inmueble en la Argentina"⁴⁰.

21. — El proyecto del Poder Ejecutivo sobre cuya base se elaboró el despacho de la Comisión de Legislación General del Senado, fue objeto de algunas modificaciones tendientes a "aclarar el espíritu del proyecto" y "alguna modificación que pareciera usarse o confundirse" y quedó consensado en ley al aceptar la Cámara de Diputados, en su última sesión, y sin mayor discusión, el texto que sancionó el Senado⁴¹.

22. — Al acompañarse el proyecto ANASTASI, y recordar el de RUZO de 1928, se señala que el mismo se inspiraba en las normas del artículo 664 del Código Civil francés; 562, 563 y 564 del Código Civil italiano de 1865; 396 del Código Civil español y en la ley belga de 8 de julio de 1924.

Desde la época en que el doctor RUZO presentó su proyecto hasta nuestros días —expresase luego— se han concretado nuevas legislaciones que, recogiendo el aporte de la experiencia, han fijado con más precisión que aquellos códigos el régimen de la propiedad horizontal. Cabe citar en este sentido, la ley de Brasil, de 25 de junio de 1928, cuya práctica ha sido altamente satisfactoria, según nos explicaba el año pasado el insigne jurista brasileño Philadelpho de Azevedo en una conferencia dada en el Colegio de Abogados. Mencionaba un edificio construido bajo el régimen de la ley en Copacabana que tenía 680 departamentos e igual número de propietarios.

Considerábase sin embargo, que la contribución más preciosa en esta materia ha sido la ley chilena número 6.071, de agosto de 1937, a cuyo respecto, según lo destaca su anotador Julio C. Torres, merece poner de resalto el hecho de haber sido elaborada íntegramente por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, bajo la dirección personal de su decano, el doctor Arturo Alessandri Rodríguez y que la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aceptó sin observación el texto y los fundamentos expuestos por el decano, a raíz de lo cual el proyecto fue sancionado tal cual había sido propuesto.

Todo ello explica, como lo advierte en otro pasaje el autor del

⁴⁰ D. sen. dip. art. 50 de 1948, p. 3234. Véase asimismo, "Antecedentes y discusión parlamentaria de la ley 13.312", en "Anales de Legislación Argentina", Bs. As. 1948, t. VIII, págs. 254 y ss.

⁴¹ También se tuvo en cuenta, un proyecto del senador Alberto Teissie. (D. sen. ag. 26 de 1948, p. 1343).

proyecto, que su articulado se ha "inspirado principalmente en la ley chilena".

23. — Sin duda, el referido proyecto ANASTASI, como el de SANMARTINO que siguió sus grandes líneas, y los inmediatos a la sanción de la ley 13.512, reconocen su fuente esencial en la ley chilena de 1937, receptada también, sin alteraciones sustanciales, por la ley uruguaya Nº 10.751 de 1946.

Pero además de diferencias de otra índole, los antecedentes y la ley nacionales, avanzaron superando las fuentes indicadas, en un aspecto esencial del sistema: la obligatoriedad de redactar e inscribir un reglamento de copropiedad y administración, que en las leyes de Chile y Uruguay es meramente facultativo (arts. 12 y 16 respectivamente) ²⁰.

Este último criterio es el seguido por la ley francesa de 1938. En cambio, adoptan el régimen de la ley argentina en este aspecto, otras leyes posteriores, como las de Bolivia, Colombia, México, Panamá y Venezuela ²¹. En cierta medida, también la reciente ley española de 1960.

24. — A los efectos de la ley sancionada, su artículo 18 deroga expresamente, los artículos 2617, 2685 *in fine* y 2693 del Código Civil.

Es sabido que el primero, contenía la norma prohibitiva del sistema.

El 2685 permitía al condómino, liberarse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación o reparación de la cosa común, por el abandono de su derecho de propiedad sobre la misma, prerrogativa no receptada por la ley 13.512, (art. 8º), que ratifica la aplicabilidad a este supuesto, de lo previsto en el subsiguiente artículo 2686: "No contribuyendo el condómino o los condóminos, pagarán los intereses al copropietario que los hubiere hecho, y éste tendrá derecho a retener la cosa hasta que se verifique el pago".

La derogación del 2693 ("Los condóminos no pueden renunciar

²⁰ Sobre algunas consecuencias de las normas respectivas de la ley 13.512, puede verse nuestro trabajo "Cobra compulsiva de deudas por expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal" en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Bs. As. 1961, t. LVII, pág. 202 y ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1963.

²¹ Además de los precedentes parlamentarios y legislativos apunados, entre los escritos que contribuyeron a crear conciencia pública de la necesidad de incorporar el régimen de la propiedad horizontal a nuestro derecho, debe mencionarse el Proyecto de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, presentado en 1943, en cuyo texto desempeñó papel relevante el Dr. Alfredo G. Spies, en su trabajo "Propiedad por pisos o departamentos...", (op. cit. pág. III), hay referencias de interés respecto a este proyecto. Puede consultarse también LAFAILLE (op. cit. pág. 26). Señalamos en fin, que en el antecedente que nos ocupa, la caracterización del régimen, no estuvo vedada, la fórmula que en su momento usó, al sancionarse la ley 13.512.

de una manera indefinida al derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzgaren conveniente"), se imponía por la naturaleza jurídica del sistema, en el cual el condominio sobre las bienes comunes, reviste carácter de forzoso y durable (arts. 29 y 39 ley cit.).

25. — La presente, como toda introducción al estudio de la propiedad horizontal, actualiza, concretiza, expresa, hace, es, cuanto, de, siglo, al propiciar su incorporación a nuestro derecho: "un largo camino se ha recorrido, desde la vieja casa colonial, de anchos patios, hasta el orgulloso rascacielo. Pero falta un escalón para subir: la evolución de las ideas jurídicas requiere que al propietario único del amplio inmueble lo reemplace una colectividad de pequeños propietarios que exhiban la alegría de la vasta y múltiple casa propia"⁶².

Sin duda, no bastan las normas jurídicas para resolver problemas como los relativos a la vivienda, y es ilógico esperarlos todo de ellas. Pero pareciera innegable en cambio, que el régimen de dominio establecido por la ley 13.512, constituye el instrumento técnico más eficaz con que se cuenta, para alcanzar soluciones valiosas en esa trascendente prioridad, que por cierto no es fenómeno exclusivo de nuestro país.

⁶² Mensaje acompañando proyecto Anasí en 1959.

MATRIMONIO "CUM MANU" Y "SINE MANU", EN LA ANTIGUA ROMA

ROSA SIGNORELLI DE MARTÍ

1. La mujer en el matrimonio "cum manu"

A) La "manus"¹

En los tiempos primitivos la familia del ciudadano romano² se basaba en el matrimonio legítimo, llamado *matrimonium iustum* o *matrimonium iustum nuptiarum*, es decir, formalizado de acuerdo con las disposiciones correspondientes del derecho civil romano.

Por medio del *matrimonium iustum* el marido tenía la *manus* sobre la esposa: la potestad sobre su persona y bienes.

Manus, en su origen, significaba poder absoluto sobre seres y cosas.

Lo demuestra el nombre de *mancipium* (de *manus capere*), que expresa el señorio del *pater familias* sobre las personas sometidas a su potestad, ya que puede excluirlas de la familia civil mediante la *mancipatio*³. También expresa este poder el término *manuvelatio*, nombre del acto por el cual el amo libera al esclavo⁴.

Más tarde, ya en el período histórico, *manus* significaba solamente la potestad del marido sobre la mujer,⁵ o bien la del suero,⁶ si el

¹ La "manus", potestad organizada por el derecho civil, sólo existe en el matrimonio.

² La *manus* es un derecho exclusivo de los ciudadanos romanos. "Per propriam civem romanorum erit" (Gaius, Inst., I, 106).

³ Todo individuo libre de uno a otro sexo, bajo potestad de un ascendiente, podía ser *mancipado* por *manus*. (Gaius, I, 117). La *mancipatio* era una especie de venta simbólica. "Et sic erit *mancipatio*... imagoque *quasi*da *manus*." (Gaius, I, 109).

⁴ Gaius, I, II, III, 51.

⁵ Gaius, I, 109; II 139.

⁶ Gaius, II, 139.

marido estaba bajo la potestad de su padre; o la del abuelo del marido, si ambos, marido y suegro, estuvieran bajo la potestad de aquél.⁷

El objeto del *matrimonium* era producir hijos capaces de mantener la religión (*sacra*) familiar, así como servir al Estado en la guerra y en la paz, pues los hijos nacidos del concubinato (*cohabitación sin matrimonio*) no tenían esa capacidad, es decir, no podían representar a la familia o al Estado en ningún grado.⁸

B) *Cómo el hombre adquiría la "manus" sobre la mujer.*

"*Confarreatio*", "*coemptio*", "*usus*".

De tres maneras diferentes, según su situación social, disponía el romano para adquirir la *manus* sobre la esposa: *per confarreationem*, *per coemptionem* y *per usus*, es decir, por confarreatión, venta y hábito, respectivamente. "*Utrum itaque tribus modis in manus conveniebant: uso, farreo, coemptione*"⁹.

La más importante era la primera, que correspondía al matrimonio religioso,¹⁰ reservado a los patricios. Se celebraba con un sacrificio ofrecido a Júpiter *Farveus*,¹¹ en el que el sagrado pan de *far*,¹² el antiguo trigo italiano, era usado sacramentalmente en el rito, y del que derivaba el nombre de la ceremonia; ésta tenía lugar en casa del marido, en presencia del *Pontifex Maximus* y del oficiante del dios supremo, el *Florens Dialis*,¹³ con asistencia de diez testigos.¹⁴ "El *Pontifex Maximus* representaba en la época Republicana al *Rex* de una época más primitiva, y al *Florens* representaba a Júpiter, la deidad que simbolizaba la buena fe en todas las alianzas.

Durante la ceremonia era ofrecida una víctima (no se sabe a qué deidad) cuya piel se extendía sobre dos asientos, en los que debían sentarse el novio y la novia. Es de observar que los sacerdotes no realizaban el servicio, eran sólo testigos de él"¹⁵.

⁷ Gaius, III, 3.

⁸ W. Waide Fowler, *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, vol. VII, New York: Charles Scribner's Sons, 1928, pág. 463.

⁹ Gaius, I, 110.

¹⁰ Ffénias, N. H., XVIII 3, 10.

¹¹ "*Farreo in manus conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Jovi Farreo fit*" (Gaius, I, 112).

¹² "*Is quo farreus panis adhibetur*". (Gaius, I, 112).

¹³ Festus, De Significatione Verborum, VI.

¹⁴ Gaius, I, 112.

¹⁵ W. Waide Fowler, *op. cit.*, pág. 463.

Los hijos habidos de estos matrimonios religiosos tenían el privilegio de poder ser elegidos *Flamines maiores* (grandes flamines) de *Disa*, *Martialis* y *Quirinalis* (de Júpiter, Marte y Quirino) y reyes de sacrificios (*reges sacrorum*). Ellos mismos debían casarse *per confarreatio-nem*¹⁶, o sea de acuerdo a la religión.

La Ley Canuleya del año 445¹⁷, que autorizaba matrimonios entre patricios y plebeyas y vice versa, determinó que la *confarreatio* fuera, en adelante, casi excepcional.

La *confarreatio* y la *coemptio* eran los únicos actos jurídicos que simulada de la novia por compra de la potestas de su padre plebeyo, a la manus de su marido¹⁸. En realidad, se trataba del matrimonio civil, establecido con posterioridad a la Ley de las XII Tablas, modo del que

los plebeyos se valieron para obtener la manus sobre sus mujeres, ya que ellos no podían casarse por la religión.

La *coemptio*, o matrimonio *per coemptionem* "era una transferencia establecían el matrimonio *cum manu*.

La *coemptio* era una de las numerosas formas de la *mancipatio*¹⁹ y consistía, como ya se ha dicho, en una venta ficticia de la mujer a su pretendiente, o a quien ejerciera potestad sobre él, en caso de no ser éste *sui juris*.

Esta venta la realizaba el padre, o quien tuviera potestad sobre ella, si era *alieni juris*; o la mujer misma, si era *sui juris*, con la autorización de su tutor, de modo que por tal venta la mujer pasaba a ser propiedad del marido o de aquel bajo cuya potestad éste viviera.

Tal venta se realizaba en presencia de cinco testigos por lo menos, ciudadanos púberes, y de otro ciudadano de la misma condición, encargado de pesar el metal con que se pagaba la compra; "aquél bajo cuya mano habrá de pasar la mujer hace la compra por medio del bronce del valor de una pequeña pieza monetaria" ("*... omni manuum aere in calum in manum comeri*")²⁰.

¹⁶ Gaius, I, 112.

¹⁷ Obra de C. Canuleyo, tribuno de la plebe. Los patricios se resistían vigorosamente al reconocimiento de la ley, por lo que ella se redactó, dicho, la medida de las lenguas, "la conclusión de los auspicios públicos y particulares" (Tito Livio, IV, 2), ya que el derecho de consultar los auspicios pertenecía puramente y exclusivamente al patriciado.

¹⁸ W. Warde Foster, op. cit., pág. 463.

¹⁹ Gaius, I, 115. La *mancipatio* es una especie de venta simbólica. (Gaius, I, 119).

²⁰ Gaius, I, 115.

Las palabras que se pronunciaban en la *mancipatio* tuvieron que ser modificadas, pues no producían ya la *mancipio*, sino la *manus*²¹.

El matrimonio *per usus* resultaba del hecho de la convivencia ininterrumpida de "una pareja debidamente calificada"²², durante un año entero, sin interrupción²³, con el consentimiento del padre o tutor de ella. Al cabo de ese lapso el hombre adquiría el derecho de propiedad sobre la mujer²⁴, como si ésta fuera un objeto mueble²⁵.

Así pues, el matrimonio *per usus* nació de una mera relación de hecho, con la única condición de la continuidad no ininterrumpida, que la convertía en relación de derecho. El *usus* corrigió los vicios posibles de la *coemptio*, y sustituyó la falta de ésta.

La mujer, según la Ley de las XII Tablas, podía interrumpir esta propiedad ausentándose del hogar común todos los años, durante tres días con sus noches, *trinoctium*²⁶.

"No es improbable que ésta haya sido realmente la forma más antigua por la cual el marido podía adquirir la *manus*, y la forma más común".

Tanto la *coemptio* como la *coemptio* presuponen la existencia de la ley y la religión del Estado en pleno desarrollo, pero el *usus* en cambio puede ser anterior a este estado legal y religioso.

El matrimonio *per usus* nos muestra que el romano de las épocas primitivas no consideraba al matrimonio y la *manus* como separables. Sin embargo, bastante temprano el matrimonio y la *manus* se separaron en el concepto y en la realidad, como lo muestra la disposición de las XII Tablas que otorga a la esposa la opción a estar bajo la *manus* de su marido o no (*trinoctium*). Inclusive esta disposición puede tomarse como una prueba de que tal tendencia había existido mucho antes"²⁷.

El matrimonio *per usus* se vincula al primitivo matrimonio por raptó de la mujer ya que, en muchos pueblos, el matrimonio con la

²¹ Gaius, I, 123.

²² W. Waide Fowler, *op. cit.*, pág. 463.

²³ Gaius, I, 111.

²⁴ Gaius, I, 121.

²⁵ La Ley de las Doce Tablas establecía que la posesión continuada de un año se convertía en derecho de propiedad sobre las cosas muebles, la de dos años sobre las cosas inmuebles.

²⁶ "...quiescentis trinoctio abiret..." Gaius, I, 111; Gellius, *Noctium Antiorum*, III, 2.

²⁷ W. Waide Fowler, *op. cit.*, pág. 463.

mujer robada no se legalizaba hasta haber transcurrido cierto tiempo desde su origen²⁰.

Es así como empezaron los matrimonios de romanos y sabinas en los comienzos de la historia de Roma; con más precisión "en el cuarto mes después de la fundación de Roma"²¹, cuando tuvo lugar el rapto de las sabinas²², planeado y dirigido por Rómulo²³.

Plutarco dice que a ese hecho lejano se debe la costumbre de los cabellos de la novia, al desposarse, sean desenredados con la punta de una jabalina. "Dicea también algunos que la costumbre de dividir el cabello de la novia con la punta de una jabalina significa que las primeras bodas se hicieron por el combate y la guerra²⁴.

Según W. Ward Fowler²⁵ "hay alguna evidencia, en forma de supervivencias en procedimientos posteriores, de que el matrimonio por rapto existía entre los antepasados de la raza latina; pero en qué época, ya sea entre el pueblo de la *terrena* en Italia del Norte, o inclusive aún antes, no podemos decir. El rapto simulado de la novia en la defeción, la separación de su cabello con una lanza, posiblemente el hecho de levantarla para traspasar el umbral de la casa de su marido, unido todo ello a la leyenda del rapto de las Sabinas, puede muy bien ser tomado como supervivencia de una forma primitiva de matrimonio por rapto de la novia. Ahora bien, el matrimonio por rapto implica exgamia, de la que no existía rastro en el período histórico de Roma; el matrimonio se llevaba a cabo originariamente dentro de los límites de la gens²⁶; de manera que, si el matrimonio por rapto ha de ser considerado como una práctica original de la raza, es muy probable que la forma posterior de matrimonio por compra existiera entre ellos durante cierta época, dejando sus trazos en la *conceptio* posterior".

C) *La mujer "in manu" ante la ley.*

La *uxor in manu* era siempre *affens juris*, ya que se hallaba sujeta a la *potestas* *quasi* *in manu* *et* *in* *res* *quasi* *familias* *de* *facto*²⁷.

²⁰ Kohler-Zelnicer. f. *Vergl. Rechtswiss.* (Revista de Derecho Comparado), t. V, 1894, págs. 542, 545, 564, 565. Cf. Rodolfo Solms, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, Madrid, La España Moderna, 1885, pág. 526.

²¹ *Plat.*, *Romulus*, XIV, 1.

²² *Plat.*, *Romulus*, XIV, 1.

²³ *Plat.*, *Romulus*, XIV, 2, 3.

²⁴ *Plat.*, *Romulus*, XV, 7.

²⁵ W. Ward Fowler, *op. cit.*, pág. 463.

²⁶ Margarete Polverlimbühner, pág. 29, notas 1 y 2 Cf. W. Ward Fowler, *op. cit.*, pág. 463.

²⁷ *Gaius*, I, 113b, II, 159.

La *uxor in manu*, o *mater familiae*³⁹, salía jurídicamente de su familia civil y entraba en la de su marido. Su posición en la nueva casa era la de hija de familia (*filiae familiae loco*)⁴⁰, y se la consideraba en derecho *loco filiae* con respecto a su marido⁴¹ si éste era *sui iuris*; *loco nepotis*, con respecto al padre del marido, si éste estaba sometido a la patria potestad⁴²; y respecto del abuelo, siempre del marido, era *loco proreptis*⁴³.

Ante el hijo ocupaba legalmente el lugar de una hermana, *loco sororis*, "*Sororis auren nobis loco est etiam mater aut materque quae per in manum conventiones apud patrem nostram loco filiae nactus est.*"⁴⁴. ("Es tratada como nuestra hermana, nuestra madre o nuestra madrastra, que por estar *in manu* han adquirido cerca de nuestro padre los derechos de hija.") Igual que el hijo, estaba sometida al poder disciplinario absoluto del *pater familiae*. Si éste la sorprendía en adulterio podía matarla por sus propias manos; el marido era juez de su mujer y no censor. Tenía sobre ella imperio absoluto. Si había hecho algo deshonroso o vergonzoso, beber vino, faltar a la fe conyugal, etc., la condenaba y castigaba⁴⁵.

He aquí un ejemplo de la situación de la mujer ante el *pater familiae*, durante el Principado⁴⁶, cuyos protagonistas fueron Augusto y su sobrina segunda Appuleia Varilla.

"Un delator invocó la ley de majestad contra Appuleia Varilla, sobrina segunda de Augusto porque, decía, sus palabras ultrajantes habían ridiculizado al divino Augusto, a Tiberio y a su madre, y además había cometido adulterio. Respecto del adulterio, se juzgó que la ley Julia ofrecía disposiciones suficientes; en cuanto al crimen de lesa majestad,

³⁹ *Mater familiae* es la mujer casada *in manu*, que ha tenido varios hijos, y que ha tenido uno sólo "o *materne*, dice Gellius, citando a Elías Melianus; pero también dice que esta opinión no podía apoyarse en la autoridad de los antiguos, pues para decir *materne* era la mujer unida en matrimonio, *in matrimonium*, *materne* permanecía casada, *materna* o no hijos. Su nombre deriva de *matr*⁴⁰, porque si no era madre todavía "podía presumiarse que habría de serlo" (XVIII, 6). Dice Frenss que se llama *in matrone* solamente a las mujeres que tienen el derecho de llevar la *stola*. ("Matrone appellatur sui iuris, quibus stola habendi ius est" (De Sig. Verb., XI).

(*) *Matrone* que se casaron.

⁴¹ Gaius, I, 115b.

⁴² Gaius, III, 3.

⁴³ Gaius, II, 159; Gaius, III, 3.

⁴⁴ Gaius, III, 3.

⁴⁵ Gaius, III, 14.

⁴⁶ Gellius, X, 25.

⁴⁷ Desde Augusto hasta la muerte de Marco Aurelio (27 a. de J. C. a 180 d. de J. C.).

Augusto hizo la siguiente distinción: por una parte, Appoleia debía ser condenada por haber tenido para Augusto expresiones sacrílegas, pero por otra, él no quería que las injurias que se le dirigieran fueran objeto de juicio.

Invitado por el cónsul a dar su opinión acerca de las ofensivas expresiones vertidas sobre su madre, de las que se acusaba a Varilla, guardó silencio; pero, en la sesión siguiente pidió, incluso en el nombre de su madre, que se abstuvieran de incriminar a nadie por palabras, cualesquiera que ellas fuesen, dirigidas contra él. Hizo absolver a Appoleia del crimen de lesa majestad, demandó que se le mitigara el castigo por adulterio y aconsejó a los padres de la culpable, por aplicación de la antigua legislación sobre el adulterio, que la alejaran a una distancia de doscientas millas de Roma. A su amante, Manlio, se le vedó Italia y África.⁴⁴

Al igual que el hijo, la mujer *in manu* no podía tener patrimonio propio; todo cuanto poseía o podía adquirir era absorbido por el patrimonio del marido.⁴⁵

La uxor *in manu* cambiaba de familia agnática⁴⁶, y por ello, y en virtud de la *coverture in manu*⁴⁷, sufría una *capitis diminutio minima*⁴⁸. En compensación adquiría en la nueva casa los derechos de

⁴⁴ Tac., Ann., II, 50.

⁴⁵ Gaius, III, 83 y 84.

⁴⁶ Familia agnática es la constituida por todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad, o convivirían si perdurara el acuerdo común. El parentesco de sangre no basta para que exista agnación. La mujer *in manu* no es pariente agnática de sus hijos a título de maternidad, sino porque es legitimada *in loco maritis* de ellos. Los hijos de una hija no son agnados de su abuelo materno, porque se hallan bajo la patria potestad de su padre o abuelo paterno. Puede existir agnación sin parentesco carnal; por ejemplo, en el caso de la *adcoptio in manum*, que engendra artificialmente la patria potestad, y por lo tanto la agnación, no sólo respecto del marido, sino de toda la parentela civil del nuevo agnato.

Por el contrario, la familia cognática representa el linaje, no la casa; su parentesco se basa en la comunidad de sangre. La representación próxima de esta familia es la madre, así como el padre lo es de la familia agnática. Corresponden a la cognación la comunidad de sangre, como a la agnación la comunidad doméstica, descomulgación sobre vínculos matrimoniales y no sobre una relación estrictamente jurídica. No puede creerse ni extinguirse artificialmente como la agnación (en la adopción y en la *coverture in manum*).

⁴⁷ *Coverture in manum* es una forma de adquisición *per universitatem*, siendo ésta la que tiene por objeto un patrimonio entero o una cuarta-parte de un patrimonio. Por la *coverture in manum*, cuando la mujer tenía un patrimonio, quedaba en provecho del marido una adquisición *per universitatem* (Gaius, III, 83) y 84).

⁴⁸ La personalidad del ciudadano en la sociedad romana comprendía tres elementos: la libertad, el derecho de ciudad y los derechos de familia o agnación. La pérdida de cualquiera de esos elementos comportaba la extinción de la personalidad primitiva, lo que se expresaba por los juristicos como *dimissio quæ habet unum caput diminutum*. ('*Et autem caput diminutum primum caput personatum*', (Gaius, I, 158).

sucesión, ligados a su calidad de *filiae familiae loco*, es decir, heredaba de su marido, si éste era *su iuris* y del suegro, si el marido era *alieni iuris*, o del abuelo, si tanto su marido como su suegro estaban sometidos a su potestad, pues ella pertenecía a los herederos internos. "Los herederos internos toman su nombre del hecho de ser herederos domésticos, y que aún en vida del ascendiente son considerados en cierta medida como propietarios. . . Se los llama necesarios porque, en todos los casos, queriendo o no, se convierten en herederos, tanto por intestato como por testamento."⁴⁸

"La misma situación jurídica se produce para la esposa *in manu*, puesto que ella ocupa el lugar de una hija, así como para la nuera *in manu* del hijo, que ocupa el lugar de una nieta"⁴⁹. "Igual solución para la mujer *in manu* del nieto a causa del matrimonio; ella ocupa el lugar de una biznieta"⁵⁰.

El marido podía nombrar un tutor a la mujer *in manu*; "se puede dar un tutor a la esposa en las mismas condiciones que a una hija." ("*Uxor quae in manu est, proinde ac si filias . . . tutor dari potest*")⁵¹. También podía el esposo otorgarle autorización para que ella misma eligiera su tutor, opción que podía ser plena o restringida (*plena aut arguta*), como puede advertirse a través del texto de Gaius: "En lo concerniente a la esposa *in manu*, se admite igualmente la opción del tutor ("*recepta est aiam uxoris optio*")", es decir, que le sea permitido elegirse el tutor que ella prefiera. La fórmula es la siguiente: "Yo doy a mi esposa Titia la facultad de elegir su tutor." ("*Titia uxori suae tutoris optioem do.*") En este caso la opción es lícita para la esposa, sea respecto de todas las transacciones, sea respecto de una o dos solamente"⁵². "Por tanto, la opción es o bien plena, o bien restringida" ("*. . . aut plena datur optio aut arguta*")⁵³. Para la opción plena se

Los romanos comparaban la *capitis diminutio* a la nuera "*. . . capitis diminutio uxori comparatur*". (Gaius, III, 133). La pérdida de la libertad determinaba la *capitis diminutio maxima*; el ciudadano se convertía en un esclavo, no restituido, por tanto ninguna personalidad en derecho civil. La pérdida del derecho de ciudad convertía la *capitis diminutio media*; el ciudadano se convertía en un peregrino; la pérdida de los derechos en la familia de que formaba parte, producía una *capitis diminutio minima*; era el caso de la mujer que caía bajo la *manus* de su marido o del *pater familiae* de éste; perdía los derechos que tenía en casa de su padre, si bien adquiría otros en la familia de su marido. "La *diminutio* de la capacidad máxima se produce cuando la ciudadanía y la libertad quedan a salvo, el estado civil cambia; lo que se produce para los adoptados, las mujeres que hacen *coemptio*. . ." (Gaius, I, 162).

⁴⁸ Gaius, II, 137.

⁴⁹ Gaius, II, 139.

⁵⁰ Gaius, III, 3.

⁵¹ Gaius, I, 148.

⁵² Gaius, I, 150.

⁵³ Gaius, I, 151.

procede como acabamos de decir. Para la opción restringida, se expresa lo siguiente: "Yo doy a mi esposa Titia la facultad de elegir tutor una o dos veces solamente"⁵⁵. Estas opciones difieren entre sí. En efecto, "aquella que tiene la opción plena puede elegir su tutor una vez, dos veces, tres veces, y sucesivamente; aquella que tiene la opción restringida no puede, si la opción le es dada por una vez solamente, optar sino una sola vez; si la opción no es dada más que por dos veces, no puede optar más que dos veces"⁵⁶.

D) Cómo la mujer se liberaba de la "manus".

La mujer podía obligar al esposo a disolver la manus, en caso de divorcio. Si ésta se hubiese establecido *per confarreationes* (ceremonia religiosa) era necesario otro acto de la misma índole para anularla: la *diffarreatio*, ceremonia religiosa definida por Festus como un sacrificio por el cual se disolvía la unión entre marido y mujer. (*Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter viros et mulieres fiebat dissolutio*)⁵⁷. Si provenía de la *compro* o del *usus* bastaba una *manumissio* (liberación) especial⁵⁸.

2. La mujer en el matrimonio "sine manus"⁵⁹

Poco a poco el matrimonio *cum manu*⁶⁰ cedió su lugar al matrimonio *sine manus*, en el que el marido no tenía la *manus* o potestad sobre la persona y los bienes de la esposa⁶¹; por consiguiente, tampoco podían tenerla su suegro o el abuelo de su marido⁶².

En el matrimonio *sine manus* la mujer no cambiaba de familia agnática, ni sufría ninguna *capitis diminutio*⁶³; por lo tanto, si era *sol* antes del matrimonio, continuaba siéndolo después de casada, y si estaba bajo potestad, se mantenía en esa dependencia legal.

El matrimonio *sine manus*, que era el más frecuente al final de la República, no estaba legalmente sancionado. Las únicas pruebas de la *solus* (a *Jugastivus*, que es invocado por el hombre y la mujer en el momento en que se unen en matrimonio; a *Dowidarius*, llamado cuando

⁵⁵ Gaius, I, 152.

⁵⁶ Gaius, I, 153.

⁵⁷ Festus, IV.

⁵⁸ Gaius, I, 136-137.

⁵⁹ El matrimonio *sine manus* fue la forma de unión matrimonial corriente durante la República.

⁶⁰ Gaius, I, 110.

⁶¹ Es decir que el derecho que regía los bienes de los cónyuges recaía plenamente al principio de la separación de bienes.

⁶² Gaius, II, 159, y III, 5.

⁶³ Gaius, I, 162.

conducen a su casa a la desposada; a *Domitius*, a quien apelan para que ésta perviviera en su nuevo hogar; a la diosa *Materna*, a fin de que la desposada se quede con su marido; a la diosa *Virginens*, al dios padre *Sabigus*, a la diosa madre *Prima*, a *Favarda*, a *Venus*, a *Prisipo* ⁶⁴. La presencia de parientes y de amigos; el rancor que respeta: *Non licet veniar, marito; ancor in thalamo tibi est, ore floridulo nitens, alba parthenice velut Latroneae popaver* ⁶⁵; ("Ya puedes venir, esposo, la esposa está en el tálamo para ti; su rostro tiene el resplandor de las flores, el de la blanca maricanta o de la rosa amapola") y lo más importante de todo, un acto, un contrato, el *instrumentum dotale* ⁶⁶.

Por la circunstancia de que este matrimonio no estuviera legalmente sancionado, sucedía que frecuentemente en un litigio matrimonial el juez tuviera la mayor dificultad en determinar, en primer término, si se trataba de un matrimonio o de un concubinato. Una prueba concluyente en favor de lo primero era la existencia de la dote.

Pero en el matrimonio *sive* *mens* existía un poder marital; éste no era una imagen del poder paterno como en el matrimonio *cum manu* ⁶⁷, sino poder marital propio, como lo manifiesta el *interdictum* ⁶⁸ *de acore exhibenda et ducenda* en favor del marido, que le da derecho a exigir, frente a quien retenga a su mujer, aunque sea su propio padre y en uso del poder paterno, que se la restituya.

⁶⁴ San Agustín, de *Civitate Dei*, VI, 9. *Dii suppelletur* con los *Dii Indigetes*, que perdían cada momento de la fama y de la unión. "*Dii Indigetes* son, por su sentido, tal como fue uno el indicado por su traducción en griego: 'padres', los 'padres de la raza'. Los Indigetes serían los dioses ancestrales de los romanos. Nosotros encontramos el epíteto unido en Roma, al nombre del Dios Sol: *Sol Indiges* y, en Latium, a un *deus pater Indiger* (dios padre Indiger), que es, o el Sol, o Júpiter, o Eneas divinizado. T. Livio menciona un *Jupiter Indiger*, Virgilio un *Aeneas Indiger* y puede reproducir un *Abellus Indiger*. Es necesario convenir que el mismo romano se conservó el recuerdo de esos dioses autómicos de la raza, cuando el de Marr, que se encontramos en ninguna parte con la calificación de *Indiger* (Albert Gournay, *Les religions étrusques et romaines*, "Mans" III, París, 1948, pág. 133). Los nombres ocurren sobre el ámbito de la palabra *Indiger* se deben a C. Koch, a propósito de *Sol Indiges*, en su memoria: *Gesamtenhebung im alten Italien*, *Sol Indiges* un *der Kreis der die Indigetes* (Reverencia a los ancestros en las antiguas Italia. *Sol Indiges* y el círculo de los *dii Indigetes*) *Frankfurter Studien*, 3, 1933, pág. 63 y ss.; pág. 77 y ss. Cf. Albert Gournay, *Les religions étrusques et romaines*, "Mans" III, París, 1948, pág. 132.

⁶⁵ *Cat.*, 61, 191-192. Bajo el efecto de la emoción la novia está "ya pálida, ya rubicunda. La *parthenice* o "Eje de las vírgenes", ha sido, quizás, elegida con intención por el poeta." Cf. Caralle, *Poética*, París, "Les Belles Lettres", 1949, pág. 61.

⁶⁶ Hay un ejemplo de ese documento en un papiro de alrededor del año 100 C. de J. C., en Vincenzo Arangio Ruiz, *Fonata Iuris Romanae antiquitatis*, París III, Florencia, 1943, pág. 41, Nº 17, Cf. Marcel Druy, *Eloge Faucher d'une matrone romaine* (Eloge dit de Tonia), París, "Les Belles Lettres", 1930, pág. LXXVII.

⁶⁷ La mujer frente al marido ocupaba legalmente la condición de hija, *filiae loco* (Gaius, I, 113b).

⁶⁸ Los interdictos eran decisiones tomadas por el pretor. "Que exista un pretor encargado de la jurisdicción". (Cic., *Leg.* III, 1). También del gobernador de una

3. Disolución del matrimonio "cum manu"

El matrimonio *cum manu* terminó siendo excepcional⁶⁹. Sólo los aspirantes a los altos cargos sacerdotales, como los *flamines* de Júpiter, Marte y Quirino y los *reges sacrorum* debían haber sido de nupcias contraídas *per confarreatioem*⁷⁰ y estar casados mediante esta ceremonia religiosa⁷¹.

Es evidente, pues, que la *confarreatio* se celebraba entre un número reducido de personas, dentro de las cuales los elevados cargos religiosos eran prácticamente hereditarios.

La *coemptio* fue utilizada muy excepcionalmente en su función originaria de acto jurídico constitutivo del matrimonio⁷²; se la practicó, en cambio, para otros fines; se trata de la *coemptio fiducia* o *coemptio fiducia causa*⁷³.

Se recurrió a este procedimiento especialmente para que la mujer *studia* la tutela de sus agnados⁷⁴ y para que adquiriera el derecho de testar⁷⁵.

En cuanto al matrimonio *per usus* fue abolido por las costumbres, *morex*.

provincia para cubrir ciertos procesos ordenados o prohibiendo algo (Inst., IV, 13). Más explícitamente, en materia de derecho privado, en todos los casos en que había un debate entre dos personas, el magistrado podía fin al mismo por un *interdictum* (*inter duo aduersos*), o sea regla dictada entre dos partes. En algunos juriconsultos el término *interdictum* sólo se aplicaba a la defensa (*interdictores*). La orden se llamaba *discretum*; en este sentido se pronunció Gaius (IV, 140). Hay interdictos *prohibitoria*, *restrictoria* y *exhibitoria* (Gaius, IV, 142).

⁶⁹ En el Alto y Bajo Imperio.

⁷⁰ Gaius, I, 112.

⁷¹ Gaius, I, 112.

⁷² Un ejemplo de que aún era practicado a mediados del primer siglo antes de la era cristiana lo proporciona el caso de la hermana de Trajano (objeto de la *lex Julia* cuyo fragmento se encontró en una lápida marroquí inserta en la pared exterior, según R. F. Ferdinandus Ughellus de la orden de los Cavalleros, obra del Capisani (Sussanae Varii, 91-93, f. 134). O en la case de los monjes Cassinenses, en la Torre de los Ermites (Cades Barberinias, 36, 37, pág. 160) (Corpus Inscriptum Latinarum, VI, 1127).

⁷³ Gaius, I, 114.

⁷⁴ Gaius, I, 114 y 115. "En ese caso la mujer se debía *coempta* (*), comprar por un individuo quien la mancipaba inmediatamente a otro hombre de familia, el que la mancipaba *coempta*, convirtiéndose formalmente en su tutor. De esa manera quedaba destruido el vínculo de agnación que unía a la mujer con su familia civil (Gaius, Institurae, París, "Les Belles Lettres", 1930, pág. 21).

(*) *Coempta* es usado por Cicerón en el sentido de "comprar", de modo que es probable que hacer *coemptio* desempeñe el papel de contrapartida de *emptio*, es decir de aquel de vendedor.

⁷⁵ Gaius, I, 113a.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Por ATILIO MOLteni

Introducción.

La responsabilidad internacional del Estado es una institución fundamental dentro del Derecho Internacional Público, pues de no admitirse una responsabilidad consiguiente a un acto ilícito internacional se suprimiría el deber de los Estados de comportarse de acuerdo al Derecho Internacional. Está presente en todas las controversias internacionales, de ahí la importancia de su estudio y perfeccionamiento para lograr que todos los conflictos se resuelvan por vías jurídicas y no en base a los factores de poder con que cuentan los Estados.

Por otra parte esta institución está en crisis de renovación debido a que el desarrollo del Derecho Internacional también ha incidido en ella por los cambios de la práctica internacional y por la actual interdependencia de los Estados en la comunidad Internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha encomendado por la Resolución 799 (VIII) a la Comisión de Derecho Internacional la codificación de los principios del Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad del Estado. Dicha Comisión nombró como Relator Especial para este tema al jurista cubano F. V. García Amador, quien ya ha presentado seis informes en donde se estudian distintos aspectos de la Responsabilidad internacional del Estado. Una subcomisión integrada por varios miembros de la Comisión de Derecho Internacional ha subscrito actualmente al Relator Especial debido a las complejidades que se presentan para sentar las bases de codificación de esta institución.

El antecedente más importante de esta labor de codificación constituye lo tratado por la Primera Conferencia de Codificación de la Sociedad de las Naciones, que se reunió en La Haya en 1930, en donde la Responsabilidad de los Estados por los daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros constituyó la labor de la tercera Comisión, pero en ella sólo se llegó a aprobar el texto de diez artículos.

La Escuela de Derecho de Harvard preparó en 1929 con motivo de esta conferencia, un proyecto de 18 artículos, acompañados de sus antecedentes judiciales y doctrinales. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al emprender nuevamente la tarea de codificar la Responsabilidad Internacional del Estado sugirió a esta Escuela la conveniencia de un nuevo estudio del tema, por lo cual ésta preparó un segundo proyecto, obra de los doctores Louis Sohn y R. Baxter. Al comparar ambos proyectos se ve claramente la evolución de los conceptos jurídicos de la responsabilidad internacional.

Los proyectos de codificación a los cuales hemos hecho mención, así como la mayoría de las decisiones judiciales, se refieren a la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, es decir a una situación particular de la responsabilidad sin contemplar todas las situaciones que pueden presentarse, por ejemplo la responsabilidad de un Estado hacia otro Estado por la violación de un tratado o de otra norma del Derecho Internacional. El respeto al extranjero es una entre muchas de las obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional. Para determinar con exactitud la estructura jurídica de la responsabilidad internacional debemos tener en cuenta, que ésta resulta no sólo de la infracción de una en particular, sino de la violación de cualquier obligación internacional.

Concepto de la Responsabilidad Internacional.

Un Estado internacionalmente es responsable cuando viola una obligación jurídica impuesta por una norma de Derecho Internacional general o del Derecho Internacional Particular, es decir por haber cometido un acto ilícito internacional. Dicha norma puede estar originada en la costumbre, en un tratado o en los demás modos de constatación del Derecho Internacional comprendidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La existencia de un orden jurídico internacional demanda a los sujetos a los cuales se imponen deberes, que respondan por el incumplimiento de los mismos. En la teoría y en la práctica internacional se ha considerado que esa situación se traduce en una obligación de reparar, que puede consistir en el restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito, o en una indemnización, o en una combinación de ambas. Podemos decir que la obligación de reparar es sustitutiva de la originaria violada por el acto contrario al Derecho Internacional.

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Chorzow, declaró: "Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso supone la obligación de reparar en forma adecuada, la reparación es pues, el complemento indispensable en la aplicación de un convenio, sin que sea necesario que figure en el convenio mis-

mo"¹. Es decir, que para el tribunal la violación de una obligación y el deber de reparar son dos nociones jurídicas que se identifican.

El art. 19 del nuevo Proyecto Harvard, mantiene esta solución, pero cambiando la titularidad de la reclamación²: "... El Estado que es responsable de tal acto u omisión tiene el deber de reparar en consecuencia los daños a un extranjero, o a un extranjero reclamante en su nombre, o al Estado titular de una reclamación en nombre del individuo reclamante".

Naturaleza de la responsabilidad internacional.

El deber de reparar comprende tanto el restablecimiento de la situación anterior o una indemnización de los daños y perjuicios, como también medidas de "satisfacción" al Estado damnificado. Dichas medidas de "satisfacción", que pueden ser incluso pecuniarias; tienen un marcado carácter punitivo. La misma reparación de los daños y perjuicios puede revestir este carácter, en los casos de manifiesta discordancia entre el daño causado y su monto.

En consecuencia no es posible identificar la responsabilidad internacional con la responsabilidad del Derecho Civil, pues esta última tiene fundamentalmente un contenido económico, mientras que si bien el daño económico juega en el deber de reparar una obligación internacional, éste no la agota, pues puede llegar a tenerse en cuenta para determinar la gravedad del daño político o moral que puede significar para el estado un acto ilícito contra el cometido. En ese sentido Anzilotti expresa: "El elemento esencial de las relaciones entre dos Estados no es el elemento económico, aunque éste constituya, en último término el substratum; es más bien un elemento ideal, el honor, la dignidad, el valor ético de los sujetos. Resulta que el solo hecho de que un Estado vea que uno de sus derechos ha sido desconocido por otro Estado, implica un perjuicio aunque no se deriven de él consecuencias materiales"³.

La obligación de reparar puede no ser la única consecuencia del acto ilícito internacional, pues podrían imputarse sanciones al Estado que lo cometió. La existencia de sanciones es fundamental para todo ordenamiento jurídico, pues éste es esencialmente un sistema coercitivo. Se ha negado este carácter al Derecho Internacional Público. Josef Kunz, en contra de esta idea, expresa: "La supuesta ausencia de sanciones ha sido el argumento de quienes niegan a las normas de Derecho Internacional el carácter de normas legales. Es que el Derecho Interna-

¹ *Collection of Judgements*, Serie A, núm. 17, pág. 47.

² *The American Journal of International Law* (1961), núm. 55, pág. 348.

³ *Diccionario Anzilotti, Curso de Derecho Internacional*, trad. de la 1ª ed. italiana, por JULIO LÓPEZ OLIVERA (Madrid, ed. Reus S. A. 1933). Tomo I.

cional como ordenación legal altamente descentralizada no tiene organismos centrales para la determinación de delitos y ejecución de sanciones, no existe el monopolio de la fuerza a disposición de un organismo central, no se distingue entre sanciones penales y sanciones civiles, y todas se fundan en la responsabilidad colectiva. Cada Estado debe atribuirse la autodeterminación del delito y aplicar la sanción"⁴.

Las sanciones tradicionales del Derecho Internacional han sido las represalias y la guerra, éstas han constituido la justicia privada, "procedimiento de realizar y poner en vigencia al derecho en un orden legal primitivo"⁵, pero en el estado actual de evolución del Derecho Internacional dada la obligación de los Estados de recurrir al arreglo pacífico de sus controversias y la prohibición del recurso a la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, no podría darse la aplicación unilateral de estas sanciones por el Estado, como autotutela de sus propios derechos.

Pero en cambio, no se ha otorgado a las Naciones Unidas la posibilidad de aplicar sanciones en el caso de cualquier violación del Derecho Internacional. La competencia del Consejo de Seguridad se limita a la aplicación de estas sanciones en el caso de "amenaza de la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión". Josef Kunz destaca que la única excepción es el inciso 2 del artículo 94, de la Carta de las Naciones Unidas, en el que el Consejo de Seguridad puede dictar medidas en el caso de que no se lleve a efecto la ejecución de un fallo de la Corte Internacional de Justicia, señala que "es el único caso en que el Consejo de Seguridad puede aplicar sanciones ejecutivas, convirtiendo a las Naciones Unidas, en esta instancia, en un organismo que hace cumplir la ley"⁶.

Elementos constitutivos de la responsabilidad.

1) El elemento objetivo: consiste en una acción u omisión que viola una obligación internacional del Estado, es decir, que la conducta que origine tal violación puede consistir en una acción positiva o en la omisión de una conducta debida, por ejemplo, la obligación que establece el art. 22 inciso 2 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas de que "El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de lo mismo o se sienta contra su dignidad". Existen en el Derecho Internacional

⁴ JOSEF L. KUNZ, "Sanctions in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 54 (1960, núm. 2), pág. 329.

⁵ JOSEF L. KUNZ, "Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law* (1947, núm. 4), pág. 877.

⁶ JOSEF L. KUNZ, *ibid.*, nota 4.

al igual que en el Derecho Interno respecto de los individuos, normas que imponen al Estado una obligación general de observar determinada conducta y otras que le imponen la obligación de ejecutar algún acto. Un caso muy característico dentro de los actos de omisión, sería el que ya hemos destacado, constituido por el incumplimiento de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

2) Necesidad de que se produzca un acontecimiento exterior o daño. Es necesario para que surja la responsabilidad del Estado la existencia de un evento exterior que produzca un daño, aunque éste puede no tener un contenido económico. Pero no es suficiente la sola posibilidad de que éste pueda producirse. No basta una medida de carácter general, sino tiene que haber actos concretos de ejecución que causen un perjuicio, y recién podrá plantearse una reclamación diplomática cuando haya tenido lugar esta acción.

En el *Martinio Claim*, planteado en virtud del Convenio Yugoslavo-Estadounidense, debido a la nacionalización por el primer país de bienes pertenecientes a extranjeros, se decidió: "Que la simple posibilidad de que el gobierno yugoslavo cambiara de parecer sobre la nacionalidad de *Martinio* (naturalizado estadounidense) no bastaba para dar motivo a una pretensión de indemnización"⁷. El mismo principio se sentó en el *Mariposa Claim*, entre Paraná y E.U.A., en el cual se decidió que: "La ley de expropiación recién causaba perjuicio cuando se aplicara a la finca en cuestión"⁸.

3) El abuso de Derecho. Es controvertida la posibilidad de que se origine responsabilidad por el abuso de un derecho reconocido por el Derecho Internacional, es decir, no por la infracción de una obligación sino por el ejercicio de un derecho de manera arbitraria. Para Oppenheim la responsabilidad en este caso surge cuando "un Estado ejerce su derecho de tal modo que causa un perjuicio a otro Estado que no es posible justificar por una consideración legítima de su propia ventaja"⁹. Lo considera: "Uno de aquellos principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas que la Corte Internacional de Justicia viene obligada a aplicar en virtud del art. 38 de su Estatuto"¹⁰.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de las Zonas libres de la Alta Saboya decidió que "Francia en la frontera poli-

⁷ IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Cases Prácticos de Derecho Internacional Público*, (Barcelona, ed. Sagnier S. A., 1958), pág. 170.

⁸ IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 170.

⁹ y ¹⁰ L. OPPENHEIM, de la 8ª edición inglesa a cargo de Sir Hersch Lauterpach, *Traité de Droit International Public*, trad. López Oliván y J. M. Castro Rial (Barcelona, ed. Bosch 1961), tomo I, págs. 366 y 367.

tica, dado que no podría establecer aduanas, podía exigir pagos fiscales de otro carácter, tan sólo cuando ello no fuera constitutivo de un abuso de derecho que infringiera la prohibición de la imposición de aduanas¹¹. La Corte Internacional de Justicia también se refirió a este principio en el litigio de las pesquerías anglo-noruegas en el que se discutió si el método empleado para delimitar la zona de pesquería (líneas de base) era contrario o no al Derecho Internacional¹².

Otras situaciones en que un Estado aún obrando dentro de su derecho incurriría en responsabilidad, serían por ejemplo, el modificar el curso de un río en detrimento de los demás ribereños, o que actividades industriales en su territorio causen perjuicios a bienes o personas situadas en otro Estado. En el caso Trail Smelter, llevado a arbitraje debido a que un horno de fundición canadiense causó por sus emanaciones de humo daños en el territorio estadounidense, se entendió que un Estado no puede usar ni permitir el uso de su territorio de tal manera que se causen perjuicios a otro Estado, y que el Canadá debía efectuar compensación por daños¹³.

García Amador ha incluido a la prohibición del abuso de derecho en el art. 2 de su anteproyecto revisado, entendiendo por tal: toda acción contraria a las normas del derecho internacional que rigen el ejercicio de los derechos por el Estado¹⁴. En la convención sobre la Alta Mar de 1958, se establece en el art. 2 que las libertades que se conceden serán ejercidas por los Estados en consideración a los intereses de otros Estados.

Responsabilidad subjetiva u objetiva en el Derecho Internacional.

El dolo y la culpa como hechos psicológicos que son sólo se dan en el individuo, por lo tanto cuando se habla de responsabilidad subjetiva u objetiva es en el sentido de determinar si es necesario, para imputar determinado incumplimiento de una obligación internacional al Estado, que haya habido dolo o culpa en la conducta de individuos que es atribuida por el Derecho Internacional al Estado.

¹¹ IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 42.

¹² Ver C. JOHN COLOMOS, *Derecho Internacional Marítimo*, trad. J. L. de Azpilaga (Madrid, ed. Aguilar, 1961), pág. 73.

¹³ IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 67 y 135.

¹⁴ F. V. GARCÍA AMADOR, "Responsabilidad Internacional: Sexto Informe", Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1961, Volumen II (A/CN.4/194 y add. 1), pág. 51. Este autor encuentra que si bien no puede afirmarse la existencia misma misma, de una obligación internacional que prohíba los ensayos nucleares, podría generarse un abuso de derecho si se invoca la libertad del mar o del espacio ultraterrestre. Ver su quinto informe en esta misma publicación (1960, Vol. II), pág. 63.

La posición tradicional que se remonta a Hugo Grocio, parte del principio del Derecho Romano de la necesidad del dolo o la culpa en incumplimiento de la obligación. Para Oppenheim "El acto lesivo de un Estado para otro Estado no constituye, sin embargo, un delito internacional si ha sido cometido involuntariamente sin mala fe o negligencia culpables"¹⁹. Es decir, que surge la responsabilidad cuando el efecto perjudicial de una conducta ha sido previsto y querido por el órgano. En cambio, si la responsabilidad internacional es objetiva surgiría con la sola violación de la obligación.

No parece ser esto solucionable "a priori", ningún ordenamiento jurídico requiere en todos los casos dolo o en todos la mera infracción de la norma. Tal es la opinión de Anzilotti, que de una posición netamente objetivista, sostuvo luego "Puesto que se trata de una condición eventual de la imputación de hechos individuales al Estado, y puesto que, la imputación es siempre un efecto de las normas jurídicas, es así un problema de interpretación. Siempre que existe una norma que prevé la responsabilidad internacional de E., hay que ver si ella, según su sentido subordina la imputación al dolo o a la falta de los órganos o solo a la existencia de un hecho objetivamente contrario al Derecho Internacional"²⁰.

Siguiendo esta interpretación, si tomamos los casos de responsabilidad por actos de particulares, que no obligan al Estado sino en caso de cierta actitud de sus órganos, según la teoría de Grocio de "patiensia" o "receptus", sería un típico caso en donde es necesario dolo o culpa, pero de él no podemos extraer la conclusión de que en todos los casos es necesario este elemento. En los actos de "omisión" por ej.: la responsabilidad se origina en la negligencia en tomar determinadas medidas, y la negligencia es más una especie de responsabilidad absoluta que un tipo de culpabilidad, pues la culpa ya integra la obligación.

García Amador destaca que la jurisprudencia internacional no es clara en esta materia, y que en el único caso que podría sostenerse la exigencia de este requisito por la CII es el del Canal de Corfú, pero ello dependería de la forma de interpretar la sentencia; en los demás casos el tribunal estimó que cualquier violación imputable y voluntaria de una obligación constituye un acto ilegal²¹. En su anteproyecto, otorga a la responsabilidad en principio el carácter de objetiva, ya que ésta surge por el incumplimiento de una obligación que causa daños consignando luego expresamente los casos en que se requiere culpa.

¹⁹ L. OPPENHEIM, *op. cit.*, tomo I, pág. 163.

²⁰ DIONISIO ANZILOTTI, *op. cit.*, tomo I, pág. 436.

²¹ F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.*, Quinto Informe, 1949 Volumen II (A/CN.4/125), pág. 61.

El desarrollo de la técnica plantea nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva debido a los riesgos que implican experimentos científicos como explosiones atómicas para terceros Estados¹⁸.

Vedross, opina que tiene que haber un principio de culpa en el órgano, para que la acción u omisión puedan ser imputadas al Estado. En las cuestiones dudosas se podrá acudir a los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, pero destaca que estas reconocen excepcionalmente la responsabilidad objetiva¹⁹. Esto es así, debido a que lo que caracteriza a los actos humanos es la intención con que se realizan, y muy difícilmente puede dejarse de lado tal intención al considerarlos desde el punto de vista de la responsabilidad.

Responsabilidad directa e indirecta del Estado.

La actividad del Estado no es más que actividad de individuos; es necesario determinar que condiciones deben darse en ellos para que se atribuyan al Estado acciones que infringen el ordenamiento internacional.

La responsabilidad "directa" del Estado, deviene de las acciones u omisiones ejecutadas por individuos investidos del carácter de órganos del Estado, en violación de las normas de Derecho Internacional que exigen al Estado determinados resultados.

El Derecho Internacional deja a los ordenamientos nacionales la determinación de las personas que han de considerarse órganos del Estado. Podemos interpretar esto con el criterio de Hans Kelsen de que las normas del Derecho Internacional son normas incompetetas, en el sentido de que determinan lo que ha de hacerse o evitarse, obligando al Estado y dejando a éste la determinación del elemento personal, el individuo que con carácter de órgano del Estado debe cumplir el ordenamiento internacional²⁰.

Vedross solo toma en consideración los actos de órganos que ejercen la supremacía del Estado, excluyendo los de otros órganos que ejercen otras funciones del Estado, por ejemplo, las económicas (una empresa de ferrocarriles). En estos casos, de surgir responsabilidad ésta será indirecta. En este sentido el último Proyecto Harvard expresa en el 2.º Punto del art. 17: "Los términos "órganos del Estado", "oficiales de un Estado", "oficial de un Estado", "dependiente de un Estado", como es usado, en esta Convención, no incluye cualquier órgano, oficina, oficial o dependiente de cualquier empresa normalmente considerada

¹⁸ Ver nota 14.

¹⁹ ALFRED VEDROSS, *Derecho Internacional Público*, trad. A. Toyol y Serra (4.ª ed., Madrid, ed. Aguilar, 1963), pág. 303.

²⁰ HANS KEISEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Marín (2.ª ed. México, Imprensa Universitaria, 1938), pág. 408.

como comercial de la cual es propietario en todo o en parte el Estado o una entidad comprendida en el párrafo 1, y tal empresa es, según el derecho de tal Estado, una persona jurídica separada con respecto a la cual el Estado no concede inmunidad en sus propios tribunales o no reclama inmunidad en tribunales extranjeros”²¹.

Los actos de las provincias o municipios que integran el Estado, se consideran desde el punto de vista internacional, como provenientes de los órganos del Estado central, no importando lo que expresa la constitución del Estado acerca de los poderes reservados o delegados, ya que el propio del Derecho Internacional un concepto unitario para considerar al Estado.

El art. 14 del Proyecto de García Amador, expresa: “Los actos y omisiones de las subdivisiones políticas son imputables al Estado cualquiera que sea la organización interna de éste o el grado de autonomía legislativa, judicial o administrativa que disfruten aquéllas”. La misma opinión sientan ambos proyectos de Harvard.

El individuo o individuos que revisten el carácter de órganos, tienen según el ordenamiento nacional, una competencia limitada y puede ocurrir que en el ejercicio de sus funciones excedan o infrinjan esa competencia. Si a consecuencia de ello se infringe una obligación internacional, la responsabilidad se atribuye al Estado, aunque éste considere desde su punto de vista que su órgano al actuar ilícitamente no ha ejecutado un acto de Estado.

El art. 8, inc. 2, del proyecto de La Haya de 1930, expresa: “El Estado incurre igualmente en responsabilidad internacional si el daño sufrido por el extranjero resulta de actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado ejecutados por sus funcionarios excediéndose en sus atribuciones pero al amparo de su carácter oficial”. Se exceptúa el caso de que “la falta de atribuciones [del funcionario sea tan manifiesta que el extranjero debía advertirla”. En este caso la situación sería idéntica al acto de un particular; habrá responsabilidad de parte del Estado según la actitud que tome ante ese hecho lesivo. El artículo 13 del proyecto de García Amador es similar. El nuevo proyecto Harvard atribuye los actos al órgano cuando este ha actuado “dentro del ámbito de su efectiva o aparente autoridad o dentro del ámbito de su función”.

Responsabilidad por los actos de los órganos.

1) *Órganos Constitucionales y Legislativos*

Debido a la primacía de las normas internacionales sobre las normas internas puede el Estado eludir que se le impute la responsabilidad por un acto ilícito internacional invocando disposiciones de su Derecho

²¹ *Ibidem*, nota 2.

interno, según las cuales no sería ilícito un acto al cual el Derecho Internacional otorga este carácter. La obligatoriedad de una ley opuesta al Derecho Internacional, "sólo es a efectos internos y provisionales"²⁰. En la instancia internacional toda la actividad del Estado está sometida a un control de legalidad, aun la proveniente de órganos constitucionales o legislativos²¹.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el fallo sobre "Ciertos Intereses Alemanes en La Alta Silesia Polaca" (1926) expresó: "Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del Tribunal, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas". El art. 5 del Proyecto de la III Comisión de La Haya de 1930, expresa: "Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando su derecho interno"²².

En el caso *Shufeldt*, también se hizo aplicación de este principio. *Shufeldt* ciudadano norteamericano fue desposeído en 1928, de una concesión otorgada anteriormente por el gobierno guatemalteco; este gobierno alegó ante el árbitro internacional que su poder legislativo había actuado de acuerdo con su Constitución. El árbitro resolvió que: "es norma aceptada del Derecho Internacional que no es admisible que un soberano interponga una de sus propias leyes para impedir el reclamo de un soberano extranjero por daños causados a sus súbditos"²³.

Las obligaciones internacionales del Estado pueden ser dejadas de lado tanto por la promulgación de leyes o de disposiciones constitucionales que les sean incompatibles, como por la omisión de la promulgación de aquellas necesarias para cumplir tales obligaciones.

Un caso de responsabilidad por omisión del órgano legislativo, podemos encontrarlo en el caso del "Alabama", buque confederado que causó cuantiosos daños a la Unión, el conflicto se planteó entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América, pues dicha nave había sido armada y equipada en jurisdicción británica. La cuestión fue llevada a arbitraje por el tratado de Washington de 1871, decidiendo el árbitro que Gran Bretaña no podía aducir, para justificar el no haber ejercido la debida diligencia (se habían sentado diversas hipótesis de debida diligencia en el compromiso) la insuficiencia de los medios legales de acción que tuvo a su alcance. Finalmente se la condenó a pagar una indemnización de 15.500.000 dólares²⁴.

²⁰ ALFONSO VERROSSI, *op. cit.*, pág. 65.

²¹ Apéndice de "La responsabilidad Internacional: Primer Informe", (1955, vol. II), (A/CN.4/96), pág. 321.

²² IGNAZ SEIDL-HOHNWELDEN, *op. cit.*, pág. 76.

²³ C. JOHN COLOMBO, *op. cit.*, pág. 438.

Esta responsabilidad por omisión del órgano legislativo produce la eficaz consecuencia de obligar a los Estados a adecuar su legislación a sus obligaciones internacionales, así Gran Bretaña al año siguiente del caso anterior dictó la "Foreign Enlistment Act"²⁶ en la cual prohibió actividades similares por las cuales se había visto obligada en el caso del "Alabama".

El caso Manzo es similar al anterior; se planteó ante una comisión arbitral entre Estados Unidos y Panamá. Manzo ciudadano panameño sufrió heridas trabajando con una máquina de un Departamento de los Estados Unidos. Este país alegó que según su derecho el Estado no se hacía responsable del proceder culpable de sus departamentos. La Comisión decidió que "Estados Unidos era responsable aún cuando sus leyes no previeran compensaciones por tales daños", si ellas son debidas según las normas jurídicas generales, agrega Seidl-Hohenveldern remitiéndose al concepto de que de ellas da Verdross.²⁷

2) Responsabilidad por los Actos Administrativos

Estos órganos son los que con mayor frecuencia por motivo de sus funciones violan el ordenamiento internacional. Con respecto a ellos también se presenta la hipótesis de ejercicio fuera de la competencia.

El Estado es responsable de la conducta de todos sus agentes públicos sin que quepa hacer distinciones según el cargo que ocupan en la jerarquía administrativa. En cambio en el proyecto de Harvard de 1929 se hacía distinción entre los actos de autoridades superiores, de los cuales surgía la responsabilidad por el agotamiento de los recursos locales, y los actos de los funcionarios subalternos, respecto de los cuales la responsabilidad podía surgir por no haber el Estado aplicado a éste una sanción disciplinaria²⁸. Sin embargo esta distinción carece de importancia, y ya no se hace en el nuevo anteproyecto, cuyo art. 16 en su punto 2 expresa: "Los términos funcionarios de un Estado y empleados de un Estado, como es usado en esta Convención, incluyen ambos a funcionarios civiles o a empleados del Estado y todos los miembros de las Fuerzas Armadas o de las organizaciones para-militares".

En el caso Massey, que se planteó entre E.U.A. y México, el árbitro decidió: "Cuando un acto improcedente de un funcionario, cualquiera que sea su jerarquía según la ley nacional, da lugar a que una nación falte en el cumplimiento de sus obligaciones según el Derecho internacional, la nación debe asumir la responsabilidad de los actos indebidos de sus servidores"²⁹.

²⁶ C. JOHN COLOMBOS, *op. cit.*, pág. 436.

²⁷ SEIDL SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 129.

²⁸ *Ibidem*, nota 23, pág. 225.

²⁹ O. E. A., "Contribuciones de los Estados Americanos", pág. 102.

Responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos judiciales.

Las decisiones judiciales son susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, pues puede cometerse un acto ilícito internacional en el juzgamiento de una situación particular, en la cual intervengan elementos internacionales.

Su ilicitud puede consistir en la aplicación de una disposición interna contraria a las obligaciones internacionales del Estado²⁰. Por ejemplo, la asamblea aplica a una ley modificatoria de una materia regida por un tratado aun en vigor. El Juez Nacional se encuentra en una situación difícil; está obligado por su Derecho Interno, pero por otra parte, debe tener en cuenta al ordenamiento internacional²¹, tratando que su decisión esté de acuerdo con éste, siempre que pueda presumir de que el Estado no trata de violar el Derecho Internacional. Verdross destaca que "la evolución jurídica más reciente se inclina a considerar que los órganos estatales quedan directamente obligados por el Derecho Internacional a negarse a obedecer excepcionalmente a una ley de su propio Estado si el órgano en cuestión al aplicarla, incurriera en un delito internacional²².

El órgano judicial puede también generar responsabilidad por la no aplicación de un principio de Derecho Internacional que rige en caso que se juzga, aún en el caso de que éste no haya sido adoptado expresamente por una ley de su país, por aplicación del sistema de ejecución interna general de las normas jurídicas internacionales universalmente reconocidas²³.

No se considera en cambio responsable al Estado, por el error judicial en la aplicación de su Derecho Interno, siempre que el fallo dictado por los jueces de la causa sea fundado y serio, aunque sea errada su fundamentación legal en el caso concreto. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso "Lotus" expresó: "El hecho de que las autoridades judiciales hayan cometido un error en la elección de las disposiciones legales aplicables al caso y compatibles con el Derecho Internacional, afecta únicamente al Derecho Interno y sólo puede interesar

²⁰ ROGER FRYO, "La Juge Interne Française dans le régime de Droit International Public", *rev. Marguerite Angier, Revue Juridica de Buenos Aires* (1962, I-II), pág. 33. Señala que "el juez francés no puede suspender para sí simplemente desde de otras autoridades constitucionales, ya sea el gobierno o parlamento. Su actividad contraria al Derecho Internacional lleva consigo la responsabilidad internacional del Estado".

²¹ Ver ROGER FRYO, *idées*, *com anterior*, pág. 47 y s.

²² ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 64.

²³ ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 68.

al Derecho Internacional en tanto implique una infracción de una norma convencional o la posibilidad de una denegación de justicia”²⁴.

Debe el Estado asegurar a los extranjeros una administración de justicia ordenada, y es responsable en el caso de que se haga una aplicación diferenciada de los principios procesales reconocidos internacionalmente, impidiendo, por ejemplo al extranjero, el acceso a la vía judicial, o demorando una sentencia indebidamente.

El Derecho Internacional, entiende también que un acto judicial es antijurídico, cuando consiste en lo que Verdross llama “una violación calificada del Derecho Interno”²⁵, por implicar la sentencia a una injusticia manifiesta, por su arbitrariedad, o cuando se causa un daño a un extranjero bajo la apariencia de la aplicación de la ley.

A este respecto, el Proyecto del Institut de Droit International de 1927, expresa en su art. 6: “El Estado es asimismo responsable si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria. . .”²⁶. El primer proyecto de Harvard, en su art. 9, también habla de “sentencia notoriamente injusta”, y el actual en el art. 8 inc. a) y b) las considera ilícitas: “Si es una clara y discriminatoria violación del derecho de ese Estado, o si se aparta irrazonablemente de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo”; según esta última posibilidad, aún cuando no se haya infringido el Derecho Interno, el Estado incurre en responsabilidad si el acto u omisión supone el desconocimiento de una norma generalmente aceptada en la administración de justicia.

Toda violación del ordenamiento internacional por el orden judicial, se suele comprender bajo la expresión “denegación de justicia”²⁷, pero tal interpretación despoja a la expresión de valor técnico, pues ya hemos visto que se dan distintos supuestos de actos ilícitos cometidos por el poder judicial. Verdross destaca, que la sentencia del caso *Chattin* da a la expresión un contenido preciso: “There must be an injustice antecedent to the denial and the denial after it”²⁸. Es decir, que habiéndose producido un acto ilícito internacional un tribunal se niegue a atender como corresponde una demanda de reparación del daño por el perjudicado.

Responsabilidad por actos lícitos particulares y por disturbios internos.

La responsabilidad del Estado no surge del acto ilícito de las personas privadas, sino de la conducta que hayan observado sus órganos en

²⁴ Tomado de CHARLES BOUVEREAU, *Derecho Internacional Público* (2ª ed., ed. Arid, 1961), pág. 568.

²⁵ ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 307

²⁶ *Ibidem*, nota 23, pág. 221.

²⁷ y ²⁸ Ver ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 283.

relación a dicho acto. Lo que se atribuye al Estado no es la conducta original que causó el daño, sino el incumplimiento de una obligación internacional que se determina de acuerdo al criterio de "debidísima diligencia". Esta "debidísima diligencia" no es definible exactamente, se analiza hoy que hacerlo con relación a las modalidades de cada caso, pero es útil en cuanto señala que el Estado no es responsable por todos los actos de los particulares, aún cuando estos hayan obrado con culpa o dolo, sino cuando sus órganos omitieron tomar las medidas de prevención y represión que lógicamente tomaría otro Estado en esas circunstancias.

Hugo Grocio, enunció este principio, oponiéndolo al de la "solidaridad del grupo" que hacía al Estado responsable en todos los casos.

García Amador se refiere a esta hipótesis de responsabilidad en el art. 7 de su anteproyecto. El inc. 1 de este artículo señala que la responsabilidad surge cuando: "... las autoridades han mostrado una negligencia notoria en la adopción de medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para evitar la ocurrencia de tales hechos". En el inc. 2 del mismo artículo destaca de entre las circunstancias del hecho lesivo: su previsibilidad, y la posibilidad material que tenga el Estado de evitarlo²⁴. El inc. 3, similar al art. 13, inc. 2, del nuevo proyecto Harvard, hace responsable al Estado por la no aprobación de quienes causaron un daño a un extranjero únicamente si de esta manera se priva a éste de la oportunidad de demandarlos para cobrarse los daños o perjuicios.

Un Estado responde por los actos ilícitos de revolucionarios únicamente en el caso de que éstos triunfen y se constituyan ellos mismos en gobierno de ese Estado.

Responsabilidad indirecta del Estado.

Esta se origina cuando un Estado asume la responsabilidad por un acto cometido por otro sujeto de Derecho Internacional. Implica la existencia entre ambos de un vínculo especial de dependencia jurídico internacional, por ejemplo, un Estado mandatario respecto de la colectividad sometida a su mandato.

En estos casos no coinciden el sujeto de la obligación y el sujeto de la responsabilidad, si bien podemos imputar al otro sujeto de Derecho Internacional la violación de la obligación; la imputación de la responsabilidad recae sobre el otro Estado.

Rousseau señala la aplicación de esta responsabilidad derivada en los casos: "Reclamaciones británicas por daños causados a súbditos ingleses en la Zona Española de Marruecos (C.P.J.I.) 1925, en el asunto

²⁴ *Ibidem*, nota 14, pág. 53.

de los Fosfatos de Marruecos (C.P.J.I.) 1938, Derechos de súbditos norteamericanos en Marruecos (C.I.J.), 1950⁴².

La reclamación internacional.

La responsabilidad que surge con motivo de un acto u omisión ilegal se hace efectiva mediante la reclamación internacional.

Cuando el acto ilícito ha sido dirigido contra el Estado mismo, lógicamente es éste el titular de la acción internacional. También lo es cuando resultan afectadas una persona física o jurídica de su nacionalidad, pues se entiende que el derecho lesionado es un derecho del Estado. En tal sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavromatis* entendió: "... Al hacerse cargo de uno de sus nacionales y recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento internacional en su nombre, el Estado en realidad hace valer un derecho propio: el derecho a asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto por las normas del Derecho Internacional"⁴³.

A consecuencia de esto, aunque el particular haya hecho una reclamación interna previa, se la considera una etapa nueva y diferente, cuyo ejercicio es facultativo para el Estado.

En las sesiones de los años 1931/32 del Instituto de Derecho Internacional en las cuales se debatió el tema de la Protección diplomática, el Profesor Borchard destacó que la protección diplomática solo podía ser aceptada transitoriamente mientras el orden internacional no ofreciera al individuo damnificado medios internacionales de protección.

Existe actualmente la tendencia a otorgar directamente a los individuos un derecho de reclamación internacional, frente al Estado o ante una instancia internacional, para tratar de solucionar los defectos de la posición tradicional: su carácter facultativo para el Estado; el principio de la nacionalidad de la reclamación; que la indemnización se determine con independencia de los daños efectivamente causados al particular; y, fundamentalmente despojar a la reclamación de su contenido político.

Así el nuevo proyecto Harvard faculta en su artículo 22, a que el reclamante presente su reclamación al Estado responsable o directamente a un Tribunal Internacional si tal Estado ha conferido a éste jurisdicción sobre tal reclamación. El inc. 3 de este art. expresa: "Sujeto al art. 25, el reclamante no podrá evitar de presentar directamente su reclamación al Estado responsable o al Tribunal Internacional si el Estado del cual él es nacional rehusa presentar su reclamación o no haya Estado que pueda ser titular de tal reclamación". El art. 23 concilia los intereses del Es-

⁴² CHARLES ROUSSEAU, *op. cit.*, pág. 349.

⁴³ Tomado de F. V. GARCÍA AMADOR, *ibidem*, nota 23, pág. 189.

tado con los de su nacional en cuanto faculta a aquél a presentar la reclamación, aún en el caso de que la haya presentado previamente el individuo, suspendiéndose el derecho de éste mientras el Estado someta la reclamación⁴².

El proyecto de García Amador en su art. 21 faculta al individuo a: "...establecer la reclamación internacional para obtener la reparación del daño que se le ha causado ante el organismo a que se haya conferido competencia a ese efecto por convenio entre el Estado demandado y el Estado de la nacionalidad, o entre el primero y el propio extranjero". El art. 22 establece que el Estado podrá cuablar la reclamación en el caso por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, demandado consienta la subrogación del individuo por el Estado, o en caso de que el daño u omisión trasciendan el daño causado al extranjero afectando un interés general del Estado⁴³.

Ambos proyectos son "lege ferenda", tratan de crear nuevas bases para la responsabilidad internacional; se justifica en los casos de controversias por derechos patrimoniales de particulares en los cuales las razones que justifican su ejercicio se reducen a un mínimo, pero es dudoso que puedan comover la idea tradicional de la protección diplomática, pues es difícil distinguir en un caso internacional la separación entre el interés individual y el interés general del Estado.

Hans Kelsen observa que: "El D. Internacional sólo en casos excepcionales obliga o faculta directamente a los particulares. Si tales casos se convirtieran en regla general, la línea divisoria entre el D. Internacional y el nacional desaparecería"⁴⁴.

La protección diplomática.

Consiste en el ejercicio de la reclamación internacional por el Estado, en los casos en que el hecho ilícito internacional no ha sido dirigido contra él, sino contra la persona o bienes de sus nacionales. "En un derecho del Estado que se origina en el deber de proteger a sus nacionales"⁴⁵. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavromatis* expresó: "Es un principio elemental del Derecho Internacional que el Estado tiene el derecho de proteger a sus nacionales cuando se les ocasiona daños por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias"⁴⁶.

⁴² *Ibidem*, nota 2, pág. 378.

⁴³ *Ibidem*, nota 14, pág. 189.

⁴⁴ HANS KELSEN, op. cit., pág. 414.

⁴⁵ Ver M. AGUILAR NAVARRO, "La responsabilidad internacional y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional* (Vol. IX, núm. 3, 1954), pág. 526.

Generalmente se causan tales daños cuando el extranjero reside en el territorio del Estado demandado, es decir, sujeto a su soberanía y jurisdicción. Hay dos criterios para determinar la legalidad de los actos que ejerce el Estado respecto de los extranjeros en estas circunstancias, el del "International standard of justice" y el de "igualdad entre nacionales y extranjeros".

Según el primero el Estado incurre en responsabilidad si no trata a los extranjeros conforme a las normas aceptadas por la comunidad internacional. El segundo en cambio, declina la responsabilidad cuando los extranjeros disfrutan de la misma situación jurídica que los nacionales. Este último es sostenido por los países latinoamericanos para impedir un abuso de la protección diplomática.

Se tiende actualmente a conciliar ambos principios. García Amador propone para ello que la protección diplomática pueda ejercitarse en el caso que se hayan violado "derechos humanos y libertades reconocidas internacionalmente" y los enumera en el inc. 2º del art. 1º de su anteproyecto⁴⁷. Por su parte el nuevo proyecto Harvard en sus arts. 6 y 8 (2) considera ilícitos a los actos que sean una clara y discriminatoria violación del derecho del Estado, aplicando la norma del trato como al nacional o si se apartan irrazonablemente de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo.

Obligación de agotar todas las posibilidades que ofrece el derecho interno.

El Estado no puede ejercitar la protección diplomática hasta que el particular damnificado no haya agotado todos los medios legales, administrativos y judiciales que ofrece el Derecho Interno del Estado causante del daño para reparación del acto antijurídico. La Corte Internacional de Justicia decidió en el caso *Interhandel* que: Eran lícitas las excepciones preliminares de los E. U. A. a la jurisdicción de la Corte, puesto que era inadmisibile la solicitud de la Confederación Suiza, en razón de que la *Interhandel* no había agotado las posibilidades locales de que disponía en los tribunales de los E. U. A.⁴⁸

Esta obligación parte del supuesto de que el extranjero que ingresa en un país, se somete al orden jurídico que en él impera, y no puede desconocerlo en el caso de surgir un conflicto jurídico con ese orden⁴⁹. La opinión dominante considera a la regla como un "auténtico presupuesto procesal" que aplaza el planteamiento en términos diplomáticos

⁴⁷ Párra. C. P. J. 1, núm. 12, pág. 12.

⁴⁸ *Ibidem*, nota 14, pág. 200.

⁴⁹ Naciones Unidas, "La Corte Internacional de Justicia", (24164/Dic. 1961).

⁵⁰ Ver BOURGAIN, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1912).

de un acto ilícito hasta que no se haya sacado todo el provecho de los remedios locales, pero la responsabilidad en sí misma surge inmediatamente de la violación, con prescindencia de este agotamiento⁵¹.

David R. Mummery observa que el tribunal internacional no debe interpretar el principio literalmente, sino considerar las circunstancias que lo rodean, y si los remedios locales acuerdan una "reparación apropiada", y no que el reclamante se someta a ellos como un mero "ejercicio judicial"⁵². Así el nuevo proyecto Harvard considera en su art. 19, que no hay medios legales disponibles cuando: "a) Si no hay un recurso a través del cual se pueda obtener una substancial reparación, b) Si se impide un recurso por un acto u omisión atribuida al Estado, c) Si solamente se otorgan recursos lentos o la Justicia es irrazonablemente dilatada.

El principio que establece la obligación de agotar los recursos internos, puede ser dejado de lado en el caso de existir entre ambos Estados un tratado o compromiso de arbitraje que exima expresamente de tal requisito para el ejercicio de la reclamación.

Principio de la nacionalidad de la reclamación.

Para que pueda ejercitarse la protección diplomática es necesario también que la persona tenga la nacionalidad del Estado reclamante. Esta se determina según el derecho nacional del Estado en cuestión. Pero un tribunal internacional puede examinar la legitimidad de la adquisición de ésta.

La nacionalidad desde el punto de vista del Derecho Internacional es un estado de cosas continuado, no un hecho físico o un acto aislado, es una relación entre el Estado y el individuo que implica deberes y derechos para ambos. En el caso *Notenbohm*, la Corte Internacional de Justicia decidió que: "En el lazo de la nacionalidad entre un Estado y una persona lo único que confiere al Estado el derecho de presentar una demanda internacional en su nombre". Y más adelante agrega: "En el plano internacional la concesión de la nacionalidad tiene derecho a ser reconocida por los demás Estados sólo en el caso de representar una vinculación genuina entre el individuo y el Estado que concede la nacionalidad"⁵³.

El proyecto Harvard también establece en su art. 23 inc. 3 que: "Un Estado no puede presentar una reclamación a favor de una persona

⁵⁰ MARIANO AGUILAR NAVARRO, op. cit., pág. 530.

⁵¹ "The content of the Duty to exhaust local judicial remedies", *The American Journal of International Law* (Vol. 38, 1964, num. 2), pág. 402.

⁵² Corte Internacional de Justicia, Recueil 1953, pág. 20 y s.

que es su nacional si tal persona no tiene una genuina vinculación de sentimientos, residencia u otros intereses con ese Estado".

Es necesario además que el individuo conserve la nacionalidad del Estado reclamante hasta el momento en que se resuelve el litigio internacional. Si el individuo llega a fallecer, el derecho se transmite a sus causa-habientes, pero a condición que éstos tengan la misma nacionalidad. Así un fallo de la Comisión arbitral Británico-Mexicana desconoció el derecho de la esposa de un súbdito inglés, quien le había legado la indemnización por daños sufridos en una revolución en Méjico, pues ella, perdió la nacionalidad inglesa en virtud de un segundo matrimonio¹⁴.

El Derecho Internacional reconoce el derecho del Estado de ejercer su protección diplomática en favor de las personas jurídicas que tengan su nacionalidad, pues de lo contrario se daría el contrasentido de que mientras el Estado puede defender los intereses de sus nacionales cuando actúan como particulares, no podría hacerlo en el caso de que sus intereses nacionales revistan la forma de una persona jurídica.

Independientemente de la nacionalidad de la sociedad, cubría la protección de los accionistas que tengan una parte importante del haber social por el Estado de su nacionalidad frente al Estado cuya nacionalidad posea la Sociedad. El primer caso en que se planteó este problema fue el asunto *Delagos Bay Co*¹⁵.

También fue planteado por Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la "Barcelona Traction Light and Power Company", compañía canadiense. La demanda sostiene que las acciones de la compañía han pertenecido por más de 25 años a nacionales belgas, surgiendo de esta circunstancia el derecho de protección de Bélgica.

En el caso *Banco Nacional de Cuba s/Sabatino*, planteado ante la U. S. Court of Appeals of New York, el primero entendió que no había violación del Derecho Internacional debido a que la compañía expropiada fue constituida en Cuba. Pero el Tribunal entendió que si más del noventa por ciento de los accionistas eran ciudadanos norteamericanos, y que expresamente el decreto Cubano número 851, indicaba que tomaba medidas de expropiación debido a la nacionalidad de los propietarios, si un Estado accionaba contra una persona jurídica debido a la nacionalidad de los tenedores de acciones, es inconsistente para ese

¹³ ICMAN SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁴ Ver ALEXANDRE MARABOV, "Consideraciones sobre el derecho de Protección diplomática", *Revista Española de Derecho Internacional* (Vol. VIII, núm. 3, 1953), pág. 350. Ver también el caso "El Oro Mining and Railway Company II", ICMAN SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 88.

mismo Estado considerar la validez de tal tratamiento solamente a través de la ficción de la persona jurídica²².

Efectos de la protección diplomática.

El ejercicio de la protección diplomática es facultativo del Estado, y el particular no puede obligar al Estado a ejercerla. En el caso *Gochwind*, en el cual este ciudadano suizo que había sido afectado por medidas británicas demandó a su país ante el Tribunal Federal Suizo, exigiendo una indemnización por el no ejercicio de la protección, alegando la existencia de una relación de representación casi contractual, el Tribunal le negó el derecho por entender que el Estado no estaba obligado a otorgar tal protección.

Dado este carácter facultativo, el particular que ha hecho inversiones en el exterior puede encontrarse en la situación que el Estado del cual él es nacional, por motivos políticos deje de protegerlo. Los acuerdos sobre Garantías de Inversiones solucionan esto, por cuanto el Estado de origen asegura al particular la reinstauración de lo invertido en el país con el cual se celebró el acuerdo.

El Estado tiene también facultades discrecionales en la determinación de lo que va a exigir como indemnización, y aún en el destino de lo que obtenga. La facultad de distribuir la indemnización es patente en los acuerdos globales (*lump sum agreements*) en los cuales el Estado demandante obtiene una indemnización única por los distintos daños causados a sus nacionales.

El deber de reparar.

En el fallo ya transcrito de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Cheorow*, está expuesto claramente el principio de que el Estado infractor está obligado a reparar en su totalidad el daño por él causado cualquiera sea su naturaleza y que sea consecuencia del acto ilícito. García Amador destaca en el sexto Informe que presentó a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que ninguno otro capítulo de la responsabilidad internacional se halla en tan franca anarquía, tanto en la práctica diplomática como en la arbitral, y en la doctrina científica. También destaca que la preparación está vinculada a la idea de castigo o pena del acto ilícito que ha causado el daño, ya sea por el carácter de las medidas de satisfacción o por el quantum de los daños y perjuicios que el Estado debe abonar²³.

²² *The American Journal of International Law* (Octubre 1962, Vol. 52).

²³ F. V. García Amador, *ibidem*, nota 14.
pág. 1028.

Las dos formas de reparar los daños causados por un acto u omisión contrario al Derecho Internacional, son la reparación propiamente dicha y la satisfacción. Así el proyecto preparado por el Institut du Droit International en 1927, expresa en resolución: "La responsabilidad del Estado comprende la reparación de los daños sufridos en cuanto se presenten como consecuencia de la inobservancia de la obligación internacional. Comprende además si hay lugar a ello según las circunstancias y de conformidad con los principios del derecho de gentes, una satisfacción al Estado lesionado en la persona de sus nacionales, en forma de excusas más o menos solómnnes y en los casos apropiados, el castigo disciplinario o de otra índole de los culpables"²⁷.

Dentro del sentido amplio de la reparación se comprende tanto la indemnización como la satisfacción, pero tradicionalmente la reparación *stricto sensu*, se concibe como compensación del daño material causado y en cambio la satisfacción supone la reparación del daño moral y político causado al Estado, es decir el daño inmaterial. Para García Amador en cambio en los casos que se paga una indemnización que excede el daño causado, ésta presenta el carácter punitivo propio de la satisfacción, siendo esto consecuencia del carácter indiferenciado de la responsabilidad civil y de la penal dentro del Derecho Internacional²⁸.

La reparación *stricto sensu* puede consistir en una simple restitución, que tienda a borrar todas las consecuencias del acto ilícito, y restablezca la situación anterior a ésto; o revertir el carácter de una indemnización de daños y perjuicios, si esto no fuera posible.

La primera forma, o "restitutio in integrum", puede ser material o jurídica, según la naturaleza del daño causado. Ejemplo de lo primero puede ser la devolución de un bien expropiado; de la restitución jurídica, la abrogación de una medida legislativa o judicial.

Cuando la "restitutio in integrum" resulta imposible o es insuficiente corresponde la indemnización; ésta comprende el daño emergente del acto ilícito y también el lucro cesante que estén en conexión causal con el acto ilícito.

La satisfacción comprende un gran número de medidas destinadas a restablecer el honor o prestigio del Estado dañado por el acto ilícito internacional. Dentro de las medidas de satisfacción las excusas diplomáticas son las más frecuentes en la práctica internacional. Otras son el castigo de los culpables de daños causados a extranjeros o la seguridad que dé el Estado demandado de no repetición de actos similares.

²⁷ Apéndice, *ibidem*, nota 23.

²⁸ F. V. GARCÍA AMADOR, *ibidem*, nota 14, pág. 16.

LA DIMENSION ECOLOGICO-CRIMINAL

POR GUILLERMO J. OUVIÑA

El Análisis Socioestructural de toda problemática de los conflictos comienza por el enfoque ecológico. Esta dimensión trata de responder a los siguientes interrogantes:

I- ¿Cuál es el área en que se produjo el conflicto?

Área es un contrato espacial cuyos límites pueden ser determinados por la situación o arbitrariamente establecidos por el observador. No hay interacción humana sin espacio. El conflicto es una especie de interacción y sus actores —individuos o grupos— ocupan distintos lugares.

El lugar puede ser importante para el observador. Permite visibilizar dentro de un grupo humano a la camarilla por su mínima distancia social con el líder y, asimismo, descubrir por ecuación inversa los miembros marginales y periféricos.

En los grupos de choque la posición vecina al riesgo importa alto desempeño del rol y formaliza un índice de prestigio. En el mundo de los ejecutivos la jerarquía se mide por la distancia que media entre la oficina respectiva y la del Presidente de la Compañía. En determinadas situaciones el grado de participación de distintos miembros en un hecho delictivo se infiere por referencias objetivas, especialmente la concreta ubicación al tiempo de consumarse¹.

Por supuesto, el lugar del hecho tiene decisiva importancia para la determinación de la ley aplicable, la competencia territorial del magistrado que ha de juzgar al infractor y aún para la correcta adecuación al tipo legal. Pero todos estos aspectos son ajenos al nivel sociodinámico. Desde esta perspectiva interesa solamente la consideración del lugar como ámbito en el que una pluralidad de individuos pueden constituir un sistema de acción social. El investigador puede prolongar o

¹ CARRERA había señalado ya que aún la presencia pasiva en el lugar del hecho es un momento material que se relaciona con la fuerza física del delito. (Programa del curso de Derecho Criminal, 469).

reducir las fronteras del área elegida de acuerdo a las exigencias de la propia investigación.

II - ¿Existen áreas con alta frecuencia criminal?

La suma de observaciones situacionales permite descubrir uniformidades. Las reiteraciones empíricamente observadas son pautas reales dentro del área concreta. Pero estas uniformidades no resultan ilustrativas por sí mismas sino que requieren su comparación recíproca. Cotejando las frecuencias de criminalidad en áreas sucesivas el investigador puede elaborar pautas teóricas y explicar los ámbitos con mayor tasa de criminalidad.

En la actualidad no existe la remota posibilidad de elaborar conclusiones con alcances mundiales y en contados países puede hacerse teorizaciones sobre el ámbito nacional. Por otra parte la variabilidad del marco normativo impide la formación de un criterio constante para la selección de las conductas prohibidas.

Estas dificultades ya fueron observadas por HURWITZ "Los trabajos criminogeográficos suponen estudios comparativos entre distintos estados o entre regiones de un mismo estado, entre zonas (rural o urbana) o aún entre distritos de una misma ciudad. Las dificultades estadísticas han llevado a los estadísticos a limitarse al análisis de las zonas urbanas y rurales"¹.

Por cuanto la mayor frecuencia de contactos sociales posibilita un aumento de la tensión social —antagonismos o conflictos— ésta va ser provocada por el juego de dos variables: la dimensión del área y el número de miembros participantes.

Todo aumento de población sin modificar los límites del asiento topográfico importa la posibilidad de aumentar las oportunidades de contactos y en consecuencia la frecuencia de conflictos. Se ha comprobado un ritmo de crecimiento urbano en todo el mundo², generalmente causado por migraciones desde las zonas rurales. Es un signo que visibiliza el proceso de industrialización de cada comunidad y que es acompañado por un complejo de problemas sociales. Sin desconocer los aspectos positivos de la urbanización, deben destacarse las graves consecuencias que ha presentado. La emancipación de la mujer ha favo-

¹ HURWITZ, E. "Criminología", Barcelona, 1936, p. 268 y ss.

² "Informe sobre la situación social en el mundo", Naciones Unidas, 1957, parte II, Cap. 7; "El crecimiento urbano extraordinariamente rápido registrado en los últimos años en las regiones de economía insuficientemente desarrollada ha hecho que los problemas sociales que acompañan la urbanización cobren singular importancia... La congestión creada por el rápido crecimiento de las ciudades se manifiesta en todas las regiones y en cada país, en cual forma su condición pueden encontrarse barrios de tugurios..."

recido el aumento de la prostitución y de las uniones inestables, la emancipación de la juventud frente a la autoridad paterna también ha permitido el auge de la delincuencia juvenil; la liberación de los controles tradicionales ha conducido también a una pérdida del sentimiento de pertenencia y de seguridad.

Entre 1800 y 1950 la población del mundo que vive en ciudades aumentó de 21.700.000 habitantes a 502.200.000 habitantes. Es decir que en el breve lapso de ciento cincuenta años aumentó 23 veces el tamaño de la población urbana, mientras que la población total del mundo solamente aumentó en la proporción 2,6.

En los países infradesarrollados este aumento se ha registrado con cifras elocuentes. En cincuenta años (1900-1950) la población urbana en Africa ha tenido un incremento del 629 %. Este fenómeno también se registra en América Latina y la Argentina es el país con mayor población urbana, población que en los últimos años ha sufrido un complejo problema de transición demográfica.

En nuestro país en el período 1943-1947 se produjo una migración interna de casi un millón de personas, cifra que representaba en 1943 el 20 % de la población rural argentina. Ese desplazamiento se dirigió principalmente a una sola ciudad. Setecientos mil habitantes desbordaron la Capital Federal y comenzó a configurarse una zona metropolitana no coincidente con la ciudad en sentido administrativo: el Gran Buenos Aires. En 1947 esa área contenía aproximadamente el 30 % de la población total del país.

Este crecimiento fue debido primordialmente a la expansión industrial⁴ y presenta estas características:

Año	Población total	Emigrantes	Migración interna
1869	250.000	47 %	5 %
1895	783.000	50 %	8 %
1914	2.035.000	49 %	11 %
1936	3.410.000	50 %	13 %
1947	4.720.000	56 %	29 %
1957	6.370.000	52 %	36 % (3)

Distintas investigaciones han coincidido en señalar que la tasa de criminalidad alcanza mayor registro en el área urbana que en la rural⁵,

⁴ Durante el período 1937/1947 se registra un aumento porcentual de 42.000 personas por año en zonas industriales.

⁵ Cuando consulté del libro de GINO GERMANI: "Política y Sociedad en una época de transición", Bs. As., 1962, p. 250.

⁶ Concl. ECHER, FRANZ: "Biología Criminal en sus rasgos fundamentales", Barcelona, 1945, p. 182 y M. HUBERTZ, S.: "Criminología", p. 258 y M.; HINDEBOUSSY, WOLF: "Sociología del delito", Madrid, 1961, p. 327 y M.; HINDEBOUSSY, WOLF:

y que el aumento creciente de las poblaciones que viven en ciudades va acompañado de un constante incremento de la delincuencia¹.

En los Estados Unidos de Norte América en el año 1961 se comisionaron en todo el territorio 1.926.090 delitos graves, cifra que representa un aumento del 3 % con respecto al año anterior. Si se compara la cantidad de delitos y el aumento de población durante los cinco años inmediatamente anteriores, el crecimiento de la criminalidad supera al demográfico en la proporción 3 a 1. Se percibe un mayor aumento en el Sud (6 %) que en el Norte (2 %) y los porcentajes en las grandes ciudades son tres veces mayores que en la zona rural y dos veces con respecto a las pequeñas ciudades. En éstas últimas se ha notado un incremento apreciable. La distribución ecológica relacionada con la variable demográfica da el siguiente cuadro:

Área	Población	Delitos totales	Homicidios
Total del país	182.953.000	1.926.300	8399
Grandes ciudades	117.152.600	1.560.887	5285
Ciudades menores	24.185.300	173.919	861
Rural (8)	41.615.100	192.373	2441

Vidas:	Riesgo (mil. pers.)	Riesgo (familias r. concs)	Riesgo autom.	Riesgo
16.012	91.699	852.506	326.306	499.117
12.178	83.452	688.452	281.039	406.568
999	3.430	86.330	25.320	43.597
2.835	4.797	97.724	17.140	48.152 (9)

Por cuanto Estados Unidos representa un modelo ilustrativo de país industrializado, las estadísticas precedentes son significativas. Permiten inferir la existencia de una zona criminógena de alta frecuencia en las grandes ciudades y un predominio de los delitos contra la propiedad, especialmente el robo. En consecuencia, puede afirmarse la existencia de áreas con tasa elevada de delincuencia y señalar, para responder al interrogante planteado, que en los países industrializados o en

¹ "Criminología de la juventud", Barcelona, 1964, p. 147; BUREAU, EGON ERNST; "Sociología Urbana", Bs. As. 1955, p. 396; en cuanto VON HERTING, HANS: "Criminología", Bs. As. 1948, que sostiene lo contrario en base a estadísticas parciales relativas a Viena y a Amsterdam.

² "Informe sobre la situación social en el mundo", 1957: "Los estudios de varias regiones han indicado que en particular la delincuencia de menor grado aumenta con rapidez en las ciudades de países que están en proceso de transformación económica y social".

³ Se considera como gran ciudad la que alberga más de 50.000 habitantes.

⁴ Datos del Federal Bureau of Investigation.

vías de desarrollo, las ciudades representan tales áreas y en ellas existe un elevado índice de delitos contra la propiedad.

III - ¿Es Buenos Aires un área de alta criminalidad?

Como se señaló precedentemente, Buenos Aires ha sufrido un serio impacto demográfico y presenta las características más agudizadas del proceso industrial en América Latina. Resulta razonable elaborar la siguiente hipótesis: Buenos Aires debe haber experimentado un aumento de criminalidad y la mayor tasa de delincuencia debe darse en los delitos contra la propiedad.

Para esclarecer tal hipótesis tomaremos comparativamente dos muestras estadísticas: (I) el período 1943-1947 en que se produjo la migración señalada; (II) el período 1959-1963 que es el inmediato anterior al año en curso y que dista exactamente 20 años del comienzo de la muestra originaria¹⁸.

(a) Índice de variación en DELITOS

(I)		(II)	
1943	18.572	1959	27.927
1944	17.478	1960	28.253
1945	19.710	1961	35.849
1946	20.347	1962	32.376
1947	19.695	1963	33.869

(b) Índice de variación en CONTRAVENCIONES

(I)		(II)	
1943	49.762	1959	42.746
1944	33.762	1960	45.741
1945	49.809	1961	38.174
1946	47.420	1962	33.304
1947	32.178	1963	33.116

Los índices de criminalidad de las dos muestras permiten inferir:

19) Un constante aumento en el apartado "delitos" que demuestra una marcada diferencia cuantitativa entre las dos muestras;

20) Cada uno de los años de la muestra (II) revela una tasa superior a cualquiera de los años de la muestra (I) y en ciertos casos (1944 - 1961) el aumento es superior al 100 %.

21) Las oscilaciones ligeras de la muestra (I) no alteran fundamentalmente la tasa promedio de criminalidad, mientras que en la mues-

¹⁸ Datos facilitados al autor por la Policía Federal.

tra (II) manifiestan un constante y acelerado ascenso, resaltando irrelevante el descenso 1961-1962 ya que este último año sigue siendo superior a los anteriores.

4º) En el apartado "contravenciones" no se perciben marcadas diferencias entre las dos muestras comparadas y por el contrario algunos índices del período 1943-1947 superan al otro quinquenio.

5º) El índice de aumento de criminalidad en delitos supera al índice de aumento de población. En consecuencia hay una mayor frecuencia de criminalidad urbana en Buenos Aires. Comparativamente hay un descenso en la tasa proporcional de contravenciones.

IV - ¿Existen sub-áreas de criminalidad en Buenos Aires?

Los datos estadísticos permiten elaborar otra hipótesis: la existencia de una constante ecológica dentro de la ciudad. Tomando como referencia las circunscripciones policiales el siguiente cuadro resulta ilustrativo:

Año	Circ. 1ª	Circ. 2ª	Circ. 3ª	Circ. 4ª	Circ. 5ª	Circ. 6ª
1943	2155	1686	1626	1374	891	
1944	1976	1478	1695	1420	879	
1945	2197	1648	1627	1750	960	
1946	2739	2127	1196	1361	1275	
1947	2158	1737	1192	1120	1178	
Año	Circ. 1ª	Circ. 2ª	Circ. 3ª	Circ. 4ª	Circ. 5ª	Circ. 6ª
1959	4950	4773	3271	2182	2405	2581
1960	4043	4132	3477	2490	2431	2644
1961	6300	3556	3055	3817	3074	3255
1962	4435	4357	3189	3856	3268	3236
1963	4810	5078	3722	3221	3592	3947

Puede comprobarse que la Circunscripción 1ª mantiene, salvo ligeras variantes, la mayor cifra de delitos, seguida por la Circunscripción 2ª. Pero también se percibe un incremento proporcional significativo en la Circunscripción 6ª con respecto a los años 1946-1947 (916 y 1034 delitos, respectivamente), bien así que se limitan los datos de tal circunscripción policial.

Las sub-áreas señaladas tienen un alto porcentaje de población y representan zonas comercialmente ricas, con tráfico social intenso.

V - ¿Cuál es la especie delictiva más frecuente?

La comparación de las dos muestras convenidas permite comprobar que también en Buenos Aires, al igual que en los demás centros urbanos

impactadas por el industrialismo, los delitos contra la propiedad son más frecuentes y van en continuo aumento..

<i>Año</i>	<i>C. la pres.</i>	<i>Delitos</i>	<i>C. la Administración.</i>	<i>C. la Propiedad</i>
1943	4677	719	352	8277
1944	1041	351	712	7706
1945	3223	617	886	9308
1946	4953	568	594	9983
1947	4922	534	626	8375
1959	3548	327	346	19523
1960	5865	305	677	19419
1961	4136	307	501	25135
1962	4623	342	597	22072
1963	3909	365	847	24985

Por otra parte en los delitos contra la propiedad se percibe un aumento de la delincuencia llamada "juvenil" cuando la edad oscila entre los 18 y los 22 años. Así lo revela el siguiente cuadro:

<i>Año</i>	<i>Menores de 18 años</i>	<i>Mayores de 18 años</i>
1943	383	533
1944	327	590
1945	446	1178
1946	405	855
1947	349	891
1959	276	1687
1960	399	1675
1961	340	2094
1962	374	1588
1963	555	1249

La muestra 1959-1963 demuestra —salvo ligeras oscilaciones— una mayor tasa de criminalidad juvenil en delitos contra la propiedad.

VI - ¿Cuáles son las causas que contribuyen al aumento de la criminalidad urbana?

Si bien se trata de un complejo proceso que no puede ser válidamente reducido a un esquema, pueden señalarse ciertos factores decisivos para la formación de las áreas criminógenas.

(1) Como se dijo en el apartado I, la mayor cantidad de contactos sociales aumenta las oportunidades de conflicto. En las ciudades se observa el incremento constante de la población sin que se extienda sus límites territoriales.

(2) El aumento de delitos es un factor psicosocial que origina tensión, aún cuando dicho aumento sea proporcionalmente menor con relación al incremento demográfico. En efecto, los miembros de la comu-

nidad vinculan mayor número de infracciones y no perciben el mayor número de adhesiones al marco normativo. Se forman así estereotipos que generan actitudes inconvenientes para la seguridad social (indiferencia, temor, sentimiento de impunidad, sospecha de venalidad en los funcionarios).

(3) El aumento de población dificulta la identificación de los criminales y éstos encuentran mayores posibilidades de convivir con el resto de la comunidad. Distintas investigaciones han revelado la mayor cantidad de reincidentes en el área urbana.

(4) A mayor población menor identificación de la víctima y se produce lo que SYKES llamó el *desvinculado abstracto*, esto es, el sujeto pasivo del delito se convierte en una entidad desconocida que no puede comprometer afectivamente la justificación causada al delincuente por el hecho.

(5) El industrialismo creciente conduce a formas automatizadas de vida y en un número crecido de casos, el malhechor se enfrenta con una máquina. Se deshumaniza el fraude.

(6) El exceso de población no puede ser contenido por el hábitat existente y el incremento demográfico supera las posibilidades de construcción de nuevas viviendas. Surgen las *villas miserias* (treinta y ocho en la actualidad y dentro del perímetro urbano de la Capital Federal).

(7) El hacinamiento urbano y la aglomeración en los barrios céntricos impide a los vecinos ejercer un control mutuo de sus bienes y de sus personas. Por el contrario son transientes apesurados que se desinteresan por su contorno, (exterminio del testigo).

(8) Los medios de comunicación de masa que computan la opinión pública con noticias sensacionalistas siguen reiterando estímulos sucesivos y la criminalidad pasada es rápidamente olvidada por los hechos recientes, generalmente magnificados.

(9) La criminalidad urbana es alentada por la propia criminalidad. El malhechor cuenta dentro de la ciudad con los medios clandestinos necesarios para asegurar los beneficios perseguidos. Se llega a percibir en ciertos casos áreas de reducidos encubiertos.

(10) La socialización de los menores se encuentra delegada por el grupo familiar en los grupos secundarios y se producen situaciones de anomia social y de adhesión a la estimativa grupal, al margen o en franca contradicción con la ley (gang juvenil).

(11) La creciente burocratización exige una mayor interacción con funcionarios públicos y en consecuencia se dan mayores posibilidades de conflictos administrativos.

(12) La frecuencia de interacciones específicas y la acumulación de riquezas, determina la existencia de sub-áreas (especializaciones ecológicas) como el puerto (contrabando), zona portuaria (prostitución, juego, tráfico de alcaloides), cdreas (violaciones, apremios ilegales, evasiones), city (asaltos a comercios y bancos, robo de automotores, delitos de tránsito).

VII - Conclusiones.

La revolución Industrial ejerció una influencia decisiva en las sociedades de nuestro tiempo. El proceso presenta aspectos negativos y, entre ellos, una criminalidad creciente. El auge de la delincuencia parece tener su asiento constante en las ciudades, especialmente en las grandes capitales. Los factores reseñados son algunos de los muchos que contribuyen al problema y para el observador social, cabe elaborar hipótesis ecológicas al respecto y aún distinguir zonas de mayor frecuencia criminal dentro de la ciudad misma. Estas sub-áreas están determinadas por la posesión del bien más apetecido por la delincuencia urbana: la propiedad.

EL FACTOR HUMANO EN LOS CONFLICTOS LABORALES

Por GUILLERMO A. LÓPEZ.

SUMARIO

- I—INTRODUCCION
- II—DE VUELTA DEL "HOMO ECONOMICUS"
- III—ORIGEN DE LAS RELACIONES HUMANAS
- IV—EL GRUPO LABORAL
- V—FUNCION SOCIAL DE LA EMPRESA
- VI—ACTUALIDAD, EXTENSION Y FUTURO DE LAS RELACIONES HUMANAS

I - En los últimos tiempos se ha acentuado la preocupación por el "factor humano" en la empresa. El mismo ha comenzado a ser objeto específico de una nueva técnica o ciencia social aplicada, conocida como la "teoría de las relaciones humanas en la industria". Pareciera que en perspectiva nos hallamos frente a una nueva preocupación, común a todos los países que alcanzan cierto desarrollo técnico social: seminarios, cursos para ejecutivos, incluso carreras especiales en universidades privadas, se organizan sobre la materia.

Normalmente, en materia de diferendos laborales el profesional abogado se limita a encasar su faz normativa, pero poco a poco —para todos aquellos que poseen experiencia personal en la materia— va resultando evidente la necesidad de un enfoque interdisciplinario, en el cual colaboren juristas, sociólogos y psicólogos. O a lo sumo, juristas con cierto bagaje mínimo de sociología y psicología social.

En esta oportunidad, deseamos colaborar modestamente en la difusión de este tema, convencidos de que gran parte del futuro —si no el principal— del derecho colectivo de trabajo, se encuentra por el camino de la profundización de las nuevas técnicas de las relaciones laborales, es decir de las "relaciones humanas en la industria".

Por lo pronto cabe aclarar que si bien las relaciones humanas presuponen una idea concreta sobre la dignidad humana, no constituyen una doctrina moral ni una forma especial de humanitarismo.

Tampoco son una moderna técnica de explotación laboral; una manera de conseguir —como se ha dicho—, con suavidad de los trabajadores, lo que no se consigue con la fuerza.

Tampoco pueden ser consideradas como un reemplazante de la política social; ni siquiera como medio de acción de ésta, tendiente a transformar en inútil la existencia de las organizaciones gremiales y de la legislación social. El ámbito específico de la técnica de las relaciones humanas lo constituye esencialmente el campo interno de la empresa. Fuera de la misma, pueden mejorar el clima social pero no modificar la estructura y por ende las preocupaciones y tareas del trabajador en ella. Dicho en otras palabras la ciencia de las relaciones humanas en la empresa puede lograr —y ese es su principal objetivo—, que la empresa sea un núcleo de armonía, en vez de una fuente de conflictos en la vida social. Pero excede de su ámbito de actuación, la problemática derivada de las relaciones de los trabajadores, como grupo social, con la sociedad y dentro de ella.

La doctrina de las relaciones humanas, constituye pues una técnica social entendida en el sentido de ciencia social aplicada. En tanto ciencia, su valorización dependerá de la exactitud de los datos científicos en que se funda, apoyada en una base de observación y experimentación; en tanto aplicación, por los fines a los que se orienta.

Pero por tratarse de una técnica social, su matiz distintivo lo constituirá el hecho de apoyarse en un conocimiento del hombre y su finalidad será por ende, sustancialmente ética. De allí que algunos autores consideren más ilustrativo que el de técnica, hablar de un arte o de una política de las relaciones humanas en la empresa.

II - Sabido es que cuando el liberalismo económico ensayó una construcción teórica como soporte de las fuerzas que condicionan el mercado, elaboró la imagen del "homo economicus", es decir el hombre movido exclusivamente por motivaciones económicas, que tiende en cada oportunidad a lograr el mayor beneficio por el menor precio, el mayor precio por el menor esfuerzo.

Aplicado a los problemas laborales, esto implicaba que la relación entre el dependiente y su empleador se reducía exclusivamente a un contrato económico, cuyas condiciones eran determinadas por el libre juego de la oferta y la demanda. Ello implicaba consiguientemente, que el rendimiento del asalariado, asegurado por el miedo a perder el empleo, se encontraba en relación directa con su retribución y con la posibilidad de aumentarla. La forma de retribución acorde a este concepto,

era el destajo simple. La experiencia junto con el progreso de las ciencias sociales demostró el infantilismo de este esquema. Podemos así decir que el trabajo tiene para el hombre los siguientes motivos fundamentales:

a) *Satisfacción de sus necesidades* debiendo entenderse por tal, ni sólo el satisfacer las necesidades biológicas mínimas sino las correspondientes a una determinada situación social y cultural que, unidas, sirven para definir lo que se llama nivel de vida de una persona.

b) *Realización personal.* El trabajo es fuente para el hombre de satisfacciones específicas en relación con la propia actividad y con el resultado de la misma. De ahí que, sin perjuicio de que tengo por función cubrir sus necesidades, el trabajo es vivido como una forma de realización y creación personal o también como un esfuerzo estéril, una carga impuesta o un camino equivocado.

Puede decirse, casi como un axioma, que a igualdad de retribución, cada hombre considera unos trabajos más satisfactorios o más acordes con su profesión que otros.

c) *Premio social:* El trabajo tiene además una significación social: el aprecio que los demás tienen de nuestra actuación; lo que a su aspira a que su trabajo sea valorado por los demás para mantener su confianza en sí mismo. Reconocimiento que se da en un doble plano: entre los que trabajan junto al individuo y juzgan su trabajo, y en el conjunto de la sociedad, que si bien no ejerce un juicio directo sobre sus tareas, conoce en cambio lo que se denomina los signos externos del éxito profesional.

Todo lo antedicho se refiere al sentido del trabajo para el individuo, pero para comprender la conducta laboral debe tenerse además en cuenta que el trabajo tiene lugar en el seno de una organización, es decir entre un conjunto de hombres, lo que origina relaciones personales, a veces extraordinariamente profundas, del tipo confianza-desconfianza, admiración-indiferencia, o amor-odio; e implica por último que en el trabajo se dan fenómenos colectivos y comportamientos de grupos del tipo solidaridad-oposición.

Baste esta ligera referencia para advertir que la motivación en el trabajo es algo mucho más complejo que el logro de la mayor cantidad posible de bienes económicos y que la satisfacción o insatisfacción en el trabajo no depende sólo del monto de la retribución.

De esto podría inferirse equivocadamente que en el trabajo podemos hallar por un lado satisfacciones económicas y por otro satisfacciones espirituales y morales. Partiendo de esta falsa oposición hay quienes ingenuamente consideran que la finalidad de las relaciones humanas en

la industria, consiste en determinar las satisfacciones morales necesarias, que deben darse al trabajador, para compensar la insuficiencia de su retribución.

Lo antedicho es precisamente lo contrario de lo que pretenden las relaciones humanas en el trabajo, que no son otra cosa que la aplicación de las conclusiones científicas de la psicología y de la sociología industrial a la política de dirección de personal. Aquella ingenua pretensión parte del error de considerar la retribución exclusivamente como un hecho económico, cuando en la realidad **EN LA PROPIA RETRIBUCION SE DAN SATISFACCIONES E INSATISFACCIONES DE LAS QUE LLAMAMOS MORALES O ESPIRITUALES.** Así por ejemplo, si a un empleado se le aumenta mil pesos su salario cuando a los compañeros que realizan las mismas tareas se los mantiene en sus haberes, y se le concede el mismo aumento cuando sus compañeros reciben el doble, el efecto sobre su satisfacción y su rendimiento será completamente distinto a pesar de que el valor económico del aumento sea exactamente igual en ambos casos. Ello es suficientemente demostrativo para significar que no puede establecerse una relación directa entre retribución y rendimiento por un lado, porque el estímulo económico no es la componente única y ni siquiera determinante del comportamiento laboral y por otro, porque la retribución tienen un significado mucho más amplio y complejo que el meramente económico.

III - Origen de las Relaciones Humanas.

Antes de que las ciencias del hombre concreto, es decir la psicología y la sociología encontraran el camino de las relaciones humanas, pasaron bastantes años. Durante el siglo XIX la sociología abundó en estudios sobre las condiciones de vida del trabajador y la psicología por su parte, desde que estuvo en condiciones de medir aptitudes y comportamientos, intentó contribuir al esfuerzo industrial, fundamentalmente en lo que se ha llamado "el gabinete psicotécnico", es decir en la elección de personal. Pasaron años antes que ambas ciencias confluyesen en el estudio de la conducta del hombre en el medio laboral, es decir, a lo que se suele llamar psicociología institucional. Los experimentos de Hawthorne se consideran como el símbolo de esta confluencia y el acta de nacimiento de las relaciones humanas. ¿Que nos enseñan estos estudios?? En primer lugar que una empresa como toda organización está integrada por un conjunto de personas que colaboran en un fin común. De donde se desprende la existencia de una estructura orgánica que coordina la actividad de sus miembros. El pensamiento central con respecto a esta estructura nos indica que es doble: formal e informal. La estructura formal o técnica se traduce en la jerarquía, en la división de tareas y funciones, en el organigrama, los reglamentos y las diferentes normas de actuación. Pero junto a aquélla se mueve la segunda cara de la organización: la estructura formal o espontánea, que también pue-

la medida en que es capaz de traducir su éxito económico en fines sig- de denominarse estructura humana. En ella se mueve al grupo humano, en base de simpatías y antipatías, recovecos y amistades con una jerarquía de prestigio interno y con aptitudes y normas de conducta aceptada por sus integrantes. En la estructura informal, el comportamiento laboral de cada individuo está condicionado por su pertenencia al grupo; basta modificar éste para que varíe sensiblemente su comportamiento. Estas dos caras de la organización se hallan íntimamente ligadas y se condi- cionan recíprocamente. Sin embargo, sus objetivos son distintos. Así podemos decir que la estructura formal tiene como objetivo esencial, el éxito económico de la empresa por medio de su eficacia técnica. La estructura informal en cambio tiene por finalidad implícita, la satisfac- ción de los individuos que la integran.

De lo antedicho no debe caerle en el error, bastante común, de concluir que la estructura formal corresponde a la Dirección, orientada exclusivamente por la eficiencia económica y la estructura informal a los grupos espontáneos que surgen entre obreros y empleados. Ello llevaría al error garrafal de entender que los trabajadores y empleados, se preocupan solo de su propia satisfacción.

Atajemos desde ya, esta errada pendiente y recalquemos que am- bas estructuras, formal e informal tienen la misma extensión. Pues hasta el último obrero tiene su tarea prevista en la organización del tra- bajo y por ende se halla incluido en la organización formal. Y parale- lamente, la existencia de fines personales, como la preocupación de su propia seguridad y satisfacción, se dan en todos los niveles de la empresa, incluso, en los más altos.

Por ello puede afirmarse que no existe oposición teórica esencial entre ambas organizaciones sino que, coinciden más o menos y se oponen más o menos en cada situación concreta. *La coincidencia total, cuando la consecución del fin de la organización coincide con la satisfacción de sus miembros, corresponde a la colaboración ideal; y a la inversa, la oposición absoluta a la demoralización total.* En la realidad cotidiana, nos encontramos frente a una infinita variedad de situaciones intermedias.

Pursiguiendo con este análisis puede afirmarse que toda organiza- ción tiene una doble función y que puede ser juzgada según un doble criterio: la medida en que es eficaz respecto a sus fines y la medida que es satisfactoria para sus miembros. Si la organización es incapaz de cum- plir sus fines, que en el caso de la empresa se traduce en beneficios eco- nómicos, se torna por dicha circunstancia al mismo tiempo en impotente para proporcionar satisfacciones a sus miembros. Pero además si a pesar de sus éxitos, no consigue satisfacer las aspiraciones de sus miembros, debilita su esfuerzo y se disgrega. En líneas generales, podemos decir que la organización es satisfactoria en la medida que consiguen un equilibrio entre las aspiraciones individuales de sus miembros y las satisfacciones que procura. O dicho en otras palabras, *la empresa es satisfactoria en*

suficientes y satisfactorios para los distintos grupos e individuos que la integran y mantener un equilibrio armónico entre ellos.

IV - El Grupo Laboral.

El taylorismo y su racionalización, al pretender aplicar mecánicamente los principios de la ingeniería a los problemas laborales, consideró a los miembros de una empresa como mera piezas mecánicas, ignorando por completo la existencia del grupo. Por el contrario, todos los estudios de psicología y sociología industrial destacan la importancia del grupo laboral, señalando que es base de una nueva organización científica no solamente conocer y considerar los problemas que los mismos originan, sino también apoyarse en ellos, fijando las condiciones para la existencia de grupos bien integrados. Para que esto tenga lugar, generalmente se consideran necesarios la coexistencia de dos elementos. En primer lugar que la distribución de trabajos y jerarquías efectuada por el ejecutivo no choque con la que espontáneamente hubiera efectuado el grupo. Segundo que facilite a sus colaboradores información sobre sus proyectos y sobre los motivos de sus órdenes, incluso alguna participación en su decisión.

Todo ello hace que la empresa moderna sea concebida como una organización más horizontal que vertical, con tendencia a la delegación de autoridad de la gestión.

En síntesis se entiende que una organización del trabajo, para que sea satisfactoria, ha de ser tal que haga posible que el trabajo tenga algún significado personal para cada uno de los miembros de la Empresa, lo que equivale a que cada individuo ocupe en su tarea la mayor parte posible de sus capacidades, incluidas sus iniciativas y su sentido de responsabilidad. Si se dieran esas condiciones, tendríamos al trabajador perfectamente satisfecho con su trabajo y colaborando en una finalidad común, en el ámbito de la Empresa. Este sería el ideal de las relaciones humanas de la industria. Al cumplirse, como dijéramos antes la empresa se convierte en un núcleo de armonía y no en un foco de conflictos en la vida social. Y ello nos lleva a introducirnos en el tema, hoy ya generalmente aceptado, de la función social de la empresa.

V - Función social de la empresa.

Es suficientemente conocido que la revolución industrial produjo una notable agravación en las condiciones del trabajo. Grandes masas de campesinos concentrados en las fábricas y las minas, trabajaban en condiciones infrahumanas. Innecesario sería repetir aquí la historia de la explotación de mujeres y niños, que constituye uno de los episodios más lamentables de la Historia Contemporánea. Solo interesa relatar que esta situación era aceptada por los teóricos de la economía liberal merced a la concepción de que el trabajo, como mercancía estaba sujeto

a las mismas leyes económicas del mercado, y por tanto intentar interferir a esta ley económica, ya sea pagando jornales más altos o reglamentando el trabajo de los niños en las minas de carbón, era un asaque a la sacrosanta libertad individual del patrono y del obrero, al mismo tiempo que un obstáculo al progreso, al encarecer el precio de los productos.

Todos sabemos también, cuanto ha variado hoy la situación. Conocemos también las fuerzas que han forzado paulatinamente este cambio. No está demás, recordar que esta evolución en el mundo occidental, ha sido extraordinariamente dramática y ha progresado entre conflictos, que han llegado incluso a amenazar la subsistencia de la estructura social. Si hoy pues, los procesos se han tranquilizado y resultan factible ciertas vías de acuerdo, es merced a la toma de conciencia colectiva de que la empresa y las relaciones laborales, no pueden continuar siendo un elemento desintegrador de la sociedad.

Podemos hoy considerar ya como ideas generalmente aceptadas las siguientes:

a) la empresa no solo tiene una finalidad económica sino también una función y una responsabilidad social.

b) la relación de cada miembro con la empresa no es solo un contrato económico sino también una integración humana más o menos satisfactoria.

c) el conjunto de seres integrados en la empresa constituye un grupo humano con necesidades —no solo económicas— comunes, más o menos satisfechas.

d) de que esa integración personal y colectiva de los miembros a la empresa sea satisfactoria depende, en parte, el éxito de la empresa en la consecución de sus fines económicos.

e) de que esa misma integración sea satisfactoria depende también el que la empresa cumpla con su responsabilidad social.

Dentro de ese cuadro actúa la teoría de las relaciones humanas. Precisamente, en esta preocupación preponderante por el FACTOR HUMANO en la empresa, lo que explica su actualidad y vigencia.

VI - Actualidad, extensión y futuro de las relaciones humanas.

Si bien el ámbito de aplicación específica de la técnica de las relaciones humanas, lo constituye el interior de la empresa, entendemos que también en el plano exterior, en cuanto a las relaciones de la em-

presa con el sindicato y los dirigentes sindicales, tiene fecunda aplicación. Para ello es necesario estructurar vías de cooperación en lugar de enfrentamiento. Esta afirmación puede hacer que aparezcan como cándidos o utópicos, pues la opinión normalmente generalizada es que los Sindicatos y las Direcciones Empresarias, tienen intereses antagónicos y se encuentran inevitablemente envueltos en la lucha por el poder. Sin embargo, si estudiamos los ejemplos de los países altamente industrializados, cuyos paradigmas habremos seguramente de conjugar, advertimos que la regla consistió en la solución del problema del poder por la transición a la cooperación. Y que no se solucionó porque el Sindicato aceptase una definición de las prerrogativas de la Dirección efectuada por la misma, ni porque ésta aceptase la definición del Sindicato ni tampoco por que se arribase a un compromiso sobre las prerrogativas de ambas partes. Sino que en realidad el problema del poder se solucionó al encontrar un sistema distinto, que evitaba el conflicto de poderes. En él las partes solucionaron los problemas al encontrar los medios O FORMULAS DE AYUDARSE RECÍPROCAMENTE A ALCANZAR SUS OBJETIVOS. En términos generales, podemos decir que ello implica otorgar una mayor participación a los trabajadores en los problemas de la producción por parte de la empresa; proceso de participación que se efectúa por dos canales; a través del estímulo a la iniciativa de los trabajadores y del propio Sindicato hacia la dirección de la Empresa. A su vez, requiere cambios significativos en la preocupación y actividad de los dirigentes sindicales, sobre la base de advertir que el desarrollo de la participación no significa un declinar de la actividad sindical sino una nueva canalización de esta actividad.

Con tales miras, los estudiosos de la materia no consideran al "poder" como la investidura de una autoridad determinada, sino como "la habilidad para que las cosas se hagan como uno mismo desearía que se hiciesen".

En tal caso, no se gastará tiempo ni energía en afirmar derechos o dar órdenes que no se lleven a cabo sino que, se intentarán comprender las circunstancias bajo las cuales se pueden orientar la actividad de otras personas en el sentido deseado. Si superamos la falacia de la identificación, consistente en suponer, por ejemplo, que el dirigente del Sindicato X es siempre el dirigente del sindicato X y por ende actuará de la misma forma en todo tiempo y circunstancia. Si aceptamos intelectual y emocionalmente la realidad, evitando la formulación de juicios de valor que traben la acción, advertiremos que no existen dirigentes buenos o malos a los que pueda condenarse a perpetuidad a permanecer en estos casilleros mentales, sino seres humanos concretos que actúan en diferentes formas en distintos momentos y situaciones. Entonces nos preocuparemos en determinar los factores que producen estos diferentes tipos de conducta, de modo que, controlando estos factores —y conociendo la naturaleza específica de quien los vive—, podemos producir el tipo de

conducta adecuada a los fines de nuestra organización. Así, en lugar de jugar, intentaremos comprender la causa. Y producirla.

Todas estas premisas tienen una vigencia de mayor dramaticidad, en un país en desarrollo como el nuestro, urgido a acelerar su ritmo de crecimiento, so pena de perder su ubicación en el concierto de las naciones civilizadas. ¿Advierten nuestras empresas esta realidad? En líneas generales podemos decir que las empresas parecen encontrarse en un estado de evolución similar al de los grupos humanos que, advertidos de los síntomas de una enfermedad, prefieren recurrir al curanderismo antes que al tratamiento científico. Cierta tendencia a confiar en soluciones milagrosas como místicas funcionales o aún en la magia de determinadas regulaciones legales, así nos lo indican.

Sin embargo creo que nos hallamos en el umbral de un gran cambio en la mentalidad empresaria argentina, constreñida a buscar soluciones auténticas y en profundidad, en un mercado cada vez más competitivo. Esperemos que así ocurra, a breve plazo, para bien del país y de la armonía social.

ENSAYOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL CONCEPTO DEL ACTO ILÍCITO

POR HÉCTOR P. ZÁRATE

I - Introducción.

1. — Es lugar común entre los expositores del derecho civil argentino, presentar la ilicitud como sinónimo de delitos y cuasidelitos, es decir, identificada con los actos antijurídicos cumplidos con una previa subjetividad dolosa o culposa imputable a su autor. Esta doctrina —en la que no poca influencia tuvieron las fuentes romanas¹, así como el Código Civil francés y sus comentaristas²— llevó a sus sostenedores a inadvertir, e incluso a negar la existencia de hipótesis de responsabilidad objetiva en nuestro derecho³.

2. — Otros autores, sin embargo, siguiendo las doctrinas itálica y germánica, han modificado sustancialmente el modo de exponer los problemas inherentes al acto ilícito y la responsabilidad civil, dando lugar, así, a nuevas orientaciones en la investigación⁴. Ello nos movió a estudiar desde ese miraje aquellos problemas, según intentamos ofrecerlo en este trabajo, por cierto que restringido a sus lineamientos generales.

¹ Sobre los antecedentes romanos, así como de algunas legislaciones de Oriente y Grecia, véase: Pedro Bouffart, "Instituciones de Derecho Romano"; Héctor Lulú, "Tratado de las Obligaciones", vol. II; Rafael Duato Trujillo "Notiones de Responsabilidad Civil"; Armando V. Silva, "Acto Ilícito", en Enciclopedia Jurídica "Omeba", y sus "Aguilón" en la misma enciclopedia, tomo I.

² Como las obras de Aubry y Rau, Daracón, Demolombe etc., cuya influencia sobre las disposiciones del Código Civil argentino, en esta materia, según puede verse en las notas respectivas.

³ Así acontece, entre otros autores, con H. Lulú, ob. y sup. cit.; Salazar y Acuña Amorosa, "Tratado de las Obligaciones - Hechos Ilícitos".

⁴ Pueden señalarse a Herold D. Aguilar, "Hechos y Actos Jurídicos", t. II (Actos Ilícitos - responsabilidad civil); Luis M. Boffi Boggero, "Sistemas de Responsabilidad en el Código Civil Argentino", Lecciones y Ensayos n° 10/11 (dos tomos), y "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Civil", en "Tercera Asamblea Académica del Instituto Argentino de Estudios Legislativos - 1937"; Alfredo Ojeda, "El dolo retractor", etc.

3. — Tomando sin más la expresión "responsabilidad jurídica", cabe señalar que ella se vincula con la idea de sanción, toda vez que un sujeto es responsable cuando a él se dirige la sanción que es consecuencia de un acto ilícito³. Este último es, por tanto, el presupuesto de toda responsabilidad. De allí que deban examinarse sucesivamente uno y otro concepto.

II - El acto ilícito.

a) Antijuridicidad e ilícito.

4. — Todo ordenamiento jurídico se presenta como un sistema de normas que regulan la conducta humana⁴. La transgresión de lo indicado por esas normas como permitido o debido, constituye un acto antijurídico o ilícito.

a) Genéricamente, la antijuridicidad consiste sólo en el desacuerdo externo del acto con el derecho objetivo. Así concebida, entraña una unidad conceptual, comprensiva del ordenamiento jurídico como totalidad, no de una cualquiera de sus ramas (derecho civil, penal, etc.).

b) Pero cuando se considera al acto, no como mero choque externo con el derecho, sino en relación de divvalor con una norma jurídica determinada, la antijuridicidad reviste por ello carácter específico. Puede hablarse, así, de una antijuridicidad específicamente penal o civil, que nosotros denominamos "ilícito"⁵. Existe entre la antijuridicidad y el ilícito una relación de género a especie.

³ En ese sentido, Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", y Teoría General del Derecho y del Estado.

⁴ "Considerado desde el punto de vista realista, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres parecen o no conformidad... En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista distinto, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas"; Hans Kelsen, *ob. cit.* Allí se agrega, en rigor, una definición científica del derecho. Las referencias a la idea de "jurídico", frecuentemente exigida para que un orden cualitativo pueda considerarse jurídico, no son sino consideraciones extrajurídicas, aceptables o no como tales, pero ajenas por ello a una teoría científica del derecho. De manera diferente piensa Gustav Radbruch: "Introducción a la Filosofía del Derecho", p. 47, cuando señala que las manifestaciones de voluntad del Estado que carecen de ese elemento "justicia", como tales que el autor exige, "no sirven más que afirmaciones de poder carecien de significación jurídica". Esto importa restringir la noción de derecho al de un Estado democrático, lo que puede compararse como una afirmación de índole moral, o sociológica si se quiere, pero no jurídica. De otra parte, se ha señalado ya el carácter constitutivamente relativo, es decir subjetivo, del valor justicia. Cfr. H. Kelsen, *ob. citada* y "¿Qué es la Justicia?", impreso de la Universidad de Córdoba.

⁵ Esta distinción fue expresada por Hans Wehr, "Derecho Penal", *op. cit.*, utilizando las expresiones "antijuridicidad" e "injusto". También es acogida, loc.

5. — La antijuridicidad es sólo objetiva; no la integran elementos subjetivos (imputabilidad y culpabilidad). El ilícito, en cambio, contiene o no esos elementos según sean o no exigidos por la norma que confiere especificidad al acto antijurídico.

6. — Esa distinción entre la antijuridicidad como concepto unitario y el ilícito como categoría de aquella en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico, se justifica, por razones de método expositivo si se quiere, ante las posibles situaciones que pueden presentarse en la esfera de la licitud. Veamos algunas de ellas:

a) La conducta ilícita aparece como tal, merced a únicamente por una norma de derecho penal. Así acontece, entre otros ejemplos, con los delitos de calumnia e injuria que no ocasionan daño a la víctima (Cód. Pen., arts. 109 y ss.).

b) El ilícito es sólo civil y no penal, como en el caso, verbigracia, de la muerte ocasionada a un tercero por un menor de doce años, que por su edad es civilmente responsable, pero penalmente imputable (Cód. Civ., art. 921; Cód. Pen., art. 36 modificado por la ley 14.394).

c) La conducta es ilícita tanto ante una norma de derecho civil como ante otra de derecho penal. Tales son las hipótesis de calumnias e injurias que causan daño (C. Civ., art. 1089, y C. Pen., art. 109 y ss.), o bien del homicidio cumplido por un mayor (Cód. Civ., art. 1084; Cód. Pen., art. 79 y los relativos a imputabilidad), etc.

d) Siendo el acto ilícito ante ambas normas, como en el caso anterior, su autor es penalmente responsable, pero se imputa a un tercero la responsabilidad civil (responsabilidad extracontractual por el hecho de otro; art. 1113 y concordantes del Cód. Civ.).

Pero en todas esas situaciones —sea que el ilícito fuera penal o civil, sea que lo fuera a la vez de ambas categorías— la antijuridicidad existe referida a la totalidad del ordenamiento jurídico. Así es legítima la defensa, en derecho penal, contra el ataque de un imputable, aún cuando ese ataque no constituye una antijuridicidad específica, es decir, un ilícito penal. Del mismo modo puede rechazarse la agresión antijurídica de un derecho cualquiera, en el ordenamiento civil, aunque seme-

que con distinta terminología y a veces de modo implícito, por la doctrina civil. Cfr., Andreas von Tuhr, "Tratado de las Obligaciones", t. I; Paul Gorenz, "Introducción al Derecho Civil"; Ludwig Enneccerus y Hans C. Nipperdey, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", T. I, vol. 2; L. M. Boffi Boggess, "Sistemas..."; A. Orgaz, ob. cit. A veces se utilizan las expresiones "actos objetivos o subjetivamente ilícitos", que nosotros empleamos en otro sentido (ver "Índex", nº 10 y nota 131).

jante agresión no sea específicamente un ilícito civil. De otra parte, las hipótesis en que la antijuridicidad se presenta como ilícito penal y civil a la vez, plantean problemas relativos a la responsabilidad civil —influencia recíproca de las acciones, etc.— que no corresponde analizar aquí. Pero todo esto hace visible, además, el interés práctico de la distinción expuesta.

b) *el ilícito civil.*

7. — La antijuridicidad específicamente civil, esto es, el ilícito civil, se traduce, desde luego, en la transgresión de una norma de esa naturaleza. Frecuentemente entraña, también, la lesión de un derecho subjetivo.

a) En un sentido amplio, el ilícito puede concebirse como el incumplimiento de ciertos deberes especiales que, por razón de una relación jurídica determinada, vienen impuestos a una de las partes respecto de la otra. Por ello ha sido llamado, también, "infracción relativa", ya que no lo sería si no existiese esa relación jurídico anterior⁹.

b) Pero las normas jurídicas imponen, además, deberes genéricos, es decir, dirigidos a la totalidad de las conductas por ellas reguladas. La violación de esos deberes constituyen ilícitos en sentido estricto¹⁰. Estos son, en nuestro derecho, los legislados por el Código Civil en los títulos VIII y IX de la sección segunda correspondiente al Libro II¹¹.

8. — El caso típico de ilicitud civil "lato sensu" es el incumplimiento de la obligación generada por un contrato o cualquier otro acto lícito (declaración unilateral de voluntad, etc.), que se corresponde con la sanción de indemnizar los daños y perjuicios (Cód. Civ., arts. 520

⁹ A. von Tahr, *ob. cit.* y "Derecho Civil - Teoría General del derecho civil alemán", vol. III, 2.

¹⁰ Esta clasificación, de importancia para el estudio de los sistemas de responsabilidad civil, fue ensayada por A. von Tahr, *ob. cit.* En sentido parecido coinciden L. Bonaceras y H. Nippesley, *ob. cit.*, distinguen: a) delitos (ilícitos en sentido estricto); b) infracción de obligaciones personales; c) caducidades (p. ej., la pérdida de la patria potestad con consecuencia de inacción en ciertos delitos y de la condena subsecuente: artículo 1680, C. Civ. alemán). La infracción de obligaciones personales, junto a las caducidades, coinciden con los ilícitos en sentido amplio, según la clasificación que adoptamos.

¹¹ No es homogénea la metodología de esta materia en las diversas legislaciones. Comp. C. Civ. francés, arts. 1382 y ss.; C. Civ. español, arts. 1903 y ss.; C. Civ. uruguayo, arts. 1910 y ss.; C. Civ. alemán, arts. 823 y ss.; C. Federal suizo de las Obligaciones, arts. 41 y ss.; C. Civ. brasileño, arts. 159, 160, 1518 a 1532 y 1537 a 1555; C. Civ. mejicano, arts. 1910 y ss.; C. Civ. peruano, arts. 1136 y ss.; C. Civ. italiano, arts. 2043 y ss., etc.

a 522, 622 y concordantes). Pero pueden señalarse otros ejemplos: el esposo que incumple los deberes conyugales realiza un acto ilícito sancionado con el divorcio por culpa propia (Ley de Matrim. Civ., arts. 67 y 74 a 79); la inconducta del padre es un ilícito que se sanciona con la pérdida de la patria potestad (Cód. Civ., art. 307); el incumplimiento de los deberes del tutor, o la realización por éste de actos que le están prohibidos, son ilícitos cuya sanción es la pérdida del derecho a la remuneración que la ley le asigna o, en su caso, la revocación en la tutela (Cód. Civ., arts. 450, 451, 453 y 457; Ley de Matrim. Civ., art. 12); el acto o negocio jurídico, en principio lícito, deviene en ilícito cuando se lo celebra sin los requisitos impuestos por la ley, y, tiene la correspondiente sanción de nulidad, sin obstáculos de la eventual reparación en las hipótesis que cause daño, conforme al art. 1056 del C. Civ.¹¹. Todos estos ejemplos suponen una relación jurídica previa, cuyo incumplimiento engendra, a veces, un deber de indemnizar que viene a ocupar el lugar de la obligación incumplida; y otras, una sanción de otro tipo, que puede llegar hasta la pérdida o caducidad de un derecho¹².

9. — Los actos ilícitos en sentido estricto comprenden, como queda dicho, los regulados por el Código Civil bajo el título: "De los Actos Ilícitos" (Libro II, sección 2ª, títulos VIII y IX). Son, en rigor, actos prohibidos, toda vez que entrañan la transgresión de deberes generales. No existe aquí ninguna relación jurídica anteriormente establecida, y por ello la infracción normativa puede decirse "inmediata". Precisamente en virtud de esto el deber de reparar el daño nace "ex novo"; es decir que forma el contenido originario de la obligación¹³.

10. — Las hipótesis generalmente señaladas de ilicitud "stricto sensu" son los delitos y cuasidelitos. Ambas suponen una determinada posición subjetiva en su autor; pero mientras en los delitos esa subjeti-

¹¹ Sobre algunos de los ejemplos expuestos en el texto, véase, A. von Tuhr, *ob. cit.*; A. Orgna, *ob. cit.*; L. M. Belli Boggero, "Algunos Aspectos...", *etc.* Acerca de los actos o negocios jurídicos irregularmente celebrados, véase especialmente Francisco Ferraz, "Teoría del Negocio Ilícito".

¹² Conf., A. Orgna, *ob. cit.*

¹³ "En los actos prohibidos la reparación del daño es el contenido primario del crédito, en tanto que en la lesión concontractual la reparación toma el lugar de la prestación originaria del cumplimiento": A. von Tuhr, *ob. y loc. cit.*, p. 163, n. 37. No genera claramente esta idea Alfredo Colomo, "De las Obligaciones en General", n.º 27, en cuanto critica a quienes entienden que el objeto de la obligación debe ser lícito, posible y determinado. Observa que ello ocurre sólo en las obligaciones concontractuales, no en las delictuales. "Basta con observar, dice, que si se trata de una obligación que dimana de un delito, o de un cuasidelito, la prestación —por referirse a la negación de una acción: no violar el derecho ajeno— carece propiamente de contenido". Pero debe advertirse que el contenido de la prestación no es la violación del derecho, sino el deber de repararlo, y en este sentido reúne los requisitos señalados.

vidad es dolosa, en los cuasidelitos es meramente culposa (Cód. Civ., art. 1072, y arg. del art. 1109, 1º pte.)¹⁴

Sin obstáculo de ello, existen además otros ejemplos en los cuales no penetra en absoluto la idea de culpabilidad: son los actos objetivamente ilícitos¹⁵. Así acontece con el art. 907 del Código Civil, donde se dispone que: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto en cuanto se hubiere enriquecido"¹⁶. Lo propio puede decirse de los casos de responsabilidad indirecta (Cód. Civ., art. 1113 y concordantes), por lo menos en los casos en que la ley establece una presunción absoluta de culpa (arts. 1118, 1119 y 1120), ya que por esto mismo no aparece como imprescindible la culpa personal del sujeto responsable¹⁷. Ocurre lo mismo con la ley de accidentes de trabajo

¹⁴ La indemnización de los daños causados por un delito o cuasidelito, regulada por el Código Civil, ha dado lugar a una discusión acerca de determinar cuál es la jurisdicción competente cuando el ilícito es realizado por un comerciante en ejercicio de su profesión. Lisandro Segovia, "Explicación y Crítica del Código de Comercio", t. I, p. 47, piensa que corresponde a la jurisdicción civil, ya que "los delitos ni los cuasidelitos nunca pueden ser actos de comercio...". De manera diferente piensan Sibera, "Comentarios al Código de Comercio Argentino", t. II, p. 55; R. S. Casallo, "Curso de Derecho Comercial", t. I, p. 36; M. Sazonowky, "Tratado de Derecho Comercial", t. 2, p. 73; R. Fontanarrosa, "Derecho Comercial Argentino", p. 148. La jurisprudencia presenta una evolución análoga. En 1947 la Cámara Civil y Comercial, en el pleitano "La Internacional, Cía. de Seguros v. Sánchez", entendió que competía "a la justicia civil los juicios por daños y perjuicios emergentes de un delito o cuasidelito, aunque éstos sean cometidos por comerciantes en ocasión de sus negocios" (J. A., 1958, I, p. 424, nota I). Poco posteriormente se siguió una orientación diferente: cosa, J. A., 1957, III, p. 140; J. A. 1958, I, p. 423, etc.

¹⁵ La expresión "actos objetivamente ilícitos", que utilizamos en el texto para designar genéricamente los supuestos de responsabilidad objetiva, no se corresponde con la expresión por von Tuhr, Ennecerus - Nipperdey, Germanos, etc. (ver "lugos" nota 7).

¹⁶ Más absoluto es aún el Código civil mexicano, art. 1911, en cuanto prescribe que: "El incapaz que cause daño debe repararlo". El Código civil francés, art. 1310, establece que el mero "uso abusivo del beneficio de restitución contra las obligaciones que resultan de un delito o cuasidelito" lo que entraña, sin duda, responsabilidad objetiva. Com., Marcadé Plazid y Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Civil", t. VI. En Francia se presentó también un proyecto de ley reformando el art. 1362 del Cód. Napoleón. Se lo modificaba agregándole un apartado complementario concebido así: "El demandante será responsable civilmente del perjuicio causado por él". Poco este proyecto no prosperó. Véase, Louis Joussard, "Derecho Civil", t. II, vol. 1.

¹⁷ Las hipótesis de responsabilidad indirecta están asociadas genéricamente en el art. 1113, C. Civ.: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que actúan bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado". Comprende, pues, la responsabilidad por el hecho de otro (arts. 1114 y ss.), por los animales (arts. 1124 y ss.) y por las cosas inanimadas (arts. 1125 y ss.). Tradicionalmente se ha concebido a éstas como

(Nº 9683), que en su art. 1º establece: "Todo patrón, sea persona natural o jurídica, que en las industrias o empresas a que se refiere el artículo siguiente, tenga a cargo la realización de trabajos, será responsable de los accidentes ocurridos a los empleados y obreros durante el tiempo de la prestación de los servicios, ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se les emplea, o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo"¹⁹.

III - La responsabilidad civil.

1. — Los ejemplos indicados, tanto de ilícitos en sentido amplio como en sentido estricto, rectifican, en nuestro concepto, algunas opiniones largamente sostenidas en materia de responsabilidad civil. La culpabilidad, sea ella dolosa o meramente culposa, no es ya un elemento esencial del acto ilícito sino de algunas de sus categorías (delitos y cuasidelitos); tampoco es elemento de la responsabilidad, ya que ésta puede

hipótesis de casuística, donde se imponga al principal, por una ficción de la ley, una culpa en la elección ("in eligendo") o vigilancia ("in vigilando") de las personas o cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. Ver Salvo y Acuña Acevedo, ob. cit., lámina, ob. cit. "Esta concepción —dice Jorrand, ob. cit.— es completamente superficial no penetra hasta el fondo de la realidad jurídica y política".

"1º) La supuesta culpa es, en muchos casos, puramente imaginaria; ocurre que al padre es condenado civilmente sin cuando no pueda reprochársele ninguna imprudencia por su parte; la ficción queda transformada en realidad.

"2º) En lo que concierne a la responsabilidad de los comitentes, adquiere esta observación una fuerza particular por circunstancia de que no se admite ninguna prueba contraria; una culpa de parte comitente legal no es ya una culpa. Cuando la ley dice al comitente "yo pretendo que estás en culpa, no te permito demostrar que no lo eras", es ella misma que con la obligación, no el supuesto hecho culposo; la culpa no tiene ya otro valor que el de una sanción jurídica, un procedimiento técnico utilizado para explicar artificialmente el nacimiento de la obligación delictual. En realidad, la responsabilidad del hecho ajeno, pero sobre todo la del hecho del comitente, es una responsabilidad sin culpa". Advertirse que el art. 1384 del Cód. Nap., que Jorrand comenta, es la fuente de nuestro art. 1115 (ver nota del codificador), por donde esas consideraciones son absolutamente válidas para nuestro ordenamiento. Conf. A. Orgaz, "Tratado de Derecho Civil", p. 323 y ss.; Pedro León, nota jurisprudencial en Rev. Jurídica de Córdoba, 1947, II; A. Colma, ob. cit., nº 121, etc. También parece aceptar este criterio la Suprema Corte de Buenos Aires, D. J. A., 1938, I, p. 154.

"3º) Esta responsabilidad no decuenta, en rigor, en actos prohibidos, sino peligrosos. Por ello la ley responsabiliza al patrón sólo por caso fortuito, ya que una solución viene justificada por el riesgo inherente al trabajo. "Si bien en materia civil se carga la prueba de la culpa o negligencia como principio de responsabilidad, el principio de riesgo profesional o responsabilidad objetiva que informa la ley de accidentes de trabajo, ha hecho que la jurisprudencia evolucionara en su criterio interpretativo y lleve su alcance indemnizatorio a situaciones antes no comprendidas": Tribunal del Trabajo de Junín, D. J. A. 1939, V, p. 32. También el art. 133 del Cód. de Com., de acuerdo a la reforma de la ley nº 11.729, se ha extendido inspirada en el principio de responsabilidad objetiva. Conf. Suprema Corte de Buenos Aires, D. J. A., 1933, IV, p. 238.

ser fundada, en algunos casos, aunque subjetivamente no quepa hacer ningún reproche al autor del acto. Tampoco el daño en requisito indispensable²⁰, aunque sí lo es, desde luego, en la responsabilidad por daños. Es que el fundamento de la responsabilidad civil no puede buscarse en esos elementos —ya que no son siempre presupuestos necesarios—, sino en la norma misma, que ante la comisión de un ilícito regula en cada caso, de modo concreto, sus consecuencias, es decir, la responsabilidad de su autor. En este sentido, el art. 1066 del Código Civil dispone que "a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiese una disposición de la ley que la hubiese impuesto". De suerte que la responsabilidad no descansa sino en el hecho de que la norma impute a un sujeto las consecuencias de un acto ilícito, cometido por él o por otro²¹. La culpabilidad y el daño son condiciones que la ley exige a veces, pero ello no ocurre necesariamente²². La disposición del art. 1067, Cód. Civ., en cuanto establece que: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia", no se contradice con lo que venimos sosteniendo, ya que esa norma está referida a los delitos y cuasidelitos, que son las únicas hipótesis que el Código regula bajo la denominación de "actos ilícitos".

12. — Tuvimos oportunidad de señalar ("supra", N° 3) que la idea de responsabilidad está ligada a la de sanción, toda vez que un sujeto es responsable cuando a él se dirige la sanción que es consecuencia de un acto ilícito. Vimos también que la reparación por daños no es el único tipo de sanción civil, ya que ésta puede comprender también la pérdida o caducidad de un derecho²³. De allí que la re-

²⁰ Algunos de los actos prohibidos al autor, verbigracia, pueden, en caso de ser realizados, beneficiar al autor, no causar ni ocupar a su cargo, y sin embargo la sanción viene impuesta independientemente de esa circunstancia (véase, por ejemplo, la hipótesis del inc. 3° del art. 450, C. Civ.). Del mismo modo, si una disposición municipal prohíbe conducir cualquier vehículo sin un permiso que habilite al conductor, o cuando una velocidad determinada, la violación de esas normas, aun cuando no ocasionen daño alguno, originan, sin embargo, la correspondiente sanción. Y así podría abundarse en ejemplos: ver art. 2318 in fine, 2342 y n., 2317 y 2468 a 2470, Cód. Civ.

²¹ Conf. H. D. Aguilar, *ob. cit.*: "La base de toda responsabilidad se encuentra en la imputación del acto perjuratorio. La responsabilidad resulta de una situación en virtud de la cual, un hecho puede ser atribuido a una persona, considerada ésta como la causa de ese hecho".

²² Véanse los ejemplos expuestos en el n° 10 y en la nota 21.

²³ Ver nota anterior. Conf. A. Ortega, "El daño resarcible". A. von Tuhr, *ob. cit.* señala correctamente que el derecho privado, incluso, no conoce solamente de elementos penales. "Ciertas normas —dice— descansan en la idea de que la conducta contraria al deber debe castigarse con un perjuicio patrimonial; valgan como ejemplos, la privación de la legítima, la indignidad para suceder; y también la pérdida del derecho al permiso de quince días la cosa ajena".

ponsabilidad (responder por), genéricamente, se traduce no sólo en el deber de reparar las consecuencias dañosas de un acto ilícito, sino todas las consecuencias, exista o no daño en el sentido estricto de los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil. Ello no obstante, la expresión "responsabilidad civil" ha sido comúnmente identificada con la responsabilidad por los daños, que es la que tiene vista particularmente el Código, y por eso centraremos en ella nuestra atención²².

13. — Pues bien, la responsabilidad por los daños ha sido regulada de modo diverso según se trate de ilícitos "latu sensu" (incumplimiento de un contrato o de otro acto ilícito), o de actos ilícitos en sentido estricto (delitos, cuasidelitos, etc.). Esto ha sido consagrado expresamente por el art. 1107 del Código Civil, que separa nitidamente ambos sistemas de responsabilidad: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales —dice— no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal". El título al que alude el artículo transcrito, es el IX de la sección 2ª del Libro II, que comprende las "obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos". De suerte que el incumplimiento contractual sólo será regido por estas disposiciones si degenera en delito penal culposo. Pero ese incumplimiento puede entrañar, también, un ilícito penal doloso, en cuyo caso será sometido a las reglas

²² Es así inevitable que la responsabilidad civil sea entendida únicamente como responsabilidad por los daños. Así, Henoch D. Aguilar, *ob. cit.*, expresa: "La responsabilidad, que es consecuencia de la imputabilidad, consiste en la obligación de reparar el perjuicio de un hecho del cual somos autores directos o indirectos, por haberlo realizado en contra del deber que tenemos de no perjudicar injustamente a otros...". A. Acuña Ancozua, *ob. cit.*, entiende que "puede definirse la responsabilidad civil, diciendo que es la sanción que se impone a una persona obligándola a reparar el daño experimentado por otro como consecuencia de una conducta jurídicamente reprochable o reprobable". En igual sentido, Alfredo Orgaz, *ob. cit.*, observa: "El daño es el primer elemento del acto ilícito, es el sentido estricto que, según dijimos, le confiere el Código, esto es, su relación a la responsabilidad civil: un daño, estrictamente, no hay "acto ilícito posible", como dice a este respecto el art. 1067". A su turno, el profesor Boffi Boggero, "Sistemas...", señala: "Tomando sin más la expresión responsabilidad civil, en el sentido más generalizado de la misma, dentro del Derecho de las Obligaciones, debe decirse que ésta es responsabilidad jurídica donde se traduce la obligación de indemnizar (responder por) un perjuicio causado, ilícitamente a otra persona". Pero este mismo autor, sin embargo, admite que ésta es el sentido más generalizado de la expresión; y más adelante, al cruzar las normas de responsabilidad contenidas en el Código Civil, distingue entre, pero "sin defecto de las mismas normativas incorporadas por normas especiales que el mismo Código contiene".

²³ "En que, en lugar de "hacer la reparación" se "debe" entender "responsabilidad" "ob. cit.

Es innecesario que el padre que incumple los deberes impuestos en nombre de la patria potestad, al autor que realiza actos que le están prohibidos, el incapaz que celebra un acto jurídico, etc., "responda" de su conducta ilícita cuando se les aplica las sanciones previstas para cada uno de esos casos.

del título VIII, relativo a los delitos civiles. Esto es indudablemente lo que quiso expresar la ley²⁴.

14. — Ahora bien, esa clasificación de los sistemas de responsabilidad, recogida en el art. 1107 del Código Civil, como acabamos de verlo²⁵, no es obstáculo de otra que se ha construido desde un ángulo diferente. Esta doctrina, que distinguió las obligaciones "de resultado" de las "de medio" o, con otra terminología, las "determinadas" de las obligaciones "generales de prudencia y diligencia", o bien las "de resultado" de las "de diligencia", fue edificada originariamente en Francia por René Demogus, al estudiar las relaciones entre la responsabilidad contractual y la delictual o aquiliana; pero penetró también en la doctrina italiana, y fue sostenida por algunos autores nacionales²⁶. La importancia que esta clasificación reviste, sobre todo para caracterizar algunas responsabilidades de carácter especial, nos mueve a concluir este trabajo con una breve referencia a ella.

²⁴ Coss. Salvar, ob. cit.; Luis M. Boffi Boggiero, ob. cit., donde se expone un análisis de la fuerza del art. 1107, Leandro Segovia, "El Código Civil Argentino Asociado" (obra complementaria de los comentarios del mismo autor), parece no advertir la posibilidad de delitos penales culpables, ya que la frase "si no dogmatiza en delitos del derecho criminal" (a. 1107, "in fine"), es acusada por él de la siguiente manera: "En otro caso el delito se regirá, no por las disposiciones de este título, sino por las del título anterior, como es evidente. Este artículo debió, pues, seguir al 1066": p. 177, nota 869. No obstante comparaciones con Segovia la crítica a la desdoblación del artículo, sí que debió encontrarse con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos en general (arts. 1066 y ss.); y esto porque, como se dice en el texto, el delito penal puede ser tanto doloso como culpable.

Con todo, un análisis acabado del art. 1107, que plantea por sí mismo problemas aun complejos, excederá notoriamente los límites de este trabajo. Puede verse el estudio de L. M. Boffi Boggiero, "Sinnos...", y, además de las obras citadas en esta nota, H. Lafaille, ob. cit.

²⁵ El art. 1107, C. Civ., en efecto, separa la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones convencionales, de aquella que entraña la comisión de un acto ilícito "stricto sensu". Y sólo se ha distinguido, en el primer caso, una subdivisión fundada en que la obligación surge o no por objeto la entrega de cosas de dinero; y en el segundo, según se trate de delitos o de cuasidelitos. Véanse los trabajos citados de Luis M. Boffi Boggiero, donde se analizan las matices diferenciales que en el Código Civil poseen los dos cuadros de responsabilidad.

²⁶ René Demogus, "Traité des Obligations en général", T. V. utilizó las expresiones "obligaciones de medio y de resultado"; las otras denominaciones fueron preferidas, respectivamente, por H. Massad, "Essai de classification des obligations", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, y por André Turon, en el "Traité" de las Hermanas Massad. En la doctrina italiana, véase Luigi Mengoni, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", en Riv. Dir. Commerciale, 1934. Entre nosotros, con especialidad Enrique V. Galli, "Obligaciones de Resultado y Obligaciones de Medio", en Rev. Justicia de Buenos Aires, 1938, I; Luis M. Boffi Boggiero, "Sinnos...", y nota en el folio de la Cám. Naz. Apel. en lo Civ. y Com., Sala C, en la causa "Aresca, Osorio v. Municipalidad de la Capital", J. A., 1938, III, p. 387; Demitro A. Abalos Arcezo, "La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico - Obligaciones de Medio y de Resultado", en el folio citado, Roberto Martínez Ruiz, "Obligaciones de medio y de resultado" en La Ley, t. 90, 1938.

15. — Dejando de lado la polémica suscitada en torno a la terminología empleada en esta clasificación, ya insinuada en el párrafo anterior²¹, intentaremos oírnos a su contenido, así como a la aplicación que pueda tener en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues Demogue, como ya se señaló, quien, al considerar las relaciones entre los clásicos sistemas de responsabilidad —contractual y delictual o aquiliano—, entendió que, desde el punto de vista del "onus probandi", no existía diferencia sustancial entre uno y otro sistema. Pero agregó que, en ambos casos, "la obligación que puede pesar sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza. Puede ser una obligación de resultado o una obligación de medios"²².

En la primera hipótesis, el deudor promete un resultado determinado, y sólo puede eximirse de su incumplimiento si prueba los extremos de caso fortuito o fuerza mayor (Cód. Civ., arts. 513 y 514). En la obligación de medios, a cambio, el contenido de la prestación no es el resultado en sí propio sino el empleo, por parte del deudor, de todos los medios conducentes a la consecución de ese resultado; pero si éste no se produce, la conducta diligente basta, pues, para fundar la irresponsabilidad del deudor. En suma, en la prestación de medios se promete un proceder prudente y diligente dirigido a lograr el resultado que el acreedor espera, al paso que en la prestación de resultado queda comprometido ese proceder mismo.

Lo propio ocurre en las obligaciones extracontractuales, aunque aquí la regla es la prestación de medios. Toda persona tiene, en efecto, la obligación legal de no ocasionar a otra un daño ilícito (C. Civ., art. 1066 y ss.), pero si éste se produce, su autor puede eximirse de sanción que en su conducta empleó la prudencia necesaria como para que normalmente no se hubiera causado. Pero también existen obligaciones extracontractuales de resultado: son las hipótesis ya señaladas de responsabilidad objetiva, en las que la sanción viene impuesta aunque el autor del perjuicio hubiese obrado con las diligencias que las circunstancias exigían.

Debe agregarse que, tanto en el caso de obligaciones convencionales cuanto en el de actos ilícitos, la distinción entre prestaciones de medios y de resultado importa una aplicación concreta del art. 512 del Código Civil, en cuanto se aprecia la existencia o no de culpa con relación a la naturaleza de la obligación, y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar²³. Pero de ello no debe seguirse que esta

²¹ Sobre este problema puede verse el minucioso análisis de Enrique V. Galli, *ob. cit.*

²² E. Demogue, *ob. cit.*; cást., R. Martínez Ruiz, *ob. cit.* Ver también R. Daria Trujillo, *ob. cit.*, donde se exponen las teorías de Marton en las obligaciones de resultado, la de Klansidam en la doctrina alemana, y la de Pierre Wigry.

²³ Con relación a este aspecto, véase Enrique V. Galli, *ob. cit.*

clasificación de las obligaciones reemplaza la distinción entre los sistemas de responsabilidad contractual y aquiliana, ya que semejante afirmación conducida a desconocer la disposición expresa del art. 1107 del Código civil, ya comentada³⁰.

16. — Convenido esto, nos referiremos sumariamente al problema relativo a la carga de la prueba, ya que es en este aspecto donde la distinción entre obligaciones de medios y de resultado incide con más fuerza.

Es sabido que en las obligaciones convencionales es el deudor quien debe probar la ausencia de culpa para eximirse de la responsabilidad emergente de su incumplimiento; al acreedor le basta probar la existencia de su crédito. En las obligaciones extracontractuales, en cambio, es la víctima quien debe demostrar la existencia del ilícito y la culpa de su autor, ya que a éste, salvo casos especiales, le recae una presunción legal de incapacidad.

Y bien, poniendo el punto en estos supuestos especiales, en que la culpa del responsable de un ilícito se presume (C. C. art. 1113 y concordante), se ha dicho que la distribución del "onus probandi" no se corresponde con la clasificación clásica de las obligaciones —contractuales y delictuales—, sino con la distinción entre prestaciones de medios y de resultado. En la primera hipótesis, al acreedor incumbiría la carga de la prueba; en la segunda, ésta correspondería al deudor³¹. Y se ha señalado también que, para determinar la naturaleza de la obligación de su objeto: si éste es aleatorio, se estaría ante una prestación de medios³².

17. — En contra de este criterio se ha sostenido, también, que, distinguiendo entre el incumplimiento liso y llano y el mal cumplimiento, las reglas tradicionales relativas a la carga de la prueba tendrían aplicación, tanto en el caso de obligaciones de medio como en el de obligaciones de resultado. Si se imputa al deudor el mero incumplimiento, incumbe a éste acreditar que no hubo culpa de su parte; pero si se le

³⁰ Roberto Marfisi Ruiz, *ob. cit.*, sin embargo, se pronuncia por la sustitución, observando, coincidente en esto con Mazaud, que se ha caído en un verdadero abuso en la separación de los sistemas clásicos de responsabilidad.

En sentido coincidente con lo que afirmamos en el texto, *ver* Raffi Boggino, *ob. cit.*, y Alicia Arizón, *ob. cit.*

³¹ En este sentido, R. Demagat, *ob. cit.*; R. Marfisi Ruiz, *ob. cit.*

³² *Conf.* H. Mazaud, *ob. cit.*; E. V. Galli, *ob. cit.* Así, el médico o el abogado, que se comprometen a ocupar la salud del enfermo en el primer caso, y a dar ésto a la prestación de su cliente en el segundo (ambas expresiones aleatorias), estarían ante una obligación de medios. Y en lo que respecta a las obligaciones delictuales, ya se ha dicho que, equiparando los casos de presunción de culpa, se trata de prestaciones de medios. Véase R. Marfisi Ruiz, *ob. cit.*

imputa el mal cumplimiento de la obligación, es el acreedor quien debe demostrar las deficiencias, ya que éstas constituyen el contenido de su pretensión resarcitoria²².

18. — Como puede apreciarse a través de lo expuesto, no son pocas las controversias que ha generado la doctrina que nos viene ocupando, no faltando tampoco quienes se pronuncian en contra de ella²³. Pensamos, con todo, y sin hacernos eco de sus más ardientes sostenedores, que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado puede ser útil en cuanto caracteriza con precisión ciertas responsabilidades especiales como, por ejemplo, la del médico, del abogado y, en opinión de algunos autores, la responsabilidad emergente del contrato de transporte.

²² Así, D. A. Añiza Añiza, *ob. cit.*, quien expone sus argumentos con relación a la obligación del médico, agregando: "En consecuencia, incumbe al paciente que ha recibido atención médica demostrar que ésta no se ajustó a lo prescrito". Esta conclusión le lleva a restar importancia a la clasificación que nos ocupa.

²³ Ver la bibliografía citada en Añiza Añiza, *ob. cit.*

LA LEY 14.439 Y LA EVOLUCION DEL REGIMEN MINISTERIAL

JOSÉ LUIS OSLA

La Constitución Nacional determina las bases de nuestra organización ministerial en cuanto precisa las atribuciones presidenciales, dedicando enseguida los arts. 87 a 93 a quienes titula "Ministros del Poder Ejecutivo". Sucesivas leyes han procurado, de acuerdo con lo prescripto en el art. 87 "deslindar los ramos del respectivo despacho de los ministros". Esta evolución, culminante en la sanción de la ley 14.439 de 1958, tiende a disminuir y debilitar la institución ministerial.

El texto de 1853 incluía algunas normas incómodas para una Administración en crecimiento. Además, el art. 89 (hoy 89), acordaba a los ministros una facultad sin duda excesiva. Una revisión de estos aspectos se hacía indispensable, y fue realizada por las Convenciones reformadoras de 1860 y 1898; pero intentos modificatorios posteriores llegaron mucho más lejos sustituyendo gostramente los preceptos constitucionales o eludiéndolos con ingenio. Al respecto nos interesan principalmente las disposiciones de la más reciente ley 14.439, introductoras del desorden al más alto nivel de la jerarquía administrativa. Sin embargo, puesto que constituyen la desproporcionada culminación de un proceso inicialmente justificado, deberemos antes referirnos a las instituciones que éste conformó sucesivamente.

I - El auge del prestigio ministerial y sus consecuencias jurídicas.

¿Por qué la Constitución se integra con disposiciones acerca de los ministros, siendo que estos funcionarios, según sostiene nuestra doctrina más general y autorizada, no forman parte del Poder Ejecutivo? Desde luego, poseen atribuciones que no hubiera podido conferirles otro texto; pero el verdadero motivo parece anterior y se relaciona con nuestra historia y antecedentes políticos.

La anarquía que siguió a la revolución democrática americana hizo sentir la necesidad de "un Presidente constitucional que pueda asumir las

facultades de un Rey" ¹. Esta imagen estaba asociada con el recuerdo de los gobiernos absolutistas de Europa, y particularmente España, cuyo mérito fue en muchos casos correlativo del poder otorgado a sus grandes ministros. Tal vez los constituyentes, al aceptar formas que incluían la institucionalización de la función ministerial al más elevado nivel jurídico, no hacían sino responder a una tradición que rodeaba a los jerarcas administrativos de un ascendiente que era reflejo de la autoridad real.

Cuando Alberdi, admirador de la "sensatísima y profunda composición del Poder Ejecutivo en la Constitución de Chile" ², toma de ella las normas relativas a la organización ministerial (arts. 87 a 92 de su Proyecto) no hace más que remontarse a nuestra Constitución unitaria de 1826, fuente de la chilena. En oportunidad de discutirse aquella, Dorrego propuso incluir una disposición que ya había figurado en el Estatuto de 1817: "que se dijera que ningún ministro pudiese expedir ninguna determinación sin mandato o ausencia del Presidente" ³. Los convencionales, sorprendentemente para el criterio actual, estimaron este agregado como limitativo y no ampliatorio de las facultades ministeriales. Quizás lo hayan aceptado (y con él los decisivos artículos que tomaron de la Constitución Política de la Monarquía Española) porque, entre otras razones, tenían un "bello y brillante modelo de sí mismos", en quien Vicente Fidel López reconociera "el tipo perfecto del alto funcionario español", al estilo de Vértiz y Floridablanca ⁴.

Así, cuando los constituyentes de 1853 resuelven incluir en la ley suprema normas relativas a los ministros, no consagran un original injerto de Alberdi, sino que ratifican un criterio tradicional, vigente en nuestros estatutos patrios y en nuestras costumbres coloniales.

Por otra parte, excediendo las consideraciones que Alberdi prestara a la jerarquía ministerial, los convencionales de 1853 dejan de lado el sistema de ministerio legal preconizado por aquél (art. 90 del Proyecto) y en su lugar, respetuosamente, determinan el número y denominación de las carteras. Finalmente reproducen la desafortunada sugerencia de Dorrego, acordando a los ministros facultades que los convierten en participes del Poder Ejecutivo: ellos pueden de conformidad con el art. 86 (107 de la Constitución unitaria) tomar resoluciones por sí solos, mediante consentimiento o mandato del Presidente de la República.

¹ ALBERDI: "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed. Surco Tronco, Valparaíso, 1852, Pág. 136.

² ALBERDI: *op. cit.* Pág. 24.

³ RAVENHANS: "Asambleas Constituyentes Argentinas - 1813-1858", Buenos Aires, 1937. Tomo II, Pág. 1069.

⁴ VICENTE FIDEL LÓPEZ: "Historia de la República Argentina". Ed. Corruela, Buenos Aires, 1913. Tomo IV, Pág. 64.

Deficientemente traducido por la ley, el prestigio disfrutado por la institución tendía a desnaturalizar sus funciones.

II - El sistema ministerial de la Constitución de 1853 (con sus reformas de 1860 y 1898).

La Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, establece un Ejecutivo unipersonal, independiente de los otros poderes, sólido y dinámico a través de sus amplias atribuciones. El Presidente es titulado "jefe supremo de la Nación" (art. 86 inc. 19). Alberdi sostenía que "en cuanto a su energía y vigor el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes del país y la grandeza del fin para el que es instituido"²; en este orden de ideas consideró necesario agregar a sus competencias, inspirándose en la Constitución chilena de 1833, la institución del estado de sitio³. Ante una concentración de atribuciones de esta naturaleza, la situación de los ministros no podía ser decisiva y hubiera sido lógico esperar una solución conforme al modelo norteamericano⁴ de no mediar los antecedentes que hemos esbozado. Sin embargo, nuestros constituyentes les dedicaron los arts. 87-93, Sección Segunda, cap. IV. Recordaremos sus disposiciones.

Los ministros, designados por el Presidente y por su sola voluntad renovables (art. 86 inc. 10) serán ocho, sin determinación de carteras. Yo hice referencia a la primitiva redacción de este artículo el cual especificaba: "Cinco Ministros-secretarios a saber: del Interior, de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Justicia, Culto e Instrucción Pública y de Guerra y Marina tendrán a su cargo..." El texto actual, producto de la reforma de 1898, establece un sistema solo relativamente rígido al fijar un número invariable de carteras, dejando a la ley su distribución.

Los convencionales de 1898 no produjeron un debate ilustrativo en esta materia. El problema fue apenas insinuado por alguno de ellos, prevaleciendo el criterio de que no era prudente innovar en lo que hasta entonces había funcionado sin dificultades". La ley 3727 repartió las carteras en esta forma: 1) Interior, 2) Relaciones Exteriores, 3) Hacienda, 4) Justicia, 5) Guerra, 6) Marina, 7) Agricultura, 8) Obras Públicas.

² ALBERDI: Op. cit. Pág. 133.

³ La Constitución norteamericana sólo conoce la suspensión del sueldo de "buenos cuerpos", por el Congreso, en caso rebelión o invasión. (Art. I, Sec. 9, cl. 2).

⁴ Los ministros no son, en la Constitución de los E.E. U.U. objeto de normas específicas, salvo la que prescribe acatado del Senado para su designación. (Art. III, Sec. 2, cl. 2). También las escasas disposiciones en materia de responsabilidad política, pero éstas son las aplicables a los empleados civiles en general. (Art. I, Sec. 2, cl. 3; Art. I, Sec. 3, cl. 6 y 7; Art. III, Sec. 2, cl. 3).

⁵ Convención Nacional de 1898 y Antecedentes. Buenos Aires, Ed. Oficial, 1898. Pág. 94-95.

Si en 1898 parecía un aspecto menor, actualmente la determinación legal o constitucional del número de ministros se ha transformado en un grave problema. Los convencionales de entonces temían que el Congreso, por ley, pudiera despojar de su ministerio al funcionario enemigo; jamás sobrevino esta situación. En cambio, si parece disminuir la jerarquía ministerial una mayor asimilación a los demás organismos administrativos, la experiencia histórica demuestra que la solución constitucional implica denegar perniciosos esfuerzos tendientes a esquivar o sustituir las normas superiores. Estas, en definitiva, se redactan para ser ejecutadas de buena fe (en algún sentido la Constitución es un contrato) y no pueden resistir el ingenio del legislador aplicado a tergiversarlas o eludirlas.

Los ministros "tienen a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia" (art. 87). Adquieren así una responsabilidad política, sea a título individual o solidario en caso de acuerdo (art. 88), pero no forman parte del Poder Ejecutivo que es unipersonal (art. 74). En efecto, su misión es ilustrar al Presidente, pero en caso de discrepancia no deben ser indiferentes instrumentos de una opinión superior que pueden obstaculizar rehusando su firma, necesaria para integrar el acto certificando su autenticidad y legalidad. Sin embargo, la dirección, el gobierno, residen en definitiva en el Presidente quien los nombra y remueve con absoluta discrecionalidad (art. 86 inc. 10), siendo su voluntad exclusiva la que en última instancia prevalece⁹.

Pueden además los ministros tomar por sí solos resoluciones en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos. Hablamos aludido a la primitiva redacción de este artículo que acordaba la facultad mencionada en cualquier caso, siempre que mediara consentimiento del Presidente. La reforma de 1860 concluyó felizmente con esta anomalía cuya explicación, según hemos visto, debe buscarse en nuestros antecedentes históricos. El Informe de la Comisión Examinadora designada por la Convención del Estado de Buenos Aires sostuvo que conservar el texto de 1853 importaba destruir la regla por la excepción, "investir al ministro de mayor poder que el que tiene el Presidente, desnaturalizando sus funciones y anulando el principio de la responsabilidad solidaria"¹⁰.

Completan las disposiciones constitucionales relativas a los ministros: el art. 91 que establece la incompatibilidad del cargo con el de diputado o senador, en atención a la necesaria independencia de los poderes; el art. 92 que les permite concurrir a las sesiones del Congreso con voz

⁹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: *Manual de la Constitución Argentina*. Ed. Angel Estrada, Buenos Aires, 1897. Pág. 604.

DANTE ABILE GIACOMINI: "Los Ministros del Poder Ejecutivo", en *Rev. La Ley*, 3 de octubre de 1963.

¹⁰ *Cong. Nacional de 1860 y Anexadones*. Pág. 1113.

pero sin voto. Recíprocamente, "Cada una de las Cámaras puede haber venir a su sala a los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que crea convenientes" (art. 63). El art. 90 obliga a los ministros a presentar anualmente al Congreso una memoria detallada del Estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos. Por último, según el art. 93 los sueldos de que gozan son invariables respecto de quienes se encuentran en ejercicio.

El texto de 1853, con sus reformas de 1960 y 1898, señala respecto de la institución ministerial un punto de ajustado equilibrio. Desechados aquellos caracteres excesivos que fueron producto de un prestigio mal interpretado y una experiencia jurídica aún no afianzada, la Constitución se aproximó a la perfección teórica y práctica. De haber sido necesaria la adopción del sistema de ministerio legal, pudo esperarse, después de cien años de práctica constitucional, que la reforma se haría con tacto y el legislador actuaría con prudencia. Sin embargo irrumpió la Reforma constitucional de 1949.

III - Reforma constitucional de 1949. Leyes orgánicas subsiguientes.

Al desproporcionado Ejecutivo de 1949 correspondió una numerosa comitiva de ministros "secretarios de Estado"¹¹. De acuerdo con el art. 84 de la Constitución reformada, una ley debía determinar los ramos y el número de ministerios, pero con la originalidad de que esta atribución del Congreso dependería de una "propuesta del Poder Ejecutivo". Entretanto una disposición transitoria precisó veinte departamentos: Relaciones Exteriores, Defensa Nacional, Ejército, Marina, Aeronáutica, Economía, Hacienda, Finanzas, Obras Públicas, Agricultura, Industria y Comercio, Trabajo y Previsión, Transportes, Interior, Justicia, Educación, Salud Pública, Comunicaciones, Asuntos Políticos y Asuntos Técnicos. La ley 13.529 delimitó las materias de su competencia. Posteriormente la ley 14.303 redajo su número a dieciséis: Relaciones Exteriores y Culto, Interior y Justicia, Trabajo y Previsión, Educación, Asistencia Social y Salud Pública, Comunicaciones, Obras Públicas, Transportes, Hacienda, Agricultura y Ganadería, Industria, Comercio, Finanzas, Ejército, Marina, Aeronáutica. Junto a la proliferación de carteras puede observarse la asignación de carácter ministerial a ciertos órganos de administración interna (Asuntos Políticos, Asuntos Técnicos)¹².

En varios otros sentidos fue desmejorado el texto de 1853. En lugar de elevar sus memorias al Congreso, los nuevos ministros deberán hacerlo al Presidente de la Nación (art. 86), suprimiéndose así el control por un Poder distinto (único por lo demás que requiere ser establecido consti-

¹¹ BUSTOS: "Principios de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1961. "En nuestro sistema, no parlamentario, los ministros son secretarios del Poder Ejecutivo y no secretarios de Estado". Ver. Págs. 749-50.

¹² BUSTOS: Op. cit. Págs. 755.

nacionalmente); también se concluyó con la invariabilidad de los sueldos ministeriales, respecto de quienes se hallaran en ejercicio de sus funciones. El nuevo texto dice tan solo: "Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley" (art. 84), disposición evidentemente superflua. Por último, el Congreso pierde la facultad de interpellar a los ministros pues la nueva Constitución dispone en su art. 64: "Cada una de las Cámaras puede solicitar al Poder Ejecutivo los informes que estime convenientes respecto de las cuestiones de competencia de dichas Cámaras. El Poder Ejecutivo podrá optar entre contestar el informe por escrito, hacerlo personalmente su titular o enviar a uno de sus ministros para que informe verbalmente".

El constante desarrollo que hacia formas más perfectas realizaba en nuestro derecho la institución ministerial se ve interrumpido por estas innovaciones, iniciándose en cambio un proceso regresivo.

IV - El retorno a la Constitución de 1853. Dematuralización del sistema por la Ley 14.439.

Nuevamente en vigencia la Constitución de 1853, los ministerios se redujeron consecuentemente a ocho. Se volvió de esta manera, en su integridad, a nuestra clásica organización ministerial. Dentro de sus lineamientos se efectuará la última innovación en la materia.

I. En 1958, el nuevo gobierno constitucional consideró que la actividad estatal se encontraba dificultada porque el escaso número de ministerios previsto por la Constitución no hacía posible una especialización adecuada. Tal vez, como se dijo entonces en la Cámara de Diputados aludiendo a la situación de 1898 "faltaban estadistas que pudieran estar al frente de muchos asuntos"¹², o quizás, según otros comentaristas, existió superabundancia de estadistas aptos solo para atender pocos asuntos.

Como no se intentaba realizar una reforma de la Constitución, el rígido número de ministerios por ella determinado parecía un insalvable obstáculo para los propósitos expuestos. Se debió recurrir entonces a un procedimiento ingenioso: siendo el carácter de las facultades constitucionales de los ministros eminentemente político podía pensarse en funcionarios privados de esas atribuciones pero con la plenitud de sus competencias administrativas, a la vez que gozando nominalmente de la jerarquía más elevada. Ellos resultarían así conformes a la ley fundamental y al mismo tiempo eficaces respecto de los fines perseguidos con su creación. Inclusive podían invocarse en este sentido los incs 28 y 17 del art. 67: "Hacer todas las leyes y reglamentos que sea conveniente para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina"; "crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones".

¹² Anales de Legislación Argentina, Tomo XVIII-A, Pág. 24.

En la Cámara de Diputados esta tesis fue sostenida por el Sr. Cortés quien dijo: "Debemos respetar aquella división de funcionarios constitucionales y funcionarios de la ley y no podemos entrar en el ámbito de aquellos: no podemos nombrar funcionarios de la Constitución sino por la vía misma que la Constitución establece. Pero de ninguna manera los diputados de la Constitución han otorgado los atributos de este Parlamento para nombrar a los otros funcionarios, a los de la ley... legislamos en aquello en que no lo ha hecho la Constitución"¹⁴. Por su parte el ministro Vitolo dijo en el Senado: "Se han creado los secretarías de Estado por esta ley pero se deja la total independencia de la función constitucional a los ministros, y no se toca en lo más mínimo, absolutamente en nada, su aspecto institucional. Estos secretarios de Estado podieron llamarse de otra manera, podieron ser directamente ministeriales, ministros departamentales, jefes de sección, jefes de división; podieron tener cualquier nombre. Pero se ha usado la expresión secretaría de Estado por la índole de la función que van a desempeñar, por la jerarquía ministerial que tienen, por su importancia funcional"¹⁵.

Consecuente con los principios enunciados, y aunque la Constitución hable solo de Ministros del Poder Ejecutivo, la ley 14.439 se estructura en torno a la distinción entre: a) Ministros secretarios; b) Secretarios de Estado. Sin embargo esta separación nada tiene de tajante o espectacular; solo ocurre que la segunda categoría aún teniendo las mismas no posee todas las atribuciones de la primera. Así, mientras no se encuentren comprometidas facultades de carácter político y origen constitucional, las mismas disposiciones precisan las competencias de ambos órdenes (art. 2º, inc. 5 a 12), afectadas también por idéntico régimen de incompatibilidades (arts. 31 a 33). Pero en cuanto se trata de las atribuciones de índole superior, ellas son reservadas a los ministros secretarios, criaturas de la Constitución, quienes las ejercen en forma privativa. A las facultades de esos últimos aluden los arts. 1, 2 (inc. a) 4, 5, 6 y 7. Entre ellas merecen destacarse: representar política y administrativamente a sus departamentos ante el Congreso, al cual concurrirán asimismo para defender los proyectos iniciados por el Poder Ejecutivo, debiendo asimismo elevarle la Memoria anual; refrendar y legalizar con su firma los actos potenciales; intervenir directamente en la promulgación y ejecución de las leyes; participar de acuerdos con sus colegas. En una palabra: estos funcionarios corresponden directamente a los ministros del Poder Ejecutivo previstos por la Constitución cuyos preceptos los alcanzan plenamente configurando la originalidad de sus atribuciones.

Por su parte, los Secretarios de Estado, creados sin enfrentar la Constitución pero marginándola, podrán en atención a la importancia de

¹⁴ Id. Pág. 39.

¹⁵ Id. Pág. 50.

sus funciones, gozar de "jerarquía ministerial"¹⁵, y asistir (no participar) de los acuerdos previstos por el art. 4. Sus resoluciones, en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus departamentos tienen carácter definitivo (art. 16). Dictarán asimismo las órdenes de disposición de fondos provenientes del presupuesto o de leyes especiales.

Hasta aquí la ley 14.439 aparece como un ingenioso recurso, útil para conciliar las viejas normas con las nuevas necesidades y difícilmente atentatorio de la letra de la Constitución. Si algún reparo puede hacerse sería de orden moral y no legal: su íntimo carácter artificioso, la falta de tesis que implícitamente sustenta, a saber, que la Constitución puede obviarse mediante imaginación y sagacidad, pues lejos de constituir un instrumento decisivo del progreso o atraso de la Nación es solo una norma legal más, particularmente incómoda a veces, pero susceptible de ser eludida.

II. Pero además, la ley 14.439 plantea otro grave problema, esta vez de índole práctica. Se refiere éste a las relaciones entre los Ministros secretarios y los secretarios de Estado. Los segundos no aparecen jerárquicamente subordinados a los primeros. Esta situación, previsible dada las intenciones de los propugnadores de la ley¹⁷, no resulta coherente con las necesidades de una administración que pretenda ser eficaz. Se introduce el desorden al otorgar a los secretarios de Estado una independencia funcional tan grande, respecto de los ministros de su ramo, que la gestión anárquica de organismos que debieran funcionar en estrecha colaboración se ve sino favorecida, permitida. Analizaremos las disposiciones pertinentes.

Dice la ley en su art. 17 que los secretarios de Estado funcionarán "en jurisdicción" de determinados ministerios, sin que a estas palabras pueda atribuírsele un significado preciso. Asimismo el ministro de Economía "coordina" la acción de los seis secretarios de su ramo¹⁸, respecto de las cuales "tiene la orientación general" (art. 11); los secretarios militares se encuentran "bajo la coordinación" del Ministerio de Defensa, expresión en sí misma contradictoria (art. 13); el Ministerio de Obras Públicas "coordina" a sus tres secretarios cuya "dirección general" también posee (art. 16). El art. 18 agrega a estos imperativos enunciados la obligación de los secretarios de Estado de elevar al ministro de su ramo la cuenta de inversión, con arreglo a la Ley de Contabilidad (y también la memoria anual. Aunque la redacción del texto legal es confusa, la

¹⁵ La jerarquía ministerial sólo puede darse la Constitución. Ver BULSA, Op. cit. Pág. 737.

¹⁷ "Estos secretarios de Estado serían ministros secretarios si la Constitución lo permitiera". Discurso del ministro Vialto en el Senado, Anales de Legislación Argentina, Tomo XVIII-A. Pág. 30.

¹⁸ El art. 20 de la Ley 13.796 suprimió la Secretaría de Estado de Finanzas, en beneficio del Ministerio de Economía.

Constitución en su art. 90 impone al ministro el deber de presentarla al Congreso y el secretario de Estado no podría hacerlo directamente).

El cuadro surgido de estas disposiciones no autoriza a considerar a los secretarios de Estado, como subordinados a los ministros secretarios; aunque incluso, o inclusive suponga una relación de tal naturaleza, de ninguna manera alcanza a hacerla efectiva. Por el contrario, Haurois, con criterio más sociológico que jurídico, llegaba a caracterizar la jerarquía por la obligación de obedecer no a la ley en forma directa y única sino al jefe interpuesto entre el órgano inferior y la ley¹⁸. Bielsa considera que la superioridad jerárquica se manifiesta respecto del órgano inferior: a) en la potestad de darle órdenes, vigilarlo, delegarle funciones, b) en el poder de examinar la oportunidad y legalidad de sus actos, revocarlos o modificarlos si la ley lo permite¹⁹. Ninguno de estos rasgos es aparente en la ley 14.439; antes bien, las decisiones de los secretarios de Estado, en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus departamentos son tan definitivas como las emanadas de los ministros secretarios, respecto de los suyos (arts. 3 y 18). Desde luego el ministro secretario puede negarse a refrendar un decreto que ha tenido su origen en el proyecto de algún secretario de Estado, pero lo mismo podría hacer en el caso de un acuerdo de ministros y por lo tanto el recurso a esta facultad no significa un control particular, aún sin entrar a considerar que la voluntad directamente enfrentada sería la presidencial.

Estas consideraciones hacen pensar que la expresión "jerarquía ministerial", aun impropia, tiene un contenido real y desempeña una función: caracterizar el rango ambiguo pero particularmente elevado de que gozan los secretarios de Estado y establecer un paralelismo que revela ausencia de subordinación.

V - Conclusiones.

Del análisis de nuestras sucesivos regímenes ministeriales surge la desalentadora conclusión de que nuestra aptitud para enfrentar jurídicamente las nuevas necesidades, ha disminuido gravemente en cuanto a técnica, imaginación y sinceridad. En la materia de nuestro estudio, la reforma constitucional de 1949 y la ley 13.349, al enfrentar problemas menores con recursos desproporcionados y perniciosos, señalan un evidente retroceso respecto de la Constitución de 1853, con sus reformas de 1860 y 1898.

¹⁸ HAUROIS: *Polémie de Droit Administratif et de Droit Public*, París 1927, *Revue Supp.*, Pág. 30.

¹⁹ BIELSA: *Op. cit.* Pág. 472.

**LA CUESTIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONAL Y
PROVINCIAL EN LA CONCESION DE LOS
SERVICIOS PUBLICOS**

Por RICARDO R. BALESTRA

S U M A R I O

INTRODUCCION.

A) CONCESIONES DE FERROCARRILES.

I—DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES. FUENTES Y DOCTRINA AL RESPECTO. SOLUCION JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA.

II—LEY 2873. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DEL GOBIERNO NACIONAL.

III—JURISDICCION EN MATERIA DE DELITOS. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. LEY 2873.

IV—LA CUESTION EN MATERIA IMPOSITIVA.

V—POLICIA FERROVIARIA.

B) CONCESIONES DE TRANVIAS Y OMNIBUS.

1) DISTINCION DE LA AUTORIZACION. LIMITES JURISDICCIONALES.

2) POLICIA DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR.

C) CORREOS Y TELÉGRAFOS

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES. LEYES 750 1/2 Y 9.127.

D) TELEFONOS.

JURISDICCION Y POLICIA. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. LEY 4.408. JURISPRUDENCIA.

CONCLUSIONES.

Introducción.

Para establecer una regla general de división entre lo nacional y provincial, en punto al alcance de las respectivas jurisdicciones en el tema que nos ocupa, es preciso comprenderse en el texto y espíritu de algunas disposiciones constitucionales, que serán los cauces obligados, por los que las normas legislativas o interpretaciones jurisprudenciales deban efectuar su recorrido.

Surge del análisis de dichas disposiciones que las provincias conservan todos los poderes inherentes a la soberanía del pueblo de su territorio, excepto aquellos delegados expresamente al Gobierno General. Así, la esfera del Gobierno General —en el decir de Alberdi— sólo comprende un número determinado de cosas, las que interesan al bien común de las provincias.

Y, en tanto, los gobiernos provinciales guardan, bajo su acción inmediata, todos los intereses locales de su provincia respectiva, como son la administración de justicia en asuntos civiles y criminales, la legislación local y el gobierno inmediato de su pueblo.

Paralelamente al ejercicio por las provincias de estas facultades, la Nación pone en acción las suyas, principalmente en lo relativo a la política exterior, a la legislación común, al comercio interior y sus accesorios, a la seguridad interna, cuyo objeto comprende las contribuciones, el crédito y el ejército como medios para hacerla efectiva; y con una legislación tendiente al bienestar y prosperidad general, concurrentemente en ello con las provincias. En este último aspecto las disposiciones legislativas del Gobierno Nacional tienen la "supremacía" —art. 31, Constitución Nacional— ó prelación en su aplicación.

A) *Concesiones de ferrocarriles.*

I. - Disposiciones constitucionales. Fuentes y doctrina al respecto. Solución jurisprudencial de la Corte Suprema.

En materia de ferrocarriles, es preciso destacar el papel preponderante, que, a ellos cupo en la consecución de la unidad nacional; salvando distancias y estrechando regiones, llevados a sus pueblos el impulso progresista de la civilización. Las enormes riquezas naturales argentinas hubiesen permanecido inexploradas, si el ferrocarril no hubiera posibilitado el transporte de los diversos productos regionales a otros mercados de consumo o industrialización, ya en el Plata, ya en el litoral, ora en el Norte, ora en Cuyo, en el Sur, hasta hace poco tiempo inalcanzable; como en el Centro. Tal fue la importancia adjudicada al ferrocarril en época de nuestra organización nacional, que se estimuló y garantizó de toda forma la empresa de los futuros concesionarios; así, se otorgó, por ejem-

pio, en el caso de Mr. Wheelwright, la propiedad de una legua de tierra a cada lado de la vía que uniría Rosario a Córdoba.

Una gran confianza en los destinos del país permitió toda una legislación y aplicación jurisprudencial de preceptos constitucionales (y legales) tendiente a "promover el bienestar general", dentro de los términos, (en lo referente a nuestra materia) de los artículos 67 inciso 16 y 107 de nuestra Carta Magna.

El primero de ellos, atribuye al Congreso el promover la construcción de ferrocarriles... la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras y por concesiones de privilegios —temporalmente— y recompensas de estímulo.

Al respecto, la Corte Suprema declaró (en versión recogida en sus "Fallos", t. 127, pág. 189) que "las leyes por las cuales se acordaron las primitivas concesiones ferroviarias, fueron sancionadas en una época en que, todos los estímulos y recompensas, por amplias que fueran, tenían plena justificación, porque los ferrocarriles estaban destinados, no sólo a propender al adelanto material del país, sino también a contribuir a la solución de problemas políticos fundamentales para la Nación, etc...".

No obstante, en razón de que el artículo 107 de la Constitución, autoriza a las provincias a "promover la construcción de ferrocarriles... la importación de capitales extranjeros"... se han originado en la práctica, una serie de conflictos de jurisdicción, algunos de cierta gravedad.

Siendo los ferrocarriles instrumento de comercio interprovincial e internacional, es necesario vincular su funcionamiento a los preceptos constitucionales que rigen tal tráfico e intercambio de productos y mercaderías, o toda especie de transacciones y negocios entre los hombres, o comunicación (por aire, agua o tierra).

Con el ánimo de evitar arbitrarias exigencias provinciales, y con el fundamento de legislar más eficazmente para la conveniencia general del país, nuestros constituyentes, amén de las reglas establecidas en los artículos 9, 10 y 11, relativas a la libertad de circulación por todo el territorio, incluyeron en el inciso 12 del artículo 67 la atribución del Congreso Nacional para "reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí".

En su obra sobre "Derecho Ferroviario", destaca Araya el peligro que hubiese significado dejar en manos de las autoridades de provincia, la regulación del comercio entre éstas. Además de las luchas económicas sobrevinientes, por razón de los sucesivos gravámenes sobre productos o mercaderías de proveniencia de otras provincias, —y los inconvenientes de la doble imposición y de las barreras aduaneras— se volvería a las mismas luchas políticas que mantuvieron atarquizado al país por más de cincuenta años. Esta unidad de legislación mercantil fue una de las bases de la grandera nacional de un país, que, sin siendo una federación

de cincuenta estados (los Estados Unidos), entre los que tienen plena vigencia el libre cambio, la adoptara en su organización constitucional.

Pero, más aún: en el punto en cuestión, esto es la concesión de ferrocarriles, nuestros constituyentes no siguieron el modelo americano. Y fueron más allá.

Se basaron en el Proyecto de Alberdi, quien recogió inspiración en la Constitución de Chile, de 1826, la que, a su vez, habría seguido las líneas de un proyecto de Constitución para Méjico. De ahí que, el artículo 67, inciso 16, ponga en manos de la autoridad central, la construcción de ferrocarriles y "por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Afirmando la importancia de esta concesión, ha dicho la Corte Suprema que "las provincias pueden autorizar la construcción de líneas férreas, siempre que no salgan de sus propios límites; y más adelante agrega el Alto Tribunal: "el uso de aquella facultad por las provincias, en nada obstruye el derecho de jurisdicción que corresponde a la Nación en los ferrocarriles nacionales, si la línea, de cuya concesión se trata, tuviera ese carácter", por la eventualidad de que esas líneas férreas empalmen en un ferrocarril nacional (Fallos de la Corte, t. 105, pág. 80).

II - Ley 2873. - Disposiciones administrativas del Gobierno Nacional

Luego de la sanción de la ley 2873 del 24 de noviembre, que incluyó entre los ferrocarriles de jurisdicción nacional: los de propiedad de la Nación; los garantizados, subvencionados o autorizados por ella; los que ligan la Capital o un territorio federal, con una o más provincias o territorios; y los que comuniquen una provincia con otra o un punto cualquiera del territorio de la Nación con un Estado extranjero y fijó el régimen legal de los ferrocarriles nacionales, estando las infracciones a la ley sujetas a la jurisdicción nacional, se plantearon —no obstante— numerosos conflictos jurisprudenciales.

Así fue como el Gobierno Nacional desconoció, en 1910, la validez de una concesión acordada por la Legislatura de Santa Fe, para construir una vía férrea de San Cristóbal hasta el paralelo 289, más allá del límite Oeste de la provincia.

También por ese año, se dictó un decreto nacional, negando validez a la concesión otorgada por la provincia de Santiago del Estero a "Ricardo Lodola y Cia.", para tender una vía férrea desde la ciudad capital, hasta empalmar con la línea de Barranqueras a Metán.

Si bien no salta dicha línea del territorio provincial, al empalmar con un sistema ferroviario interprovincial, pasaba a ser un ferrocarril nacional. Entre los extensos fundamentos del decreto se hace alusión a la limitación de las facultades otorgadas a las provincias en el artículo 107

de la Constitución, por la prohibición existente para las mismas de expedir leyes sobre comercio; a la extensión de las facultades de la Nación que llega a promover la construcción de los ferrocarriles por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (lo que les está vedado a las provincias); al carácter de ley de comercio, de toda ley de concesión de un ferrocarril y al destino del producto —que se transporte— como determinante del carácter provincial o extraprovincial de ese comercio; a los antecedentes de los ferrocarriles entre Rosario y Córdoba; Córdoba y Tucumán; Tucumán y Salta en que las respectivas legislaturas pusieron, a disposición del Gobierno Nacional, las tierras de la provincia necesarias para dichos fines; y a los artículos 9, 10, 11, 26, 27, 67, incisos 10, 11, 12, 16 y 108, como también a numerosa doctrina y jurisprudencia norteamericana.

Cabe concluir este primer aspecto, señalando que los ferrocarriles nacionales, cuando se hallen disueta, real o principalmente al servicio del comercio exterior o interprovincial cualquiera sea el lugar en que se hallen dentro de la Nación, o provinciales cuando estén destinados sólo o directamente al tráfico o comercio provincial y tengan su red dentro de la provincia, serán encarados, en lo relativo a la jurisdicción competente para su concesión, por el Congreso, en el primer caso; y en cuanto a la facultad de autorizar concesiones para construir ferrocarriles provinciales ha de ser concurrente por el juego de los artículos 67 inciso 16 y el 107 de la Constitución, con la primacía de las leyes nacionales que establece el art. 31 de dicha Constitución.

III - Jurisdicción en materia de delitos, Jurisprudencia de la Corte Suprema. Ley 2873

En materia de delitos en los ferrocarriles, los mismos podrán revestir el carácter de comunes, o bien, afectar la seguridad y el tráfico de aquellos medios de transporte; según sea el caso, corresponderá que entienda la jurisdicción ordinaria (provincial) o bien la federal (en el orden nacional). Es conveniente destacar que la determinación "ratione loci" de la jurisdicción —federal u ordinaria— para el juzgamiento de delitos, según se cometieren, en establecimientos de la Nación o de las provincias, cede, en materia ferroviaria, a la aplicación de un nuevo criterio: el de la jurisdicción "ratione materiae", o por la ley.

Esto equivale a que, por hechos ocurridos en un mismo ferrocarril, puede intervenir la justicia federal —si el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico ferroviario— y la justicia ordinaria, si se trata de delitos comunes. Sobre ésto, tal criterio se sustenta en el juego de los artículos 100 y 67 inciso 11 de la Constitución, amén de reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema ("Fallos", t. 57, pág. 300, t. 58, pág. 185; t. 81, págs. 66 y 383; t. 115, pág. 404; t. 116, pág. 234 y t. 117, pág. 39).

Con respecto a los otros delitos, los de jurisdicción federal, los mismos se hallan contemplados por el título V "De los delitos y faltas contra la seguridad y el tráfico" de la ley 2873 de 1891.

Para dicha ley, todo acto que tienda a cesar perturbaciones en el recorrido de los trenes, constituye una infracción. El artículo 81 fija penas entre tres meses y ocho años de prisión, para los que destruyan instalaciones, con el fin de provocar un descarrilamiento. Para los casos de culpa o negligencia, se establecen penas menores, y para el abandono de servicio o ebriedad durante el mismo, arresto de un mes a un año.

En cuanto al "trabajo a reglamento", a que recurre el personal ferroviario como medio de presión para obtener una calificación victoriosa en su gestión, en los fundamentos de un decreto del Presidente Justo (de 27 de junio de 1936) se expresó que: "aceptar su legitimidad valdría tanto como reconocer el derecho a cualquier persona o entidad para hacerse justicia por sí misma; además entre otras consideraciones el mencionado decreto que la observancia fiel y minuciosa de los reglamentos ferroviarios no correspondía a los empleados de las empresas, sino a la autoridad gubernativa, a través de la Dirección respectiva, según los términos del artículo 71 de la ley 2873.

IV - La cuestión en materia impositiva

Han sido cuestiones largamente controvertidas, las de si puede la Nación exonerar a las empresas del pago de impuestos provinciales o locales y la del alcance del concepto de impuesto.

Un avance considerable en las relaciones entre el gobierno y las empresas ferroviarias, fue la sanción de la ley 5315 de 1907, sobre la base del proyecto del diputado nacional Emilio Mitre, y que es conocida por el apellido de su autor. Como, hasta entonces, cada empresa se regía por su propia ley de concesión, existía una notoria disparidad en el desarrollo de actividades que requerían un criterio legal y una reglamentación uniformes. La ley fijaba el año 1947, como término de caducidad para todas las concesiones, y, como compensación del pago del traé por ciento del provecho líquido obtenido por las empresas, y de servicios prestados al Estado, gratuitamente o a la mitad del precio ordinario, (siendo ese traé por ciento destinado por el Estado para la construcción de caminos de acceso a las estaciones), se las exoneraba, por el art. 8º, de la ley "Mitre", del pago de todo otro impuesto nacional, provincial o municipal.

Con respecto a la primera cuestión planteada, sobre si puede la Nación exonerar a las empresas del pago de impuestos provinciales o locales, teniendo en cuenta que el régimen de los impuestos en el gobierno de provincia, está reglado negativamente por la Constitución, al tratar de las fuentes directas e indirectas del Tesoro Nacional, legítimas —en cuanto a "imponer contribuciones... por tiempo determinado

y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación...— exclusivamente por el Congreso; y, a la vez, positivamente, por la misma ley suprema, en lo relativo a la reserva para las provincias de todo lo no comprendido en los recursos cedidos y en sus poderes de legislación general, en su artículo 108, cabe la afirmativa. En cuanto al alcance de la concesión.—*opr. de nacional.— de impuestos, provinciales, y municipales a las empresas de ferrocarriles, y, en definitiva, a la determinación del concepto de impuesto, la Corte Suprema ha sentado en diversos pronunciamientos el criterio de que las provincias, y con más razón, las municipalidades de campaña, podrían llegar en sus contribuciones a hacer imposible la realización de las concesiones y privilegios que el Congreso acordase, en miras al bienestar general y en uso de atribuciones constitucionales.*

Ha recordado también el Alto Tribunal palabras de Alberdi: "Asignar al Congreso la facultad de proveer a todo lo que interesa a la seguridad y engrandecimiento de la República, en general, es hacer el coden interior y exterior, uno de los grandes fines de la Constitución". ("Fallos de la Corte", pág. 234 del tomo 68).

Respecto al alcance del concepto de impuesto se ha sostenido el diálogo en doctrina y jurisprudencia sobre si el mismo, en la terminología de la ley 5315, alcanzaba o no a las tasas. Sostuvo Bicha ("Tratado", 3ª edición) la distinción, considerando, al impuesto, como la cuota-parte exigida coactivamente a cada contribuyente para los gastos públicos y a la tasa, como prestación por contraprestación de un servicio determinado (limpieza, barrido, riego, pavimentación, uso de papel sellado para actuar en justicia) criterio seguido por la Corte Suprema para interpretar que el artículo 8º de la ley Mitre no exoneraba a las empresas de la obligación del pago de esos servicios ("Fallos", t. 113, pág. 165; t. 114, pág. 423, t. 118, pág. 411, etcétera). Frente a ello, tribunales inferiores sostuvieron la tesis amplia. Por ejemplo, en el caso "Mórtola y Cía., contra Ferrocarril Central Argentino" de abril de 1914, el juez de la Capital, doctor Arturo Seiber siguió dicha tesis, comprensiva de las tasas dentro del término "impuesto" de la ley Mitre, y el camarista doctor Baltasar Beltrán, al participar de la opinión del "a quo", en su voto, destacó que "la distinción aludida es extraña al texto legal, ateniéndome al fin práctico del mismo, que tiende a fomentar y no a obstaculizar la construcción de vías férreas... etc...". Otro camarista, el doctor Gigena, en el mismo acuerdo, manifestaba en apoyo de la tesis precitada el hecho de estar, ya antes de la sanción de la ley 5315, exceptuadas las empresas del pago de todo gravamen, y no era de suponerse que, además de la contribución del tres por ciento de las utilidades líquidas obtenidas—establecido en la ley— se agregaría una categoría de impuestos que no las alcanzaba a dichas empresas. El desacuerdo existente en los tribunales, sobre todo frente al criterio de la Corte Suprema (cabe agregar un fallo del juez doctor Padilla en el caso "Municipalidad de la Capital, contra Ferrocarril Oeste", de diciembre de 1914, soste-

riando el mismo criterio de Seeber y Baltasar Beltrán, en razón de tratarse de una ley trascendental de política económica, que no admitía distinciones sutiles de sistemas de hermenéutica) determinó la sanción de la ley 10.657 del 13 de agosto de 1919 que dispuso que la exoneración de impuestos, establecida en el artículo 89 de la ley 5315 comprendía además de los impuestos propiamente dichos, las tasas y contribuciones de servicio, con excepción de la provisión de aguas corrientes y servicio de cloacas y de la pavimentación en plantas urbanas; además no comprendía la exención impositiva a las futuras tasas y retribuciones de servicios municipales que pudieran crearse.

En fallo del 2 de mayo de 1921, la Corte Suprema dijo que esta ley no revestía el carácter de ley aclaratoria —interpretación auténtica— sino de modificatoria de la número 5315.

V - Policía ferroviaria

El poder de policía del servicio público es considerado por la doctrina, en general, como atribución propia del concedente de cada servicio. Conviene distinguir lo que comprende la policía del servicio público, de lo relativo a la policía general (higiene, seguridad, etc.) para el problema de dos jurisdicciones. En materia de ferrocarriles, la policía ferroviaria abarca el ejercicio de todas las disposiciones legales de construcción, conservación, funcionamiento y utilización de los mismos. Y las funciones de dicha policía ferroviaria corresponderán al gobierno nacional o a los gobiernos provinciales, según que la concesión sea de una índole o de otra; en cambio, la policía general será nacional o provincial, según el lugar que atraviese el ferrocarril con prelación de su carácter de concesión provincial o de la Nación.

Si bien la Constitución Nacional no define el poder de policía ferroviaria, éste surge de algunos de sus preceptos. Tales, el inciso 28 del artículo 67, relativo a los poderes implícitos del Congreso, mediante los que puede dictar leyes y reglamentos convenientes para poner en ejercicio sus otras atribuciones, entre las que figuran la de reglar el comercio —art. 67, inciso 12— y proveer a la prosperidad general del país promoviendo la construcción de ferrocarriles, (artículo 67, inciso 16). En concordancia con este criterio, la Corte Suprema, reconociendo el carácter de implícito en la Constitución, del poder de ejercer policía ferroviaria, declaró constitucional la intervención gubernativa nacional en la inspección y control de ferrocarriles nacionales.

B) Concesiones de tranvías y ómnibus.

1) *Distinción de la autorización. Límites jurisdiccionales.*

Es preciso distinguir en las categorías de servicios, que ahora estudiamos, la concesión de la autorización que, si bien tienen elementos en común, presentan diferencias de naturaleza y de efectos.

Tienen en común —autorización y concesión— la continuidad y obligatoriedad del servicio público y su sujeción, en punto a tarifas, a lo aprobado por el poder administrador. Pero, el Poder Ejecutivo, que debe intervenir en el otorgamiento de toda concesión (sin poder delegar en órganos descentralizados) no puede, en tratándose de autorizaciones, reemplazar al que presta el servicio (por una mera autorización); sí, está facultado a dicha sustitución si se trata de una concesión.

En punto a la jurisdicción, ella resultará de la estructura constitucional de cada país. En sistemas centralizados, como el francés, la jurisdicción es nacional y correlativamente, las concesiones deben ser otorgadas, por regla general, por el gobierno nacional. Sin embargo, aún dentro de países de organización unitaria, surge el problema de la competencia comunal. Así, por ejemplo, Vago, autor italiano, en su libro "Le tranvie nella legislazione italiana" cuando trata el derecho de las comunas sobre la vía pública, señala que es de propiedad del suelo, restando tan sólo para el gobierno central una potestad gubernativa y de administración en lo relativo al orden público (seguridad, higiene, etc.). La autorización del servicio y su policía es nacional; más la facultad de otorgar concesiones de ocupación del suelo público es de jurisdicción de las comunas, entendiéndose por tales, además de los municipios, los entes locales menores, como las comisiones de fomento.

En países de organización más descentralizada o federal, como el nuestro, la jurisdicción es generalmente local y, en ciertos casos (particularmente de servicios concedidos) y por delegación, comunal. Consecuentemente, las comunas pueden prestar, directamente, servicios públicos de transporte de personas, en su radio; si fuera por medio de concesiones, con eventuales privilegios y exenciones, las mismas normas legales sobre el régimen comunal, establecen el requisito de su aprobación por las respectivas legislaturas locales.

En cuanto a la fijación de las bases del servicio, regulación de tarifas, garantía de su continuidad, en suma, la jurisdicción administrativa y la policía del servicio es materia puramente comunal. Pero, podría plantearse con frecuencia, cuando el servicio de tranvías y ómnibus se extiende a las comunas vecinas, el determinar si el servicio pasa, de urbano, a ser interurbano, intercomunal o provincial. De acuerdo al criterio seguido, será la competencia que corresponda para la concesión para explotar el servicio y el ejercicio de la jurisdicción administrativa general sobre él.

Biel'a interpreta, siguiendo el mismo criterio que rige en materia de concesión de teléfonos urbanos, que, si alguna línea se extiende fuera de los límites de la ciudad, el servicio sigue siendo urbano y manteniéndose su régimen jurisdiccional administrativo. La prolongación de la línea —dice dicho autor— (en su "Derecho Administrativo", 3ª edición) no podrá hacerse sin el consentimiento de la autoridad que ejerce

jurisdicción en el lugar de que se trate. Sin embargo, éste no es el criterio seguido por los artículos 2º y 10º de la ley 2873, al establecer que son nacionales los ferrocarriles que "Eguen a la Capital o un territorio federal con una o más provincias o territorios y los que comuniquen una provincia con otra o un punto cualquiera del territorio con un estado extranjero".

2) Policía del transporte automotor.

En lo relativo al tema en consideración, no existe un sistema orgánico legal. La ley 12.346/37 que estatuye el régimen nacional de coordinación del transporte por automotor establece como requisito para la explotación regular del mismo, el permiso previo de carácter temporal (término no mayor a 10 años). Corresponde a la "Comisión Nacional de Coordinación de Transportes", la determinación del carácter de servicio público y la facultad de renovar los permisos de explotación (artículo 2º).

Por los artículos 7º y 10º de dicha ley 12.346 se dispone la obligatoriedad y generalidad del servicio, como la uniformidad de tarifas, las que han de ser aprobadas por la "Comisión Nacional". No se ha legislado en la ley, ni en su reglamentación de abril de 1939, el régimen de caducidad de permisos.

Para regir el transporte de personas y cosas, en fin, la ley tiene ~~en sus artículos 1º y 2º~~ sanciones penales en caso de que se transgreda esta disposición (para ciertos buques).

Los artículos 1º y 2º de la ley prescriben la realización exclusiva por el Estado Nacional del servicio radiotelegráfico dentro del territorio de la Nación y hasta una distancia mínima de 1.000 kilómetros en las comunicaciones internacionales y la creación —dispuesta por el Poder Ejecutivo— de estaciones radiotelegráficas dentro del territorio nacional.

Los artículos 4º y 6º establecen la obligatoriedad del uso del servicio para todo buque que entre o salga de las costas argentinas y lleve a bordo cincuenta o más pasajeros; y pesas de 1.000 a 5.000 pesos al que trate de eludir esa obligación. Corresponde la aplicación de las mismas a la autoridad marítima, siendo la decisión apelable ante la justicia federal.

D) Teléfonos.

Jurisdicción y Policía. Principio constitucional.

Ley 4408. Jurisprudencia.

Por la ley 4408 de 17 de setiembre de 1904 se declaró comprendidos en la ley 750 a las empresas de teléfonos y de radiotelegrafía que

figuen un territorio federal con una provincia, dos provincias entre sí, o un punto cualquiera de la Nación con un Estado extranjero. También en esta materia domina el principio constitucional del artículo 67, inciso 13 que atribuye al Congreso la facultad de reglar el comercio.

Considerado el teléfono un instrumento de comercio empleado en el territorio interprovincial o internacional se suscitó cuando el servicio se prestó en el orden local por medio de concesiones) el problema de determinar a quien correspondía otorgar la respectiva concesión o el simple permiso, según el caso. Además hubo necesidad de determinar si procedía, por ley nacional la exoneración de impuestos provinciales y municipales, también planteada al tratar las concesiones de ferrocarriles; cabe recordar que dentro de un sistema federal, donde existe distribución de potestad gubernativa entre el gobierno central y los estados particulares, como el nuestro, tal situación cobra plena vigencia.

La Corte Suprema en fallo del 25 de abril de 1941 ("Compañía Entrerriana de Teléfonos", contra Provincia de Entre Ríos) hizo lugar a la pretensión en que la actora demandaba repetición de impuestos provinciales en concepto de patente y contribución territorial, que decía inconstitucionales por hallarse dicha compañía comprendida en el beneficio de "concesiones temporales de privilegios..." que puede otorgar el Congreso en su legislación reguladora del comercio, y/o tendiente al bienestar y prosperidad en general, (arts. 67 incisos 12 y 16 C. N.) siendo que el Congreso había dictado dentro del marco sector de esos preceptos constitucionales las leyes 750 y 4408, que, por su carácter de nacionales, prevalecía sobre las disposiciones del Ejecutivo provincial.

Añadía también la Corte, en el mencionado fallo, al fundamento de búsqueda de nuevos capitales extranjeros en la política de estímulo del gobierno nacional en este tipo de concesiones.

También conviene recordar que, inclusive al discutirse el asunto en una legislatura de provincia, la de Tucumán, uno de los señadores destacó, al referirse a comunicaciones por correo y telégrafos que, frente a leyes de carácter nacional, "el estado provincial no puede crear impuestos que traben su normal desenvolvimiento".

Sobre el alcance de la facultad del Congreso de "reglar el comercio...", es conveniente recordar la idea de Desty (en su "Tratado sobre los Impuestos") que hace extensivo el comercio, no solo a la compra-venta, al tráfico, al cambio de productos útiles, sino también a todo intercambio por tierra, por agua o por telégrafo y otros medios de comunicación que las necesidades de la época puedan crear. Agregaba el mencionado autor que: "de lo contrario no habría sido razonable conceder al Congreso un poder que no podría desenvolver, una facultad que no podría ejercitar con toda la amplitud que su soberanía requiere".

Este criterio es el que ha mantenido nuestra Corte Suprema (al

decir del fallo publicado en "Jurisprudencia Argentina", T. 29, pág. 26) resolviendo que el vocablo "comercio", usado en la Constitución comprende, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos, la conducción de personas y la transmisión por teléfonos u otros medios, de ideas, órdenes o convenios.

Inclusive ha dicho nuestro Alto Tribunal que "el poder del Congreso para reglar el comercio entre provincias, que ejerce el Congreso de la Nación, es tan extenso como el que podría corresponder a un país unitario", (J. A. T. 29, pág. 107).

Esta misma doctrina fue sustentada entre otros por la Corte Norteamericana en los casos "Davis v. Beason", "Livington v. Van Ingen" y por Walter Jones en su libro "Telegraph and Telephone Companies" al señalar que serían inevitables las legislaciones estatales contradictorias —con referencia a comunicaciones telefónicas realizadas entre ciudadanos de Estados diferentes, si cada Estado estuviese investido del poder de controlar dichas comunicaciones telefónicas dentro de sus propios límites".

En materia de impuestos municipales la Corte Suprema ha resuelto, frente al silencio de la ley-convento de 1863, que, "dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlo a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa. . ."; y más adelante incluía entre esos medios el de "exceptuar de impuestos locales a ciertas empresas ferrocarrileras sin más limitaciones que esas concesiones deban ser temporarias". ("Fallos", T. 104, pág. 73). Aunque referido a concesiones de ferrocarriles estos principios deben ser extendidos a las concesiones de teléfonos, con la salvedad de que en tanto sea el teléfono un servicio urbano, la jurisdicción relativa a él y la gestión directa deben pertenecer a las atribuciones de la comuna. Ello en razón de que siendo los teléfonos, como el agua corriente y la luz eléctrica, servicios típicamente municipales, son su organización y jurisdicción de administración municipal cuyo régimen es propio de las provincias, conforme al artículo 59 de nuestra Constitución. Debe destacarse, en este orden de ideas, la tendencia cada día mayor de las municipalidades para ejercer en forma directa, la prestación de servicios públicos, según la forma de explotación llamada "municipalización de servicios públicos".

Conclusiones.

Como señaló el Profesor Cassari, en su libro "Poder de Policía y Cuestiones de Jurisdicción" el problema del tema de esta monografía no se presenta en los estados políticamente centralizados; sí, en los

de organización político-institucional descentralizada ya que en ellos, que son estados federales, concurren sobre el mismo territorio, dos poderes distintos: el central y los particulares, en nuestro caso, de las provincias.

Aquí, en razón de la historia argentina, de sus vaivenes de luchas y zozobras hasta alcanzar la paz propicia para ser asegurada definitivamente por una organización jurídica nacional, tiene carácter de precepto jurídico supremo, el principio de que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal. (Art. 104, C. N.).

Pero hay un tercer tipo de atribuciones conferidas por la Constitución, no exclusivamente a la Nación y a las provincias, sino a ambas en forma concurrente (art. 107, C. N.).

Y para el caso de colisión en el ejercicio de esas facultades, el art. 31 de la Constitución establece la supremacía de las "leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso . . . sobre las leyes o Constituciones provinciales. . .", porque como señala Villegas Basavilbaso, "el bienestar de la Nación debe necesariamente prevalecer sobre el de la provincia". La colisión eventual, es decir la incompatibilidad, entre el ejercicio de sus atribuciones por las autoridades nacional y provincial, se producirá cuando "haya repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse", según dicho autor en su obra sobre Derecho Administrativo.

Estos son los principios rectores y fundamentales por los que deberán guiarse las leyes y reglamentos que se sancionen y dicten porque, bajo el imperio del derecho, las concesiones de servicios públicos, como el ejercicio de tantas otras importantísimas funciones del Gobierno, alcanzan plenamente su objetivo de bien público.

1

COMUNIDAD UNIVERSAL Y DERECHO NATURAL.

Orígenes de la *cidética* instauratista.

por JORGE LUIS CAMPOBASSI

*La justicia es la observancia de
la Ley en sus propias obras.*

Plotino, en Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Ia. - 2ae. quest. 61 artículo 5a.

Prosupuestos sociológicos.

1. El derecho natural aparece ante la filosofía como validación de la idea immanente de justicia por encima de las fluctuaciones temporales y culturales. Por ello, la noción instauratista es considerada metafísicamente constante y presente en las instituciones, e insita en la mentalidad humana.

2. Las corrientes espirituales deben ser explicadas, sin embargo, como inherentes al manantial del que surge el devenir histórico y no pueden abstraerse de las interinfluencias internas de la sociedad: los principios jurídicos se encuentran originados por la proyección psicológica de fenómenos sociales en la estructura mental colectiva y racionalizados ateísticamente luego por individuos que cohesionan las representaciones que repercuten de manera inconsciente en la conciencia general.

3. Partiendo de la dicotomía entre ciencias culturales e ideales, la sociología jurídica ha intentado establecer el momento histórico y las condiciones genéticas de la formulación sistemática del derecho natural.

4. La sinergia de las ideas en estrecha conexión con la diástole de las comunidades nacionales permite determinar que las concepciones instauratistas tuvieron un origen conocido: la unificación política del Mundo Antiguo permitió las condiciones materiales para que la especulación filosófica desarrollara coherentemente la idea de un derecho

natural inmanable como *constitución* sustantiva no escrita del estado universal¹.

I

El período helénico —que comprendió espiritualmente desde la época de Platón y Alejandro hasta la de Marco Aurelio e Ireneo— es la denominación del momento de expansión de la *poiesis* y dominio territorial heleno en las regiones nilóticas y minorasiáticas².

Estuvo caracterizado políticamente por el avance del dominio de la autonomía de las *polis* y la fusión de griegos y bárbaros. Esta unidad racial se produjo como consecuencia de la deslumbrante ampliación del panorama geográfico y las posibilidades materiales o económicas que, concomitantemente a un sentimiento de angustia en las clases serviles³, impulsaron una migración masiva de contingentes nacionales hasta entonces estáticos y herméticos a las influencias alienígenas. Los hombres, al circular, llevaron consigo sus creencias y tradiciones: grupos primitivamente homogéneos se instalaron en las ciudades del "nuevo mundo" y, por sus contactos frecuentes, engendraron una mestización espiritual que originó un vasto *sinecismo* étnico, artístico e ideológico. La Hellenística consistió desde sus inicios una civilización híbrida —intelectualmente griega y religiosamente oriental— que "tanto a helénos como a bárbaros, tanto a sabios como a simples" (*Romanos*, I, 14) debía algún elemento. Los étnicos epigramas del poeta sirio Melaqueo ilustran claramente esa coexistencia: a la cultura local originaria se superpuso la civilización helénica unificadora. De esta manera, la mixtura de elementos originariamente asintotas posibilidad que las costumbres se desprendieron de motivaciones meramente regionales, se integraron en el nuevo orbis terrarum y, al transvasarse mutuamente, originaron una

¹ La idea de un derecho natural fue intentada pero no desarrollada sistemáticamente por el pensamiento clásico griego (especialmente por los sofistas y Académicos). Desde la Sociedad Hindú, el mismo *dharmas* puede ser entendido como conformidad con la naturaleza y armonía integral resultado de una *introspección* cognoscitiva. En, pues, la "regla de armonía" que sigue simultáneamente el orden cósmico y el humano: por ello es traducida como "ley" (pero nunca como *cosmos moral*). Cf. E. GUENON, *Introducción general al estudio de las doctrinas hindúes*, 180-185 (s. d.). Sobre el llamado "naturalismo oriental", véase H. P. MACLEOD, *El derecho natural y lo natural en el derecho*, 19-25 (1948).

² El término *helenismo* o *Civilización Helenística* fue introducido por G. DROUIN, *Cl. Geschichte des Hellenismus* (1877) y W. W. TARN, *Hellenistic Civilization* (1927).

³ En etología de *slaves* era resultado de la gran cantidad de esclavos que había en el Mundo Antiguo. En Roma se merecía el "nombre de rico, quien no era en condiciones de comprar un *stipendium* (de esclavos) a sus *pecunias*" (Plauto, *Mercator Chama*, I. Cf. Cicero, *Paradoxa Stoicorum*, VI, 1). En la época de Augusto, un simple liberto como C. Cecilio Iudico, "tan cuando había perdido gran parte de su fortuna en las guerras civiles, dejó al morir cuando mil ciento dieciséis esclavos" (Plinio, *Naturalis Historia*, XXXIII, 47).

símbiosis que permitió insensiblemente la génesis de un hecho mental e institucional nuevo.

Las transmisiones políticas que engendraron la lenta desaparición de los "estados nacionales" impusieron a los "pueblos" tiranos y poder a vivir en una sociedad común, imperfecta en la época de los diádocos (ante —323 et —63) y paulatinamente monódica a través de la "romanización" del mundo conocido. La visión alejandrina —que nunca se dispuso en forma total— y el deseo de unificación en un estado ecuménico —que posibilitó el nacimiento de un nuevo orden anhelado desde los arcanos de la historia— se concretaron finalmente en la administración centralizada del *Imperium Romanum*⁴. "Así como la superficie de la tierra sostiene a la humanidad entera, y así como el mar recibe todos los ríos, Roma acoge a todos los pueblos del universo en su seno"⁵.

En esta forma, la introducción de un sistema jurídico común desintegró gradualmente los particularismos y las antiguas relaciones y estructuras sociales: el romano apareció entonces como el estado mundial que había logrado la reconstrucción de la tónica inconsútil alejandrina y la concreción terminal del ideal de justicia⁶, pues, como percibió sutilmente Aristóteles, era gobernado por un príncipe paternal que moderadamente dirigía a hombres libres. No se puede decir que exista un tirano, no solo es viciosa la organización, sino que puede afirmarse que no hay especie alguna de estado"⁷.

II

Aristóteles enseñó a su real discípulo las nociones griegas comunes, aconsejándole epistolarmente que se condujese con los helenos como un guía y con los bárbaros como amo absoluto, tratando a los primeros como amigos e iguales y a los segundos como "animales o plantas" (frag. 658 Robin). No obstante, el conquistador macedonio pudo elevarse por encima del ideal político de la dominación de una minoría helénica que

⁴ Suetonio, *Augustus*, 30. Sobre la idea de imperio y el universalismo alejandrina, véase P. JOUGURT, *El imperialismo macedónico y la asimilación del oriente* 311, 312, 405 (1927).

⁵ Elio Aristóteles, *De Romanis*, 62. Cf. Apiano, *Romanica*, "procurator", 7. Górcua, *De re publica*, III, 9.

⁶ El Mundo Helenístico creyó haber logrado definitivamente el imperio mundial (aunque se sospechara vagamente su limitación, véase Luciano, *Pharsalia*, VIII, 211) a través de la paz Augustea que debería prolongarse indefinidamente: en los versos de Lucilio Mamertino se creeble a Roma cantando que "con todos los pueblos del mundo has creado una sola patria". Cf. P. CLAUDET, *Épigramme des Empereurs Romains*, en "Revue d'histoire et littérature Religieuses", 1, 351 et seq. (1896).

⁷ Górcua, *De re publica*, III, 21.

vivia del proletariado seruí y comprender la naturaleza moralmente indefinible e intelectualmente falsa de la extendida división griega del *genos* Acnoe al advertir las virtudes —muchas veces testimoniadas y pocas veces comprendidas— de los pueblos conquistados. Esta íntima experiencia engendró en Alejandro la visión de la fraternidad humana (*Ándrota*) basada en el amor a la humanidad y que encontraba su fundamentación trascendente en el reconocimiento que Dios es el padre de todos los hombres, quienes, por diferentes senderos, llegan al mismo camino de luz⁹. La intuición universalista le permitió entonces entrever la unidad esencial del linaje humano inspirándole coincidentemente la idea de un estado ecuménico gobernado conjuntamente por todos sus componentes en igualdad jurídica¹⁰.

La teoría política helenística recogió las ideas alejandrinas y los componentes de las vertientes cínica, estoica y círcnca —provenientes de las poleis periféricas y, por ello, sin vinculaciones tradicionales con el ideal del estado ciudad— pusieron el centro de su especulación en la problemática humana, comprendiendo que el hombre sólo podía ser considerado individuo en tanto era entendido como miembro de una sociedad. "El universo es como una ciudad común a todos los hombres... y cada uno de nosotros es parte de ese mundo"¹¹. Pero, como la estructura estatal tradicional había desaparecido, trataron audazmente de transmutar sus principios y percibir la unidad que se hallaba oculta detrás de la fluctuante representación fenoménica de las cosas sensibles. Esa realidad indicaba que los estados nacionales se encontraban englobados en la ecumene helenística y que, precisamente por ello, los hombres se sentían como pertenecientes a una misma comunidad en la que sus esperanzas e intereses se confundían¹². "Le preguntaron a Sócrates cuál era su patria. El mundo, contestó, dando a entender que se consideraba ciudadano de todas las comarcas donde habitaran hombres"¹³. Esta intuitiva aprehensión fue considerada desde entonces como presuposición necesaria e implícita en las obras de filosofía política. Los círcnicos repetían que "Diógenes era el único hombre que tenía por patria

⁹ Platano, *Alejandro*, II, Cf. G. DECRETI, *Alejandro Magno*, 251-256 (1946). El desdoblamiento helenístico de que puede llegarse a lo divino por caminos igualmente válidos, aparece como el leit-motiv de su espiritualidad. Cuando llegó el punto de su ciclo, invocó justamente ese principio para justificar su existencia. *Una última vez antes de partir al tan grande secretum* (Q. Aurelio Simaco, *Relato: Tercio*).

¹⁰ W. W. TARN, *Alexander the Great and the unity of mankind*, en "Proceeding of the British Academy", XIX, 4 et seqg. (1933). Contra, U. WILCKEN, *Historia de Grecia*, 312, 421. (1942).

¹¹ Cícrcón, *De finibus bonorum et malorum*, III, XIX, 64.

¹² Q, como decía el cristianismo, reflejando religiosamente un lugar común de la problemática helenística, "ya no sólo huéspedes y extraños, sino ciudadanos del Gelo y miembros de la familia de Dios" (*Hebreos*, II, 19).

¹³ Cícrcón, *De finibus bonorum et malorum*, III, XIX, 64.

a toda la tierra, sin que hubiese un solo lugar donde no se sintiese como en su casa"¹⁴. Los estoicos recorrieron el Mediterráneo enseñando que "el mundo es habitación y ciudad común de hombres y dioses"¹⁵. Coincidentemente, la sucesión platónica "vio en el hombre al miembro de una gran ciudad y de todo el género humano, y consideraron ligado a todos los hombres por los lazos de una cierta asociación mundial"¹⁶. Incluso la escuela peripatética, por mediación de Teofrasto, llegó a hablar del gran estado y de la idea del "sabio universal"¹⁷.

De esta manera, como reflejo psicológico en la estructura mental colectiva, la expansión geográfica engendró una simular ampliación de las perspectivas políticas en cuanto a la condición formal del estado y la integración del individuo dentro de las instituciones sociales. Esta íntima relación se encuentra descrita en un fragmento de Plutarco, importante en cuanto permite observar que el proceso era sentido conscientemente por sus participantes. "Zenón escribió una *Re pública* muy admirada: su principio esencial es que los hombres no deben escindirse en ciudades y pueblos de particulares leyes; ya todos son conciudadanos, pues para todos existe una sola vida y un solo orden de cosas, como para un reino unido bajo la regla de una ley común. Lo que Zenón escribió idealmente, Alejandro pudo realizarlo... Reunió como en un hoyo a todos los pueblos del cosmos, los ordenó que consideraran la tierra, el ejército como acrópolis" a las gentes honestas como participantes y a los malvados extranjeros¹⁸.

¹⁴ Ariano, *Disertaciones Epictetas*, I, XXII, 4. Cf. Luciano, *Vitar. Acoré*, VII, 11.

¹⁵ Esta concepción es recuerdo de una antigua tradición griega, que Píndaro expone bellamente al decir que "una es la casa de los dioses y de los hombres, pues de una sola madre obramosos nuestro origen" (*Odas sarras*, VI, 1) Sobre la comunidad de hombres y dioses, vide Cicero, *De Officiis*, I, 138. *De natura deorum*, II, 78, 79, 134.

¹⁶ Cicero, *De finibus bonorum et malorum*, III, XXX, 64. Cf. Séneca, *Ad Marcium*, 4. *De tranquillitate animi*, 18.

¹⁷ Cicero, *Academias Quæstiones peripateticas*, I, 3. Ello porque Dios ha establecido una natural comunidad entre los hombres (Cicero, *De Officiis*, I, 41, III, 61).

¹⁸ También el epicurismo se volvió hacia la ciudad cívica con el universo o "mundo habitado" (*kosmos*), pues negó la existencia de una comunidad natural. Epicuro decía: "no nos engañemos, ni nos equivoquemos, ni nos confundamos, ¡oh hombres! ¡Crededme! No existe ninguna comunidad natural para los hombres que piensen. Quiéquiera diga lo contrario, se engaña y defrauda" (Ariano, *Disertaciones Epictetas*, II, XX, 61). Coincidentemente, Colón discutía con los eruditos en defensa del estado-ciudad, considerando que era el único garante del bien individual. Pero ambas escuelas creaban de acuerdo en impugnar las instituciones y costumbres locales basando el reconocimiento de la gran patria mundial. (Ariano, *Disertaciones Epictetas*, II, XXII, 18. Séneca, *De clem.*, III, 2). Cicero combatió con agudeza la doctrina epicúrea del "contrato social" (*contractus naturalis*) afirmando que "la primera causa de la asociación es en parte la debilidad del individuo, como una cierta tendencia natural del hombre a la asociación" (*De re pública*, I, 191).

¹⁹ Plutarco, *De Alexandri Fortuna*, I, VI, 329.

La especulación helenística llegó entonces a concebir al mundo conocido como una sociedad de dimensiones universales en la que las relaciones entre los hombres se encuentran normadas a través de una ley natural inspirada en la providencia divina (*próvoia*), de la que emana un *ótilos pnuma* o *lógos* que todo lo penetra y por el cual todos los seres animados se relacionan²⁰. Los hombres pertenecen a una misma comunidad sin que importe el lugar donde han nacido. "No eres el habitante de un lugar determinado, completamente encerrado entre paredes, sino el ciudadano de un mundo omnicompreensivo, constituido en forma de ciudad única . . . (lo que) nos da a entender que el género humano constituye una sola sociedad"²¹. Ello implica necesariamente la pertenencia fáctica a dos sociedades distintas pero estrechamente relacionadas: la comunidad cósmica que se proyecta más allá de las fronteras nacionales meramente convencionales y la sociedad originaria²². "Deben tenerse en cuenta dos comunidades. Existe una grande, digna en verdad de ese nombre, que comprende a dioses y hombres, y en la que no nos limitamos a dejar que nuestros ojos se posen en un rincón insignificante, sino que incluimos dentro de los límites de nuestra entidad política cuanto existe bajo el sol. Y hay otra comunidad a la que estamos ligados por un accidente de nacimiento: Atenas, Cartago o alguna polis con una ciudadanía que no es universal sino simplemente regional"²³. O, como afirmó vigorosamente Marco Aurelio, "el hombre (es) un ciudadano de la comunidad suprema, donde las otras sociedades no son sino como casas . . . Como Antonino, mi comunidad y mi patria es Roma; como hombre, lo es el universo"²⁴.

Si todos los pueblos estaban destinados a fundirse en un estado-ciudad único —del que son aisladas epifanías las polis conocidas— la patria natural del hombre debía ser la *universitas civitatis*. La comunidad ampliada a las dimensiones cósmicas constituyó desde entonces la ciudad esencial del hombre helenístico: era la *cosmópolis*, que se llamó así siguiendo el símil político anterior, y sus habitantes se denominaron

²⁰ Sobre la fundamentación sobrenatural del cosmopolitismo, vide G. RABRY, *Notes sur l'histoire d'Alexandrie*, en "Revue des Études anciennes", XXVII, 203-206 (1926); XXVIII, 213 et seqq. (1926). Cf. W. HAMMOND, *Civ. State and World-State in Greek and Roman Political Theory until Augustus* (1971).

²¹ Cicerón, *De legibus*, I, XIII, 61. l. xi, 32.

²² La idea de la doble comunidad humana y el parentesco basado en el linaje divino fue igualmente desarrollada por Epicuro (*Axioma*, *Disertationes Epictetanae*, I, XI, 1-2). Sobre las diferentes ideas de la naturaleza de la cosmópolis, vide A. T. SOKLAKI, *A History of Greek political thought*, 258 et seqq. (1932). La concepción se encontró vinculada a los intereses de evasión hacia utopías sociales. Este proceso surgió en un primer momento radicado en el tiempo histórico, pero se concretó posteriormente en la dualidad religiosa de la *civitas dei* y la *terrena civitas*.

²³ Séneca, *De otio*, III, 4.

²⁴ Marco Aurelio, *Soblogías*, III, II, VI, 44.

concordantemente-cosmopolitas (cf. Cicerón, *Tusculanarum disputationum*, V, 108). Dentro de los muros de esta ciudad los hombres se sienten iguales en un mundo sin fronteras. "Ni Dios, por cierto, se negó a encender los ojos de todos por igual y concederle los oídos, el gusto, el olfato y la memoria, así como la esperanza, ni ocultó a los esclavos la luz solar, porque constituyó a todos los hombres como ciudadanos del universo"²⁴.

III

El individuo, violentamente desajado de su patria tradicional, comenzó a navegar por el nuevo mundo y apareció insignificante ante la ampliación de los horizontes visuales. Se trató entonces de convertir esa invalidez cuantitativa en punto de inicio hacia el áspero sendero de la valoración humana. Una de las primeras ideas que surgió fue la de la historia como totalidad abstracta unitaria. En la introducción de su *Bibliotheca Héródica*, Diódoro Sículo afirmó que los historiadores contemporáneos tenían por ambición "presentar la historia de todos los hombres, por tener éstos un parentesco común, a pesar de encontrarse separados por el espacio y el tiempo"²⁵. Polibio caracterizó en forma similar el ideal de su época, rechazando la obra de los historiadores "episódicos" y propugnando el método de una "historiografía pragmática"²⁶, concretando que "hasta este tiempo la historia del mundo había sido una serie de hechos sueltos, tan separados en sus orígenes y resultados como las localidades donde habían ocurrido... a partir de este momento, la historia se convierte en un todo coherente... la tendencia de todo es hacia la unidad"²⁷, como que todos los hombres son miembros de una misma familia humana general²⁸.

Con ese mismo espíritu se investigó el status jurídico de los cosmopolitas. La teoría política anterior había impuesto como condición de la ciudadanía una relación *inter pares*; el ideal griego fue el de un

²⁴ *Epistolar adulo-herodóticas*, IX, 7.

²⁵ L. DUPOYEN, *La filosofía de la historia en la antigüedad y en la Edad Media*, 150 (1928). En el plano político real, esa igualdad recién obtuvo jerarquía jurídica al concederla el Consejo por la *Constitutio Antoniniana* (años 211), la ciudadanía romana a quienes todavía eran peregrinos. La única excepción fueron los *adánitici* (bárbaros vencidos instalados en el Imperio). El edicto sólo se conocía por una frase brevísima de Ulpiano: *in orbis Romani qui sunt in constitutione imp. Antonini cum Romanis affuit cum* (Digeo, I, v, 17), pero actualmente se cita una copia en el "Papyrus Gissens 42".

²⁶ Polibio, *Historias*, II, 32. IX, 2, 4.

²⁷ Polibio, *Historias*, I, 3.

²⁸ Sobre el universalismo en Polibio, cf. W. STREUMER, *Studien zur geschichtlichen Anschauung der Polybios* (1928). T. R. GARDNER, *Polybios*, en "Cambridge Ancient History", VIII, 1-24 (1939).

orden social fundamentado en la igualdad ante las normas de derecho²⁰. La nueva especulación proyectó ostensiblemente la idea, subrayando que, siendo todos los hombres habitantes de una misma escama, debían ser por ello iguales y libres, "por consiguiente, puesto que la ley es el vínculo que une a la asociación civil y el derecho que concede la ley es igual para todos, ¿qué derechos pueden mantener unida una comunidad de ciudadanos si no existe igualdad entre ellos?"²¹. Coincidentally, el estoicismo interpretó que la idea de un espíritu universal (*oúma mundi*), que gobierna todas las cosas, implicaba la unidad natural humana y la comunidad espiritual de los pueblos. La naturaleza social del individuo hace posible que sea miembro colectivamente de un gran cuerpo político²², de una *societas omniaium iuris omnium regida*, según Cicero, por la Ley eterna. Considerando al hombre como miembro y no como parte del organismo social, se confirió un significado positivo a la concepción cosmopolita en el sentido de afirmar que no existen distinciones fundamentales sino simplemente nomotéticas²³. "Ya no hay diferencias entre el judío y el griego, el esclavo y el libre, el hombre y la mujer"²⁴⁻²⁶. Desde entonces la visión de la unidad fundamental del linaje humano se impuso a la intelectual helenística y la dicotomía aristotélica de hombres libres y "esclavos por natura" (*Política*, I, 1, 1254b) fue definitivamente desechada.

La filosofía descubrió que entre la esencia humana y el ser de la naturaleza existía una identidad: siendo dios *lógos* o razón sustancial, en todos los hombres se hallan "chispas" emanadas del "fuego" divino, ya que la razón es una parte del espíritu eterno en el cuerpo humano²⁶ y, por esa relación immanente, pueden ser interpretados como hijos por consustanciación y debían necesariamente considerarse hermanos

²⁰ Cf. Euzébio, *Fuertes*, 316-343. Suplemento, 429-432. Tucídides, *Historia*, II, XXXVII, 1. Aristóteles, *Política*, III, VII, 1281a.

²¹ Cicero, *De re pública*, I, XXXII, 48.

²² Séneca, *Epístolas*, XCV, 32.

²³ Cf. J. Bidez, *La cité du monde et la cité du soleil dans les stoïciens*, 28-50 (1932). En las postimerías del Mundo Heleno ya se había comenzado a pensar que era ridículas las diferencias entre griegos y bárbaros (*Platón, Política*, 1670d) y que se podía llegar a ser taleno por la cultura: talento debía que "el hombre de griego se es utilizado ya para significar gente o nación, sino para demostrar ingenuo y más se llama griego a quienes participan de nuestra patria, que a los que tienen el mismo origen que nosotros" (*Panegyrico*, 250).

²⁴ Las mujeres obtuvieron también un nuevo papel implícito en la afirmación igualitaria. En el Jardín epicureo se encontraban numerosas de ellas e incluso esclavas y hembras (ver. gr. Leontium, *Medeia*). Cf. A. J. FERTIGER, *Epístolas y sus deves*, 24 (1960). H. LÉVY, *Epístolas*, frag. 117 y 227 (1887). Lo mismo ocurrió entre los cínicos (Diógenes Laercio, *Vite philosophorum*, VI, 96) y los estoicos.

²⁵ Gólar, III, 28.

²⁶ Séneca, *Epístolas*, LXVI, VII, 11.

entre sí. "No quieras, esclavo, tolerar a tu hermano, que tiene a Zeus por padre y que ha nacido, como un hijo, del mismo esperma y la misma ascendencia celeste que tú"³⁹. Esta común paternidad indica que todas las naciones son integrantes de la misma familia humana, ya que "a la manera que el cuerpo es uno y posee numerosos miembros, todos los miembros —siendo muchos— forman un mismo cuerpo"⁴⁰, "porque de su linaje somos"⁴¹. Y ello es así desde que "existe eternamente una naturaleza de lo divino y del bien, de donde deriva para el hombre la vida más igual"⁴².

El ser humano individualmente considerado deber ser, pues, el objeto de interés. Eratóstenes criticó vehementemente al Estagirita por aconsejar a Alejandro la dualidad humana⁴³, pues es insostenible separarlos racial o culturalmente: los hombres sólo pueden dividirse en buenos y malos: en tanto entre los griegos existían numerosos malvados, había entre los bárbaros pueblos altamente civilizados⁴⁴. La afirmación de la igualdad jurídica humana fue completada por Virgilio. No existen diferencias ("Tros Tyriusque mihi nullo discrimine agetur", *Ateneida*, I, 574) porque todos los pueblos forman un mismo cuerpo ("Paribus se legibus ambas/inviatas gentes aeterna in foedera mittant", *Ateneida*, XII, 190-191)⁴⁵. Dentro de los muros de la ciudad universal "no hay griegos ni judíos, circuncisión ni preputio, bárbaro, esclavo, siervo o libre"⁴⁶; la única diferencia extrínseca es que los hombres pueden ser sabios o necios⁴⁷. Pero son íntimamente iguales o similares porque el Orontes había confluido con el Tiber y, desde entonces, sus aguas corrían para siempre juntas realizando una misma historia (Juvenal, *Sátiras*, III,

³⁹ Arriano, *Disertaciones Epictetas*, I, XIII, 3.

⁴⁰ *I Corintios*, XII, 12.

⁴¹ Cicerón, *Discurso a Zenón*, 4. Arno, *Pharomacoma*, I, 3, a quien sigue Pablo de Tarsó (*Hechos Apóstólics*, XVII, 28).

⁴² Firdós, en *Diálogos Laercio*, *Vitae philosophorum*, IX, 66.

⁴³ Cf. J. Kauter, *Alexander der Große*, en "Museum der Politik", (E. Herz y K. A. von Müller), I, 33 (1922).

⁴⁴ Eusebio, *Geographica*, I, 66.

⁴⁵ Sobre la unidad racial en el mundo antiguo romano, véase A. MORETTI, EUGENIO, *La política de estado universal en César y Augusto a través de la Eneida de Virgilio*, en "Revista de Estudios Políticos", Nº 33, 25-27 (1936).

⁴⁶ *Coloquios*, III, 11.

⁴⁷ El aristocrático primitivo, consideró debidamente a los sabios como integrantes de la gran familia humana, pero Placido rechazó la unión y suplantó la doble sociedad de una comunidad de sabios y con de insabios. Cf. *Stoicismus veterum fragmenta*, editio H. VON ARNO, III, 40-54, 285, 305, 307, 336-353, 348, 363, 382, 387, 671. (1905). *Diálogos Laercio*, *Vitae philosophorum*, VI, 6. W. WINDELBAND, *Historia de la filosofía antigua*, 335-348. (1903). O. GROTE, *Problemas fundamentales de la filosofía antigua*, 234-238. (1922).

60-61). "Todos somos miembros de un gran cuerpo. La naturaleza nos engendró parientes al darnos un mismo origen y un único fin"⁴⁵.

De esta manera, la decadencia de las antiguas patrias, las frecuentes relaciones comerciales y la atenuación del sentimiento de desprecio al extranjero, fueron causas concomitantes para la silenciosa génesis de las nuevas ideas: por primera vez los pueblos pudieron contemplarse en su precisa dimensión sin prevenciones ni prejuicios. Siendo el individuo un ejemplar distinto aunque integrado en la especie, apareció evidente que todos tenían una naturaleza humana común inmutable a través de los siglos. La totalidad de los integrantes del mundo helénistico fue considerada, así, como *hombres* sin otras diferencias que las biológicas y esta conciencia se extendió desde entonces a todas las estructuras sociales.⁴⁶ "La naturaleza nos ha emparentado por haber surgido de la misma materia"⁴⁷, unidad que estaba basada en antecedentes comunes: sustancia humana y conducta similar de las naciones (Teofrasto), "pues no hay cosa alguna que sea tan similar a otra como somos los hombres, cada uno respecto a los demás; y, si las malas costumbres o las diversas opiniones no torcieran a las almas débiles inclinándolas del lado que se les antoja, nadie se parecería tanto a sí mismo como todos se parecerían a todos. Por eso, de cualquier manera que se defina al hombre, siempre la definición es aplicable a todos. Lo cual basta para probar que no caben diferencias dentro del *genus homo*"⁴⁸.

Como consecuencia, se dedujo que la esclavitud no tenía un fundamento racional y hasta el esclavo más humilde era digno de compasión⁴⁹, pues la medida realicente únicamente puede ser trascendente: la filosofía cree "que la divinidad es lo que puede ser la medida de las cosas, mucho más que el hombre, como afirman algunos"⁵⁰. La esclavitud se convirtió, así, en un azar que puede herir ciegamente a cualquiera⁵¹. "¿Cómo pensáis, pues, hombres, que Dios que no hizo siervos (a los animales) . . . pudo hacer tales a los hombres? . . . no es la fortuna quien iguala sino la virtud . . . sólo la oscuridad esclaviza, sólo libera

⁴⁵ Séneca, *Epistolas*, XV, ECV, 51. Cf. Marco Aurelio, *Teologías*, IV, 40 VII, 3.

⁴⁶ La designación aristotélica de los esclavos como "instrumentos animados" (*Ética Nicomáquea*, VIII, XI, 1161 b 3-5), recogida por algunos romanos e interpretada como *instrumentum genus animi* (Varón, *De re rustica*, I, XVII, 1), había sido anteriormente rechazada por la sofística griega (Eurípides, *Alcibíades*, *Acéfalo*).

⁴⁷ Séneca, *De ira*, II, 8.

⁴⁸ Cicerón, *De legibus*, I, X, 29-30.

⁴⁹ Cf. Séneca, *De clementia*, II, IV, 7.

⁵⁰ Plutarco, *Leyes*, 716b.

⁵¹ La negación de las divisiones estatus había sido predicada con entonación por el Budaísmo en una parábola similar a la del manuscrito (*Nejibáse Nájibya*, 63).

la arist, pero no hombre alguno (. . .). El alma recta, buena, grande . . . puede encontrarse tanto en un caballero romano, en un libreto como en un esclavo. ¿Qué son, en efecto, caballero, libreto y siervo? Nombres dados por la ambición o la injusticia"⁵². La esclavitud es una flagrante contradicción que atenta contra toda idea de derecho. "Así podemos remontarnos hasta el primer esclavo; probablemente a un prisionero de guerra o a un hombre robado por bandidos: en todo caso, a un hecho violento, ilícito, sin ningún valor a los ojos de la justicia. ¿Es que ha podido derivarse un derecho de esta iniquidad?"⁵³.

IV

Una corriente lateral —recepción del legado de sabiduría popular, poesía ascética y de retórica clásica, que perdió el amor al semejante, el desprecio a la violencia⁵⁴, la amabilidad en el trato y las normas de tolerancia— hizo posible igualmente el surgimiento de la filosofía humanista del hombre. Como consecuencia de la influencia de las antiguas ideas morales romanas y la especulación helenística, se reelaboró el estoicismo con elementos tomados de las diversas corrientes espirituales, convirtiéndolo en una filosofía flexible que abandonó definitivamente el jehatismo inaccesible de los representantes anteriores⁵⁵. Del círculo

⁵² Epistolar *romulo-heraclíticas*, IX, 4-6. Séneca, *De beneficiis*, III, 18. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, las diferencias sustanciales y legítimas al esclavo era un miembro (*res mobili*) y una mercancía (*res*). "Una cabeza servil no tiene derechos" (Pauco). "Un esclavo o cualquier otro animal" (Ulpiano). El constructo "en un derecho que se entiende no sólo a los hombres y a las cosas, sino a los esclavos, a los bestias y a las demás cosas". Digesto, IV, v, 3. II, VII, 3, VI, 1, 13; 3, VII, 1, 3, 1. Hasta los mismos filósofos tenían esclavos, incluso los cínicos (Séneca, *De tranquillitate animi*, VIII, 7). El estoicismo —hasta épocas relativamente tempranas— tampoco innovó acerca del problema de la esclavitud y en muchos casos simplemente modeló materialmente su práctica. En general, predicó su legitimidad y el deber de los siervos de obedecer a sus amos. "Siervos, obedeced a vuestros amos temporales con temor y con respeto" (Efesios, VI, 5). "Que los siervos sean obedientes a sus señores, dándole gusto en todo, no respondiendo" (Tito, II, 9). "Todos los siervos que están bajo yugo de servidumbre escúman a sus señores por dignos de toda honra" (I Timoteo, VI, 1). "Siervos, sed obedientes a los señores con todo temor, no solamente a los buenos y moderados, sino aun a los rigurosos" (I Petri, II, 18). Cf. *J. Costanzo*, VII, 22-24; XII, 13. Efrénio, VI, 6-9. De acuerdo a su doctrina también los cristianos podían esclavos (Armigosa, *Región pro Córdobensibus*, 53a). Esta línea de pensamiento fue continuada desde el Concilio de Ganda (324) hasta Tomás de Aquino (*Summa Theologiae*, 1^a-2^a, quest. 37, art. 3^a). Uno de los cónoces del Concilio de Epón prohibió "a los señores liberar a los esclavos que pertenecían a las monjas por donación". Cf. C. J. HERRIN, *Konstantinopelische*, II, 628, 623. (1875).

⁵³ *Dico Crisóstomo, Oratio XV, De servitate*.

⁵⁴ En los últimos tiempos de la República se llegó a considerar que la guerra no es sino un medio para lograr o conservar la paz (Cicerón, *De Officiis*, I, 23, 30. Virgilio, *Arvidio*, VI, 632, 832, 832), que era superior a aquella y que debe preferirse la subditad al valor militar (Cicerón, *De Officiis*, I, 11-12, 22-24. Séneca, *De Clementia*, I, 11).

⁵⁵ Cicerón, *De senectute*, 4. Cf. M. FOHLING, *Civitas de officio sua ad Libertatem de Panatino* (1934).

de Escipión Emiliano, Terencio, Lelio, Lucilio y Petilio surgió la denominación *humanitas* con que se designó la fundamentación racional que Panecio, siguiendo el método filológico de Acistarco, había logrado del ideal contemporáneo de dignidad humana y buena voluntad hacia los semejantes como correctivos de la rudeza soberbia primitiva⁵⁶.

Se advirtió entonces que las virtudes humanas no eran sino las tendencias naturales reguladas por la razón y, consecuentemente, se determinó que el término *humanitas* abarca todas aquellas maneras que transforman en usos civilizados los instintos animales⁵⁷. En última instancia, la virtud consiste en realizar acciones honestas (*honestam rectitudinem*), es decir, realizar actos objetivamente rectos por sí (*officia*). La nueva vertiente fue completada cuando el enciclopedismo ético de Posidonio —que siguió el primer artículo de la doxografía de Antisthenes— comenzó una ardiente prédica basada en el axioma de que “la virtud puede ser enseñada”⁵⁸ y que su enseñanza es, precisamente, la validación de cualquier sistema filosófico.

En la ciudad universal, albergue natural de todas las razas, en la que se manifiestan inconsistentes las dicotomías étnicas, sociales o religiosas, el individuo debía ser considerado, pues, integrante de una gran comunidad y objeto de respeto y estudio filosófico. Todo lo que es humano interesa al prójimo y debe ser motivo de amorosa investigación *Homo sum: nihil a me alienum puto*⁵⁹, porque “es natural entre los hombres una común honra a los hombres, y, por ello, es necesario que el hombre, por el mismo hecho de serlo, no sea un extraño para el hombre”⁶⁰. De esta manera, la inferencia de que los individuos no tenían un papel indispensable que cumplir en un mundo sin fronteras, llevó al necesario reconocimiento —para no despersonalizarse completamente— de que tenían una intimidad similar pero con características propias y que esa interiorización necesariamente respetable para todos

⁵⁶ La concepción es aristotélica: romana: no hemos podido encontrar ningún vocablo griego por el cual pueda ser traducida. Sobre la *humanitas* en su sentido de humanidad, véase Cicero, *De legibus*, III, L. I, Sobre el clerato de Escipión, cf. A. GRONER, *El gran romano en la religión, en el pensamiento y en el arte*, 208-224. (1937). Sobre la influencia de Panecio en la moralidad romana, véase W. WIMMERBAND, *Historia de la filosofía antigua*, 326, 327, 373-375. (1933). E. SANDERS, *Historia de la filosofía*, 387-388. (1942). Sobre la latinización de Roma, cf. F. ALTHEIM, *Rom and her latinization* (1943).

⁵⁷ Cicero, *De officiis*, I, 34, 30, II, 4, 110.

⁵⁸ Diágoras Laercio, *Vitae philosophorum*, VII, 129. Juan Emboco, *Eloges Physicos et ethicos*, II, LIV, 1. Cf. V. BARRÉ, *Posidonii Ethicis reliquiae doctrinae* (1810).

⁵⁹ Terencio, *Heautontimorumenos*, I, 1, 23. Cf. Menandro, *frag.* 333 Koch. Séneca, *Epistolas*, XV, CCV, 32. Cicero, *De legibus*, I, XII, 33.

⁶⁰ Cicero, *De finibus bonorum et malorum*, III, XIX, 62.

se llegó, así, a un anticipo bastante coherente de la doctrina de los derechos naturales del hombre.

Concordantemente, se pensó que los hombres deben sentir piedad hacia sus semejantes (Séneca, *De clementia*, II, iv, 7) ya que el hombre en "cosa sagrada para el hombre"⁴¹ Si la fraternidad humana deriva del común origen natural⁴², la *caritas generis humani* ha de convertirse en condición esencial de la nueva filosofía⁴³, pues constituye la base del verdadero amor fraternal⁴⁴. Incluso los siervos —por pertenecer *per se* al linaje humano— tienen derecho a esa consideración general. "Si reflexionas un momento, ¿no ves que éste que tu llamas esclavo, tiene tu mismo origen, está bajo el mismo cielo, y respira vive y muere como los demás? . . . Vive con los inferiores del mismo modo que quisieras que un superior viviera contigo. . . Son siervos, pero también son hombres; son siervos, pero también compañeros; son siervos, pero también humildes amigos"⁴⁵.

Si la virtud de *humanitas* impone obligaciones que un hombre debe respetar por el solo hecho de tener iguales e inculca "el amor de los unos a los otros"⁴⁶, ello implica consecuentemente la identificación de los intereses (esencia de una moral naturalista). "Debemos asignarnos una meta única: identificar el interés de cada uno con el de los demás. . . Si la naturaleza prescribe que un hombre se disponga a asistir a otro, cualquiera fuera, solo por ser hombre él, es preciso que según natura el interés de cada uno sea el de los demás. . . En cuanto a los que afirman que están obligados con respecto a los ciudadanos pero no con los extranjeros, éstos aniquilan la sociedad universal de la humanidad y, así, suprimen por completo la benevolencia, la generosidad, la bondad y la justicia"⁴⁷.

V

La especulación helena había advertido que la idea de *pólis* presupone lógicamente la existencia de una norma jurídica reguladora aplicada igualitariamente a sus ciudadanos, ley que constituya el hilo de oro que

⁴¹ Séneca, *Epistolas*, XV, XCIV, 35.

⁴² Tácito, *Anales*, XII, 17. Plinio, *Epistolas*, IX, 39. Lucano, *Farsalia*, I, 2.

⁴³ Cicerón, *De finibus bonorum et malorum*, V, XXXII, 1.

⁴⁴ Cf. Marco Aurelio, *Soliloquios*, VI, 58.

⁴⁵ Séneca, *Epistolas*, V, vi, 31, 44.

⁴⁶ Séneca, *De ira*, II, 8. Cicerón, *De inventionibus oratorias*, II, II, 32.

⁴⁷ Cicerón, *De Officiis*, III, 26, 28.

mantenía rutilante unida la sociedad⁶⁶. En la naturaleza se encuentran lasitas reglas constantes: los hombres y cuerpos celestes poseen en común el seguir un mismo *nómos*⁶⁷ y, por ello, la ley interior debe estar en concordancia con el orden cósmico. Esta norma, fundada en el descubrimiento de lo que "verdaderamente es", tiene alcance para toda la humanidad⁶⁸ y, de esta manera, la fuente validadora de las leyes es la recta razón (*déikós lýgos*) que llega a convertirse en positiva cuando asume sanción terrenal⁶⁹.

La filosofía helenística continuó y clarificó las ideas jurídicas griegas pero, por las mismas características de la nueva comunidad, amplió sustancialmente el concepto. Siendo el mundo único, debe existir una *convención zōonómio* o *estelequia* constitucional que le sirva de contorno normativo. Esta regla jurídica debía ser suprema, inmutable e ícton común universal de valoración axiológica y yéctis validatorio del derecho "provincialista" temporal.

Efectivamente, desde sus orígenes la noción de *zōonómio* implicó la de un derecho natural como sostén indispensable de su existencia. En un conocido fragmento, Crisipo desarrolló coherentemente la idea de la sociedad supranacional relacionándola con la expresión de "ley según la naturaleza"⁷⁰, derivada de la volición divina, que gobierna al mundo por medio de una norma ordenadora comprensiva de todo lo creado y medida de las acciones humanas⁷¹. Como en todos los hombres existe la misma esencia ética (que adquiere, así, fuerza universal) no existe en realidad sino un derecho que corresponde a un estado mundial y, precisamente por ello, Posidonio pudo hablar con frecuencia de una constitución adaptable a todos los pueblos que deriva de la razón natural. Este derecho, racional de la naturaleza es común a todas las naciones y adquiere validez para cada uno y todos los individuos habitantes de la ecumene⁷². "La Ley Universal que existe en la recta razón y que penetra

⁶⁶ Flauto, *Leyes*, 644d-643a.

⁶⁷ Flauto, *Leyes*, 966d-e.

⁶⁸ Seneca-Flauto, *Misur*, VI, 316A.

⁶⁹ Flauto, *Leyes*, 643a-b. Sobre el pensamiento jurídico griego, vide W. JANSEN, *Found of Law: The origin of legal philosophy and the growth, in "Transcendence of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound"*, 312-377 (1947).

⁷⁰ *Stoicorum veterum fragmenta*, edidit H. WISS AEMM, II, 528 (1904).

⁷¹ Zenón, en Cicero, *De natura deorum*, I, 14. Cf. Juan Embesa, *Religión Física y ética*, II, 184.

⁷² Sobre el sentido de la ley natural en el estoicismo, vide V. BRUCHARD, *Étude de philosophie antique et de philosophie moderne*, 226 et seqq. (1926). Sobre la especulación filosófica en torno a la derecho natural, cf. F. FLOUQUET GUYARD, *Del concepto del derecho natural a del diritto positivo nelle storie delle filosofie del Dilecto* (1907). W. ECKSTEIN, *Der antike Naturrecht in der geschichte der Philosophie* (1907).

en todo, es idéntica con Zeus, guía del orden del mundo"⁷². „Apareció evidente entonces que existía una objetiva unidad inmutable a los cambios terrenales, y que “el bien no es en la multitud que parece, sino en la unidad que le sirve de modelo”⁷³.

Un nuevo concepto jurídico robusteció indirectamente la idea filosófica de derecho natural, posibilitando que pudiera creerse encontrar en normas positivas una proyección de sus principios. En el Mundo Helenístico fue frecuente que los príncipes otorgaran las leyes de una ciudad a otras, y ésta costumbre insensiblemente unificó numerosos aspectos del derecho positivo interestatal⁷⁴. Por otra parte, durante la época de los diádocos e incluso durante los postreros tiempos de la república romana subsistían ciudades, reinos y tribus autónomas o semi-independientes. Los frecuentes tratados concertados entre ellos y el auge del procedimiento del arbitraje para resolver sus diferencias permitieron el desarrollo de numerosas normas heterogéneas en su origen, pero que fueron paulatinamente agrupadas en un nuevo derecho internacional que

Isaiah (1926). H. DE PAEN, *L'idée du droit naturel* (1930); H. ROHMEN, *Le droit naturel. Histoire, doctrine* (1945). E. GALLES Y RODOLPHO, *Les gestions* (1954). L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire* (1954). S. RAMÍREZ, *El derecho de gentes* (1955). E. F. BRUCE, *Über römische Recht im Rahmen der Kulturgeschichte* (1954). E. WOLF, *Der problem des Naturrechts heute* (1955). M. VILLAY, *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, en “Leçons d'histoire de la philosophie du droit”, 121 et seq. (1937 1ª edición). Contra, RUIZ MORAÑO, quien afirma que “el estoicismo no concibió la existencia de un derecho natural, como tal, opuesto a la ley positiva y con impuesto para todos los hombres”, basándose en el ideal del sabio de la escuela pitagórica. Cf. M. T. RUIZ MORAÑO, *El pensamiento jurídico de los griegos*, 41 (1939). Sobre la reforma del estoicismo, que permitió su evolución hacia la desaparición de distinciones innegables, vide nota 44.

⁷² Zeno, en Diógenes Laercio, *Vitae philosophorum*, VII, 88.

⁷³ Filón, *De somniis naturae*, 143. Truaje de lozano ether aristotélico. *Metaphysics*, I, X, 1076a. Las únicas escuelas filosóficas que negaron la existencia de un derecho natural objetivo, fueron el epicurismo y la Nueva Academia. Caricaturizó estas dificultades de la concepción ética haciendo incapaz en las discrepancias entre las diversas doctrinas y la unidad histórica. “No hay derecho natural y, por ello, no hay leyes por naturaleza. ¿Dirías acaso que, si las leyes cambian, todo ciudadano, verdaderamente virtuoso, no por eso debe dejar de seguir y observar las reglas de la eterna justicia, sino que la de una justicia convencional?... Si fuera innata la justicia, todos los hombres sancionaban nuestro derecho, que sería igual para todos, y no sancionarían los beneficios de otros en otros países... La justicia no es hija de la naturaleza, ni de la voluntad, sino de nuestra debilidad” (Carneades, en Cicerón, *De re publica*, III, 7, 10). “La justicia no tiene existencia por sí misma, sino que se halla siempre en las relaciones recíprocas, en cualquier lugar y tiempo, en que exista un pacto de no producir al sufrir daño... el derecho natural es la expresión de aquello que es útil a los hombres para no perjudicarse entre sí”. (Epicuro, *Republicana dogmata*, 33, 11). Cf. Diógenes Laercio, *Vitae philosophorum*, X, 150. H. ISENBERG, *Epicurus*, págs. 78 y 590 (1937). M. GIACIA PALAYO, *La filosofía del derecho en Epicuro* (1932).

⁷⁴ Cf. L. MITTELER, *Reichsrecht und Völkerrecht in den Keltischen Provinzen der Römischen Kaiserzeit* (1891).

comprendía aquellas prácticas que reconocían todos los estados y, por consiguiente, cada uno de sus habitantes.

Esta indagación en torno a lo permanente del devenir normativo fue completada por el pensamiento jurídico romano. En el siglo —I el anhelo de una concordia *ordinem*, existencia de ciertas *notiones communes* que tienen validez en sí mismas al determinar un *consensus gentium*, y la idea del *ius gentium* —noción jurídica que comprendía aquellos principios comunes a las naciones y las medidas tomadas por el *poter peregrinus* cuando debía decidir alguna controversia entre un romano y un extranjero⁷⁸— posibilitaron la recepción del concepto estico del *ius naturale* y su ulterior sistematización filosófica⁷⁹.

Eso permitió que, siguiendo y ampliando la clásica percepción aristotélica, Cicerón distinguiera entre el derecho civil (de la ciudad-estado, *civitate*), el derecho de gentes y el natural. El *ius civile* (*dikaios politikos nomikós*) señala el derecho estatal propio de cada pueblo y específicamente designa las reglas originales de la nación romana⁸⁰, por cuya fiel observancia llegan los ciudadanos a la felicidad individual. "Todos debemos ser siervos de la ley para poder llegar a ser libres"⁸¹. El derecho de gentes (*dikaios politikos phisikós*)

⁷⁸ El *poter peregrinus* se aplicaba el derecho ceremonial romano tradicional sino un procedimiento clásico adaptado a las circunstancias y fundamentado en consideraciones de equidad y sentido común. Por sus formas, este derecho positivo se formó en torno a las ideas corrientes de honestidad y justicia predicadas por el estoicismo medio. Cf. F. DE ZULUETA, *The development of Law under the Republic*, en "Cambridge Ancient History", IX, 666 et seq. (1932).

⁷⁹ Esa solidificación del concepto filosófico en sus aplicaciones positivas fue consecuencia de la mentalidad romana orientada hacia lo concreto y jurídico. Así, lo que los griegos denominaron *epístémata* —aparición de las ideas en las palabras, fundamento de la lógica, cf. Aristóteles, *De interpretativa*,]— fue traducido por los romanos (juris, que recuerda la decisión del juez). Sin embargo, no puede olvidarse que *diis* significó originariamente "decisión judicial" en Homero y Hesíodo, aunque luego *dikaios* designó concretamente justicia y derecho (véase, Aristóteles, *Política*, IV, IX, 1309a 36). Sobre la influencia de la filosofía helénica en el positivismo y derecho romano, cf. M. VOGT, *Das Etre von der material, *organon* et *hierarchy* und *ius gentium* der Römer* (1856-1876). LAURENCE, *Influence de *philosophie sur le droit romain* (1860). V. CAHYREIN, *Das *ius gentium* im römischen *Recht* beim M. THOMAS von Aquin* (1891). L. A. CHYLLOFF, *Ueber das *ius gentium* der römischen *philosophie* und die römische *jurisprudenz** (1897). E. V. ARNDT, *Roman *positiv*, chap. 3 (1911). C. A. MARCHI, *La concezione naturalistica del *divino* e degli *ius gentium* giuridici romani* (1937). M. PH. GUYRAL, *De l'influence de la *philosophie sur le droit romain* et la *jurisprudenz* de l'époque classique*, thèse (1937). B. LEVY, *Natural Law in Roman Thought*, en "India et documenta historica et iuris", XV, 1-23 (1949).**

⁸⁰ Ciceró, *De Officiis*, III, 17: *ita in Roma el *ius gentium* derivado del XII *Talabrum* *libellus*.*

⁸¹ Ciceró, *Pro A. Cluentio*, Actus, LIII, 146.

está constituido por los principios racionales comunes a todos los pueblos y con validez en las naciones civilizadas⁸². En un sentido jurídico más estricto, comprende las leyes concernientes a todos los hombres que en el mundo romano tenían capacidad jurídica.

Pero en este sentido, la reinterpretación ciceroniana de las nociones tradicionales produjo la transformación del *ius gentium* en contenido de aquellos principios a los cuales respondían todos los pueblos y ciudades periféricas con los cuales Roma mantenía relaciones: es el derecho común de las naciones (como lo advierte a través de un estudio de legislación comparada). Evidentemente el concepto se encontraba muy próximo a la noción de derecho natural: así lo comprendió e identificó en un pasaje al *ius gentium* con la misma naturaleza y, puesto que éste deriva necesariamente de las normas permanentes del derecho, pudo sin violencia considerarlo unido o consustanciado con el mismo derecho natural⁸³.

Influido por las corrientes espirituales helenas y consciente de las implicancias de esta inferencia, Cicerón desarrolló entonces la noción de un derecho natural emanado de la providencia divina y de la esencia social del hombre⁸⁴. Los fundamentos del derecho deben buscarse en la Ley absoluta racional. "Para definir al derecho, nuestro punto de partida será aquella ley suprema que pertenece a todos los siglos y que ya estaba vigente cuando no había ley escrita ni civilis constituida"⁸⁵. El estudio filosófico de lo jurídico no puede limitarse a las normas del

⁸² Cicerón, *De Officiis*, III, 17, 23. Esta amplitud estaba implícita en la etimología de la palabra *gentium* (que comprende a los *reges, civitates y tribus*) para la sola *gens* involucra a pueblos y naciones.

⁸³ Cicerón, *De Officiis*, III, 3, 17, 23. De *inventione rhetorica*, II, XXXIII, 33. Los juristas romanos conciliaron en algunos textos la asimilación: según Gayo el derecho de gentes es *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Por generalización se infirió que sus principios podían coincidir en la realidad. La exactitud, por ejemplo, se contrasta al derecho natural, pero es permitida por el *ius gentium*, ya que todas las naciones lo practican (*Digesto*, I, i, 4. XII, VI, 64).

⁸⁴ La idea de "esencia social" en Cicerón difiere de la de Aristóteles, pero en ella está implícita la intuición helénica de la igualdad de todos los hombres, en tanto que en la fase del Esquisto sobre que "el hombre es por naturaleza un animal político *antibétopos pólitis pólitis* ade zónes, *Política*, I, II (1272a 2-3), la zona se da sobre la condición de ciudadano (político, de pólis). Sobre las ideas jurídicas de Cicerón, cf. E. COSTA, *Cicerone giurista* (1927). G. RAZZI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone* (1936). El humanismo cicerónico tuvo sus bases inmediatas en las corrientes del ecleticismo medio de tendencia estoica (Asipetto, Pasasio, Posidonio, Antiocho). Véase, PH. FREYRIA, *Die drei Grundgedanken des Rechts* (in I. Buche von Ciceron Schrift de Legibus, en "Eranisches Museum" LXXVI, 133-177, 243-262 (1932).

⁸⁵ Cicerón, *De Legibus*, I, VI, 19.

derecho positivo estatal ni a las reglas de la jurisprudencia⁸², sino que debe proyectarse hacia la búsqueda de un derecho superior objetivo, anterior y universal, porque hay que "comprender plenamente que hemos nacido para la justicia y que el derecho no se funda en convenciones, sino en la naturaleza"⁸³. Para comprenderlo debe admitirse previamente la existencia de Dios y que Él "quiso convertir al hombre en razón de ser del universo"⁸⁴, para lo cual le concedió el privilegio incomparable de la razón⁸⁵. El hombre "ha recibido del dios supremo (*supremo deo*) una existencia que lo coloca en un lugar eminente, pues él es el único entre todas las especies y variedades de seres animados que tenga acceso a la razón y a un pensamiento del que carecen las otras"⁸⁶. Este reconocimiento intuitivo permite constituir entre ellos y los dioses una comunidad de seres racionales (*communis deorum et hominum civitas*), que implícitamente, lleva a los hombres a vivir en una sociedad conforme a los dictados de la ley objetiva natural. "Los que recibieron la razón de la naturaleza también recibieron la recta razón y, por ende, la Ley, que no es sino la recta razón en el campo de lo mandado y lo prohibido. Y si recibieron la Ley también recibieron el derecho. Y como la razón se dio a todos, resulta que todos recibieron el derecho"⁸⁷.

Siendo la naturaleza lo primordial u originario⁸⁸, y estando todos los hombres unidos íntimamente, "la naturaleza nos vincula a todos por una misma Ley natural"⁸⁹, pues ella "nos hizo participar del derecho y poseerlo en común"⁹⁰. Esta "Ley es la razón suprema impresa en la naturaleza"⁹¹ y de ella deriva necesariamente que "el derecho tiene su

⁸² Gierón habla con mal disimulado desprecio de los juristas que enseñaban y aplicaban el derecho positivo (*De civitate*, I, IV, 236), aunque afirma que el error debe tener amplios conocimientos de la estructura normativa relativa al sistema social y político estatal (*De civitate*, I, IV, 64. *Bruta*, XCIII, 332. XXXII, 48, 178. LXII, 222).

⁸³ Gierón, *De legibus*, I, X, 28.

⁸⁴ Gierón, *De legibus*, I, IX, 27.

⁸⁵ Gierón, *De natura deorum*, II, 18.

⁸⁶ Gierón, *De legibus*, I, VII, 22.

⁸⁷ El derecho natural o lo natural se entendía antiguamente como la gracia de las cosas o lo primordial objetivo (*Metaphysics*, D, II, 1014b), pero Aristóteles distinguió cuidadosamente entre los dos conceptos de naturales: el físico y el normativo. Por el contrario, Gierón confundió reiteradamente ambos ideas unificándolas (*De legibus*, I, XII, 33. *De finibus bonorum et malorum*, III, v, 3-7). Cf. M. Votaw, *Die Lehre von der naturalis, sequens et honorum und der primus der Römer*, III, 347 et seq. (1876).

⁸⁸ Gierón, *De Officiis*, III, 27.

⁸⁹ Gierón, *De legibus*, I, XII, 33.

⁹⁰ Gierón, *De legibus*, I, VI, 18.

origen en la naturaleza" ⁸⁴. Esta ley absoluta y eterna no es escrita sino consuetudinal con el hombre y, al mismo tiempo, es divina por derivar del pensamiento o providencia de Dios. "La ley no es el producto de la inteligencia humana ni de la voluntad popular, sino de algo eterno que rige el universo por medio de sabios mandatos y sabias prohibiciones. Luego esta Ley, que es a la vez la primera y la última, se identifica con la mente divina en cuanto ésta obra racionalmente... dicha autoridad no es sólo más antigua que los pueblos y ciudades, sino que es contemporánea del Dios que conserva y gobierna el cielo y la tierra. Pues la mente divina no puede estar desprovista de razón, y esta razón divina no puede existir sin esa autoridad para sancionar el bien y el mal" ⁸⁵. Por lo tanto, la Ley Natural es absoluta e intemporal, pues "para llegar a ser Ley no necesitó ser redactada por escrito, sino que fue tal desde su origen... pertenece a todos los siglos y ya estaba vigente cuando no había normas escritas ni estados constituidos" ⁸⁶.

Este derecho o *communis lex naturalis* —transposición de la idea aristotélica de constitución natural (*phúlikon phúlikon*) y del concepto estoico de lo justo, natural (*phúlos díkaios*)— es idéntico en todos los pueblos y obliga a todas las naciones, ya que su validez se desprende de la misma naturaleza ⁸⁷. Como transmutación del *lógos* clásico, es la suprema razón que determina las normas orientadoras de la conducta de todos los hombres en todos los tiempos ⁸⁸. Coincidentemente se mires-

⁸⁴ Cicero, *De inventione rhetorica*, I, II, 33. Cf. *De legibus*, I, XII, 34. I, XIII, 36. *Pro T. Annio Milone*, 10. *De oratore*, I, 1, 165.

⁸⁵ Cicero, *De legibus*, II, IV, 8-10.

⁸⁶ Cicero, *De legibus*, II, IV, VJ, I, VI, 19.

⁸⁷ Séneca, *De beneficiis*, IV, XII, 17. Filón, *De mundi opificio*, 3.

⁸⁸ Cicero, *De legibus*, I, 1, 18. Cicero recogió la tradición aristotélica que habla de un derecho por naturaleza, universalmente obligatorio, de origen desconocido, eterno, imposible de derogar y que no depende de las decisiones humanas, contraponiéndolo al derecho positivo o legal (nomómico) propio de cada pueblo. (Ética Nicomachea, V, VII, 1134b 18-22). Pero en última instancia, la extrapolación aristotélica llega a la relatividad de la idea de derecho. En su oposición de las causas de la transformación de los sistemas democráticos y oligárquicos, habla de una justicia de cada ciudad conforme al régimen de la misma. Si el derecho (*to díkaios*) no es sino uno en el espíritu de cada pueblo, es necesario que existan variedades de justicia. (Política, IV, III, 1290a 36. Cf. I, III, 1273a. Ética Nicomachea, V, VII, 1134b 24-25. 1135a 1-13. Rhetorica, I, XIII, 1370a 2. I, X, 1360a. I, XV, 1376a). En realidad, el derecho natural concuerda su fundamentación en la dualidad platónica entre un mundo de las ciencias arquetípicas *eídas*, *eídas* y el mundo sensible (como la crítica aristotélica, que parece coincidir en la de Epicuro, *Metaphysica* A. 990a 13. M 1075a Platón trató problemáticamente la dicotomía de la doctrina dualista maniqueísta, que recibió a través de Eudemo (Platón, *Manuelo Hierocles*, XXX, 3. Diógenes Laercio, *Vitas philosophorum*, I, prólogo, 3-6. Platón, *De laide et Gorgias*, 370a). Cf. W. JANNON, *Archivion*, 134-164 (1946). S. FERNANDEZ, *Le dualisme chez Platon, les gnostiques et les mané-*

tra universal porque es el mismo en todas las regiones: como el derecho surge como consecuencia de la naturaleza divina y humana y ésta, aunque múltiple en sus partes, es una en cuanto a su esencia íntima, la ley debe ser igualmente única¹⁹¹. "La Ley verdadera es la recta razón acorde con la naturaleza, válida para todos los hombres: es de aplicación universal y eterna... No es diferente en Roma y en Atenas, una hora y otra después, sino que es constante, eterna e inmutable (*convanare, sempiterna, invariabilis*), válida para todos los pueblos y para todos los tiempos"¹⁹². Al mismo tiempo aparece como imperativa porque sus preceptos surgen legislados espontáneamente de "una razón derivada de la naturaleza de las cosas"¹⁹³.

Pero la comprensión del concepto —como que implica lo primordial genético del universo— tiene una gradación plural de significados. Existe un derecho natural generalísimo aplicado al orden de todos los seres de la creación, pero puede interpretarse también como que es el común a todos los seres animados (*convanare ius animalium*)¹⁹⁴ o el que es propio de los seres humanos: *convanare ius generis humani*¹⁹⁵. Dentro de esta última concepción debe ser igualmente ecuménico y constante (aplicable a todas las personas) y, por ello, constituye la norma suprema del estado mundial. Este —tal como lo concibieron Alejandro, César y Augusto— está integrado por todas las naciones y tiene una "constitución" que impone obligaciones y acuerda los derechos de cada uno de sus integrantes. He aquí la fundamentación del derecho universal o *lex naturalis* como constitución sustancial no escrita de la sociedad universalista¹⁹⁶. "El hombre tiene un lazo social con Dios en la común

ciencia (1947). H. KELSEN, *Platos and the Naturalists*, en "Zeitschrift für Ethisches Recht", 143 (1937). La dualidad fue continuada por el positivismo antiguo Quintiliano distinguió entre el *iustum natura* (justo natural) y el *iustum constitutum* (justo convencional). Véase, *De institutione oratoria*, VII, IV, 3. XII, II, 3.

¹⁹¹ *J. Crisóstomo*, XII, 12. Cf. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, 1^a 2^a, quest. 94, art. 2.

¹⁹² *Cicerón*, *De re publica*, III, 17, en *Lecturas, Instituciones Divinas*, VI, VIII, 7. Cf. *Cicerón*, *De inventionibus rhetoricae*, I, II, 22.

¹⁹³ *Cicerón*, *De legibus*, II, IV, 10.

¹⁹⁴ Esta extensión de la idea de derecho a las relaciones animales fue considerada concretamente por algunos autores antiguos (*Plutarco*, *De rebus animalibus*, 1-7. *Posidonio*, *De abstinencia ab rebus animalibus*, III, 1. 10-12), aunque había sido descartaada anticipadamente por Aristóteles. "(Los hombres) en oposición con los demás animales... tienen razón... de lo justo y lo injusto" (*Política*, I, 1. 1233a).

¹⁹⁵ *Sócrates*, *De democracia*, I, 1. 18. *De democracia*, I, 1. 19. *Naturalium Quaesitionum*, I, III, 16.

¹⁹⁶ Véase, *Cicerón*, *De legibus*, I, V, 14. I, V, 17.

posesión de la razón, visto que nada hay superior a ella y que la más alta de las facultades se da igualmente en ambos. Pero quienes tienen en común la razón, poseen igualmente en común la recta razón (cf. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, I, *lib.*, 1102b 25), y, puesto que ésta no es sino otro nombre por Ley, debe considerárense asociados a los dioses bajo el lazo de la Ley. Mas quienes comparten una misma ley, viven bajo un mismo derecho, y esto implica que son miembros de la misma comunidad" ¹⁰⁷. Siendo el mundo único existe entonces una norma común a todas sus partes por encima de las leyes "provinciales" de cada una de ellas. "Puesto que cada ciudad bien gobernada tiene una constitución, necesariamente debe el cosmopolita valerse de la constitución válida universalmente. Esta es la recta razón de la naturaleza que, con nombres más apropiado, se llama ley, siendo derivada de Dios, de acuerdo a la cual se hallan distribuidas a todos las conveniencias y los deberes" ¹⁰⁸.

Sin embargo el epicureísmo y los componentes de la Nueva Academia atacan agresivamente contra el dogmatismo humanista la constante mutación y metamorfosis de las ideologías ¹⁰⁹ y los hombres se dejaban "imprimir por la variedad de las opiniones y las contradicciones" en las ideas ¹¹⁰. Cicerón afirmó entonces que no debe deducirse de ese pluralismo un argumento para invalidar la existencia del derecho natural: ello ocurre como consecuencia de que nuestras mentes son deformadas por los educadores y los sentidos. En realidad, sin esas interferencias extrínsecas, los espíritus se conformarían unánimemente con los dictados de la norma natural ¹¹¹ y, por otra parte, sus principios esenciales se encuentran consagrados variablemente en las legislaciones positivas ¹¹². Pero aun reconociendo este hecho, el derecho no puede definirse por las leyes particulares de los pueblos, por justas o injustas que ellas sean, pues de ocurrir así la ley natural sería consustancial con la positiva y la objetividad de la norma suprema se esfumaría ¹¹³. "En cuanto a las leyes que en formas y oportunidades diversas se impusieron las naciones, llevan ese título mas bien por concesión que por naturaleza" ¹¹⁴.

¹⁰⁷ Cicerón, *De legibus*, I, VII, 23.

¹⁰⁸ *Ibid.*, *De mundi ordine*, 143.

¹⁰⁹ Cicerón, *De re publica*, III, 17-18.

¹¹⁰ Cicerón, *De legibus*, I, XVII, 57.

¹¹¹ Cicerón, *De legibus*, I, X, 29.

¹¹² Cicerón, *De inventione rhetorica*, II, XIII, 53.

¹¹³ Cicerón, *De legibus*, I, XV, 43.

¹¹⁴ Cicerón, *De legibus*, II, V, 11.

De todas maneras, para probar su inmutabilidad —en vista del hecho empírico de su discontinuidad legislativa— era necesario remarcar vigorosamente su íntima relación con el Ser Inmutable por esencia. La existencia de éste surge demostrada del consentimiento universal, pues hasta los pueblos más incultos creen en los dioses¹¹⁶. Cicerón, continuado al estoicismo, asimiló Dios al Orden Universal racional, señalando su carácter impersonal e inseparable de la "razón inherente a la naturaleza"¹¹⁷ y su identificación con "el alma del mundo" y la "inteligencia perfectamente sabia"¹¹⁷. "Luego no hay nada tan conforme al derecho y al orden de la naturaleza —expresiones sinónimas de Ley que un poder sin el cual no pueden subsistir casa, ciudad o nación alguna, ni tampoco la humanidad, la naturaleza o el mismo universo. Porque el cosmos obedece a Dios, los mares y las tierras obedecen al cosmos y la vida humana obedece las órdenes de la Suprema Ley"¹¹⁸.

Esta graduación jerárquica normativa-causal implica "que la mente divina no puede estar desprovista de razón y la razón divina no puede existir sin la autoridad para sancionar el bien y el mal... Pues existe una razón derivada de la naturaleza de las cosas, incitando al bien y apartando del mal que, para llegar a ser ley, no necesitó ser escrita sino que fue tal desde su origen. Y su origen es tan antiguo como la mente divina"¹¹⁹. Por eso, "la ley verdadera y esencial, la que manda y prohíbe legítimamente, es la recta razón del Sumo Júpiter" (120). Y esto es

¹¹⁶ Cicerón, *Tusculanarum Disputationum*, I, 30.

¹¹⁷ Cicerón, *De Legibus*, I, V, 16.

¹¹⁷ Cicerón, *Academicae Quaestiones posteriores*, I, 29.

¹¹⁸ Cicerón, *De Legibus*, III, I, 3. Para el estoicismo son términos equivalentes Necesidad, Ley divina o natural, Dios y Razón (Zeaide, en Lozano, *De vera sapientia et religione*, 9).

¹¹⁹ Ello porque, así como existe una ley natural "dico es la cosa razón que penetra en todas partes" (Zeaide, en Diógenes Laercio, *Vitas philosophorum*, VII, 88. Cf. Ariano, *Diversiones Epistolares*, I, VII, 2). Vide, *Stoicismum veterum fragmenta*, collecti H. VOIS ARNEA, I, 173 (1903). En, pues, inescapa la afirmación de algunos autores que reflejan la noción de ley natural referida a la providencia divina como renovación de la teología cristiana. Cf. J. P. MAYER, *Tractatus del pensamiento político*, 69 (1941). J. MARIAS, *Historia de la filosofía*, 91-93 (1937). El cristianismo primitivo continuó la especulación helénica y adoptó sus definiciones. *De naturali et communis omnium natura* ISIDORO, *Etymologiarum*, I, IV, 4). Sobre la doctrina del derecho natural en el cristianismo primitivo y la iglesia, cf. C. KURLMANN, *Theologia naturalis bei Paulus* (1930). *Philosophie paucis*, I. J. P. STREPP, *Das natürliche im Rahmen einer religionsphilosophischen Weltanschauung* (1932). O. SCHILLING, *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche* (1914). PH. DELMAYE, *Fermeurs de droit naturel* (1960).

¹²⁰ Cicerón, *De Legibus*, II, IV, 10.

así porque en definitiva, los hombres deben entender que "siendo miembros de una misma familia, están sujetos a una sola autoridad tutelar"¹²¹.

Siendo igualmente un *ius omni generi humano commune*, este derecho puede ser conocido intuitiva o racionalmente por todos los hombres sin distinción de categorías sociales¹²² y se encuentra por encima de sus particulares declaraciones¹²³. Por ello, es la ley natural quien crea entre los hombres lazos de verdadera fraternidad, la que les ordena servirse mutuamente¹²⁴ y quien los hace iguales en su estructura intelectual. "Ello es evidente si consideramos la sociedad y unión de los hombres. Pues nada es tan similar y semejante a otra cosa como cada uno de nosotros a los demás"¹²⁵. De esta manera, el derecho natural es concebido como superior a las legislaciones estatales meramente lugareñas de acuerdo con la estructura racional del universo: las leyes elaboradas en violación de sus principios son absolutamente nulas y no obligan a los individuos. "No es lícito tratar de alterar esta ley, no es permitido tratar de abrogarla parcialmente y es absolutamente imposible anularla en su totalidad. No pidamos ser exentos de su cumplimiento ni por el pueblo ni por el senado"¹²⁶.

Siendo entonces la Ley "una distinción entre lo justo y lo injusto"¹²⁷ resulta evidente que el derecho absoluto se identifica con la ética y que ésta tiene un fundamento metafísico¹²⁸. La misma etimología de

¹²¹ Cicerón, *De re publica*, III, 17.

¹²² Cicerón, *De Officiis*, III, 23. Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, V, xxx, 1. Ulpiano en *Digesto*, III, II, 13. La palabra *ius* tiene un origen con Zenón y Jovino. (H. GROEN, *De iure belli ac pacis*, proleg., 12), se dice posse una concepción religiosa. Cf. PAULY WISSOWA, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, art. *ius*, t. XIX (1917). Sobre las relaciones entre el *ius* y el *fas*, vide, P. G. GOMARONI, *Fas e ius, Cosmici ed etimologici*, en "Atti della Real Accademia d'Italia", serie VII, tomo III, 499-511 (1943).

¹²³ Cicerón, en Luciano, *Institutiones Divinae*, V, viii, 16.

¹²⁴ Florino, *Senecae*, II, iii, 13. IV, iii, 13.

¹²⁵ Cicerón, *De legibus*, I, xii, 35.

¹²⁶ Cicerón, *De divo iure, ad pontifices*, 23.

¹²⁷ Cicerón, *De legibus*, I, x, 29.

¹²⁸ Cicerón, *De re publica*, III, 17. Cf. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, V, II, 1137b 17-32.

¹²⁹ Cicerón, *De legibus*, II, v, 13. Seneca, *De beneficiis*, IV, ii, 1.

¹³⁰ Cf. M. VILLEY, *Sur l'antique inclusion du droit dans le moralis*, en "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", 147 et seq. (1937).

la palabra ley "deriva su nombre griego de la idea de dar a cada uno lo suyo"¹²¹. Derecho y moral no son, pues, sino caras de una misma bifronte realidad, desde que la "justicia codena respetar a todos, y aconseja al género humano dar a cada uno lo suyo"¹²². Este derecho —la recta razón emanada del número de los dioses, que manda lo honroso y prohíbe lo contrario¹²³— se convierte, así, en medida de la justicia de las leyes políticas y de las acciones morales colectivas e individuales y debe ser entendido en el sentido primario de lo justo natural. "La Ley conduce los actos humanos y divinos... es patrón de lo justo y lo injusto"¹²⁴. Evidentemente, "para distinguir la ley buena de la mala, no podemos recurrir a otra norma que la naturaleza; es ella la que permite discriminar no solo entre el derecho y la justicia, sino aún entre lo honroso y lo deshonroso en general"¹²⁵. En este sentido, la virtud "no es sino la naturaleza acabada y llevada a su más alto punto de perfección"¹²⁶ como consecuencia del desenvolvimiento del hombre dentro de los mandatos de la norma natural¹²⁷, pues "no hay individuo, cualquiera sea el pueblo a que pertenezca, que no pueda abrazar la virtud bajo la dirección de la naturaleza"¹²⁸. Ello implica, en última instancia, que todas las virtudes se resumen en la práctica consciente y reiterada de la justicia, ya que "esta virtud sola es, pues, señora y reina de todas las virtudes... es la madre y nodriza de las demás virtudes"¹²⁹.

¹²¹ Cicero, *De legibus*, I, vi, 19.

¹²² Cicero, *De re publica*, III, 9. Cf. *De natura deorum*, III, 11. *De finibus bonorum et malorum*, V, xxiii, 83. *De officiis*, I, v, 13, I, xvi, 42. *De senectute*, I, 33. Narrativamente se advierte en esas páginas la influencia de la anterior concepción helena. Placón decía que la justicia es condición del alma humana porque es natural en sentido de primera (*Política*, IV, 644a), siendo expresión de la misma inherente a la naturaleza misma. Es innata en el hombre y resulta superior las leyes escritas cuando cada individuo logra alcanzarla (*Política*, IV, 425d-e). "Es, pues, la justicia una virtud por medio de la cual cada uno da lo suyo" (*Aristóteles*, *Rhetórica*, I, II, 1366b). Las ideas griegas y ciceronianas tuvieron recepción en el derecho romano clásico. *Justitia est conditio et perpetua estimatio per quam cuique tribuatur* (Ulpiano, en *Digesto*, I, 1, 10). Cf. P. GRUBISCH, *Le droit international de Plérome*, 342 (1933).

¹²³ Cicero, *Philippicas*, 2.

¹²⁴ Crispo, *De lege*, pref. El concepto de "justicia de Dios" es específico: *causa analitica* (cf. *Dontostoyevski*, XXX, 4. *Romanos*, I, 17, II, 2, 6. III, 21-26). II, 2, 6. III, 21-26).

¹²⁵ Cicero, *De legibus*, I, xvi, 44.

¹²⁶ Cicero, *De legibus*, I, viii, 23.

¹²⁷ Cicero, *Tarquiniorum disputationes*, V, 39.

¹²⁸ Cicero, *De legibus*, I, x, 39.

¹²⁹ Cicero, *De officiis*, III, 6. Lucano, en Juan Barcha, *Novisignus*, IX, 14. No obstante la valoración del ideal de justicia, según el mundo griego o latino no pudo dejar el abogado *ius justitiae, praece mandata*, que parece emanar de la con-

De allí que lo "justo es por naturaleza y no por convención"¹⁴⁹ y, como la regla de justicia deriva de la naturaleza y del mismo dios, el derecho natural debe ser obedecido por encima de los mandatos del positivo. "No puede encontrarse para la justicia otro fundamento que Zeus o la naturaleza en general"¹⁵⁰ porque "existe un solo derecho, aquel que constituye el vínculo de la sociedad humana, que nace de una sola ley, y esta ley es la recta razón en cuanto ordena o prohíbe. Quien la ignore es injusto, esté o no escrita en algún lado. Si la justicia consiste en obedecer a las leyes escritas y en conformarse con las instituciones de los pueblos... entonces quien quiera, lo crea provechoso, tratará si puede de desconocer y violar las normas de las leyes. De allí deriva que la justicia no existe en absoluto si no deriva de la naturaleza"¹⁵¹.

Entonces, vivir en consecuencia con la naturaleza es seguir la ley racional del mundo y cumplir los preceptos del derecho absoluto y objetivo por excelencia¹⁵². La naturaleza se identifica con la razón; ambos constituyen dos aspectos distintos pero íntimamente relacionados de un mismo espíritu: vivir de acuerdo con la naturaleza¹⁵³ es obedecer a la ley del mundo (derecho natural). "Hemos nacido para la asociación y la natural comunidad... pues si así no fuera, no habría leyes para la justicia y la bondad... y como tal es la naturaleza del hombre, existe entre él y el género humano una especie de derecho social: quien lo cumpla será justo e injusto quien lo infrinja"¹⁵⁴.

ciencia alienada de las regiones paleontológicas (vide Tafelm., "Synhedion", Gk. Yebamot, 92a). En una obra judío-cristiana se expresa el deseo de "que sobrevenga la gracia y peramos el mundo" (*Dialoq.*, X, 4).

¹⁴⁹ Cícero, en *Diogenes Laertius, Vita philosophorum*, VII, 128.

¹⁵⁰ Cícero, en *Stoicorum veterum fragmenta, collegit H. von Arnim*, III, 142 (1903).

¹⁵¹ Cícero, *De legibus*, I, XV, 42.

¹⁵² Zoroá, en *Stoicorum veterum fragmenta, collegit H. von Arnim*, III, 12 (1903). Clazoni, en *Stoicorum veterum fragmenta, collegit H. von Arnim*, I, 179, 352, 354 (1903).

¹⁵³ Cf. Fr. URSINUS, *Grundriss der Geschichte der Philosophie*. I. K. Paenit., "Die Philosophie des Altertums", 300 et seqq. (1903).

¹⁵⁴ Cícero, *De finibus bonorum et malorum*, III, XX, 63-67.

TEXTOS

ABUSO DEL DERECHO:

Nota al art. 411 del Anteproyecto de Biblión. (Sección 4, Título 1º "Del ejercicio y defensa de los derechos".)

Art. 411. — Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a terceros.

Arts. 1071 y 2514, C. Civil.

Bajo la palabra derechos, un uso muy extendido incluye indebidamente dos categorías de facultades esencialmente distintas. Unas se refieren a los atributos de la persona como sujeto de derecho. Constituyen su manera de ser, su capacidad. Otras, son verdaderos poderes, que extienden su acción sobre cosas determinadas y sobre personas dadas. Son los derechos reales, y los de crédito, que constituyen el patrimonio. De las relaciones de familia resultan derechos de otra especie, pero que siempre son relaciones de persona dada a persona también determinada. No deben, pues, envolverse en una misma designación todas las facultades. Las que constituyen la capacidad, son comunes a todos. Los derechos sólo existen en relación de quien, por efecto de hechos precisos, ha obtenido un poder sobre personas o cosas determinadas, y que sólo a él competen. (V. Savigny, Droit Romain, tomo 1º, 53).

Es la función de la ley definirlos, establecer su naturaleza, sus límites. Consulta el derecho individual y las exigencias sociales. Asegura su ejercicio en cuanto se ajusta a sus preceptos, y, dentro de os límites que establece, el poder del individuo se mueve libremente. El que los usa, usa de lo suyo. A nadie perjudica. Todos deben respetar el derecho ajeno, aunque lastime su interés, o sus conveniencias. Es eso lo que dispone el art. 1071, C. Civil.

Algunos escritores expresan la regla, pero la someten a una condición: la de no herir el derecho ajeno. (Laurent, 6, Note. 135 y siguientes: 20, Nº 408). Hay en ello una confusión que conviene deslindar. Nuestro artículo proyectado entiende sólo determinar lo que el ejercicio del derecho envuelve. Cuando otro derecho se le opone, se

trata de lo que se llama colisión de derechos, es decir, del ejercicio de dos derechos antagónicos. Decidir cuál predominará y si predominará, o si, al contrario, cederá delante de uno preferente, o, por último, si concurrirán entre sí, es materia regida por otras disposiciones, y cuando se expresa el principio a que Laurent adhiere, pero que cree deber limitar, no se entiende reglar la colisión de derechos, sino el uso de uno particularmente considerado. Y esa limitación es equivocada, porque el derecho puede ser ejercido aún contra el derecho de otro, si por ley le corresponde la preferencia. Si dos personas compran la misma cosa, y una la recibe por tradición, su derecho se ejerce aún contra el derecho del otro acreedor. El hipotecario usa del suyo contra el propietario adquirente del inmueble, etc., En su generalidad, la limitación de Laurent es notoriamente inexacta.

La colisión de derechos no se presta al establecimiento de un principio general. La existencia de un Registro de inmuebles como se proyectará, ya determina reglas particulares para la preferencia de unos derechos sobre otros, que depende de la inscripción. Los derechos personales ceden, ordinariamente, delante de los reales, pero no siempre. En unos derechos determina la prioridad, su clase. En otros, su fecha. En los de más allá, se ejercen por concurrencia. Hay tantas reglas distintas que no puede tratarse de esa materia en la parte general del Código. V. Unger, System, I, 69 y 70. Motive, I, pág. 275.

Pero, aún limitada la disposición que se proyecta al uso del derecho mismo, y prescindiendo de su colisión con otros, es secular la divergencia de opiniones sobre la existencia de límites a ese uso. Se discute sobre el abuso del derecho. Y los códigos recientes contienen decisiones que debemos considerar.

En el derecho romano existían tres disposiciones que prohibían en casos particulares el uso de un derecho. Los intérpretes se dividieron respecto de su alcance. Unos creyeron que eran excepciones. Otros que podía deducirse de ellas una regla, y se consideró que había una exceptio deli generalis, que parece sin embargo, difícil de conciliar con el principio del Digesto: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*.

Sea de ello lo que fuere, el C. Prusiano, admitió el principio, para el caso de uso determinado por el propósito de perjudicar a tercero. (V. Dernburg, Preussischen Privatrechts, I, 35).

Los escritores modernos de más autoridad, se pronunciaron. Unger, por ejemplo, (System, I, 68), en contra. Windscheid (Pandectas, I, 121, texto, y nota 3), a favor. De él se ha tomado a la letra el 226 del C. Alemán: "Es inadmisble el uso de un derecho cuando sólo puede tener por objeto causar daño a tercero". Poco después, el art. 29, C. Suizo, establecía, que "El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley".

¿Qué es abuso?, ¿dónde empieza?, ¿cuándo es manifiesto? No lo dice el código. Lo resolverá el juez. Y, al mismo tiempo, en la literatura francesa, de las revistas especialmente, se manifestaba con vehemencia una opinión, para la cual el del Código Alemán con su circunspecta precisión, no significaba sino un principio deceptivo. Hay abuso de derecho, según ella, cuando, diga lo que diga la ley, el derecho es usado contra los fines sociales y económicos de ese derecho. Lo que son fines económicos y sociales de la ley, o del derecho individual, no se explica. Las palabras quedan sin precisión. La fórmula verbal se entrega al libre arbitrio del juez.

Ha de notarse que el 226 C. Alemán desautoriza de la manera más categórica, tanto al C. Suizo, como a los sostenedores de la última opinión expuesta. No se trata, según él, de prescindir de la ley. Hay que respetarla. Si un interés cualquiera existe en el titular, el juez queda atado. Sólo cuando no quede como posible sino el derecho de causar daño a tercero, hay abuso del derecho. Todo otro uso —aunque sea duro, excesivo, mezquino—, es legítimo. Los fines sociales y económicos no los define el juez: los determina la ley.

"Ilícito es solamente ejercitar un derecho con el objeto exclusivo de perjudicar por tal modo a un tercero", decía Windscheid (Pandectas, I, 121). Y agregaba en la nota: "Con el objeto exclusivo (con letra mayúscula) de perjudicar a otro. Con esto va presupuesto que el titular no tenga otro interés de cualquier categoría que sea para usar de su derecho."

Pues bien. Esa fórmula, tan prudente, tan estricta, ha sido adoptada en el C. Alemán, contra la opinión constante de sus autores. Propuesta en la primera comisión de que formaba parte Windscheid, fue desestimada, no obstante su alta autoridad, en virtud de muy graves consideraciones. (Motive, I, pág. 274).

En la segunda comisión revisora, fueron propuestas distintas fórmulas sobre el abuso del derecho, y todas fueron rechazadas por dos veces, como regla general y como principio relativo a los actos ilícitos. (V. Protokolle, I, pág. 238 y II, pág. 576).

En el Consejo de los estados federales, fue introducida como regla particular para el derecho de propiedad. En el Reichstag, un partido político la propuso como principio general, y, no obstante las graves objeciones que se le opusieron y no se discutieron fue sancionada "por mínima mayoría", dice la relación oficial. (Bericht der Reichstags Kommission, pág. 50).

Lo que piensan los juristas más calificados, del artículo convertido en ley, puede verse en la crítica viva de Planck, que formó parte de todas las comisiones (tomo I, sobre el 226). V. también: Kahlenbeck, Von den Pandekten, I, pág. 531; Erdmann, Lehrbuch, I,

84 a, texto y nota 4. En su defensa, todo lo que dice Enneccerus, es: "Está tan provisoriamente redactado que no podían producirse los inconvenientes profetizados con demasiada ansiedad, lo que la experiencia ha confirmado. Antes bien, ha obrado ventajosamente en algunos casos". (Lehrbuch, I, 220, nota 4. Enneccerus era de la comisión del Reichstag).

Las leyes civiles tienen por misión precisar las condiciones en que los derechos, nacen, se transmiten y se extinguen, y los códigos contienen las disposiciones que encierran con una casuística pesada, y muchas veces excesiva, todo cuanto se refiere a su extensión y efectos.

Si se trata de su nacimiento, los actos jurídicos son analizados, sometidos a toda clase de exigencias, de forma, de capacidad, de validez. Su objeto debe ser lícito, no contrario a las leyes, al orden público, a las buenas costumbres. Y todo esto, en consideración a los fines sociales, económicos, morales, de los actos, y que interesan a los individuos y a la comunidad. ¿Se trata de contratos? ¿Deben ser interpretados y ejecutados de buena fe. Son permitidos unos, prescriptos otros. Los muebles son susceptibles de tales pactos, otros son prohibidos; y lo mismo sucede con los inmuebles. ¿Se trata de condiciones? La ley se encarga de decir las que permite, y las que no permite. Y así en todos los efectos de las relaciones jurídicas, de los bienes, de la familia. Pasarlos en revista, sería citar el código entero.

Cuando por consiguiente, un derecho ha pasado por todo este tamiz, cuando se dice que existe regido por tales condiciones, ¿qué se ha dicho? Se ha dicho que, todo bien pensado, pesadas las circunstancias, consideradas la naturaleza de un derecho, las necesidades que por su medio se satisfacen, el interés económico, el público del Estado, los factores sociales, todo, todo cuanto importa considerar, se reconoce a una persona el poder de obrar, dentro de los límites asignados.

Es esto lo que significa vivir en un Estado regido por leyes. El derecho no es, entonces, arbitrario. Se conoce de antemano. Pueden ajustarse a él las acciones. Será amparado por la ley. Los jueces la harán efectiva.

¿Y esto va a desaparecer, so pretexto de que el uso, en presencia de las circunstancias, no debe ser protegido porque es contrario a los fines sociales del derecho? Pero, y entonces, ¿por qué la ley dijo que el que sigue sus prescripciones sería amparado por él?

Las leyes dependen en su existencia misma de un criterio de aplicación, se dice. ¿Cuál es? Nadie lo explica. Es imposible prever las condiciones en que un hecho se desarrolla, se pretende. Y porque es imposible, se entrega todo, ley, derechos, fortuna, honor, a la vaga incertidumbre de las palabras vacías. ¿Derecho? No hay derecho. ¿Ley? No es obligatoria. Lo único que hay es el arbitrio judicial. De su opinión resultará cuál es el verdadero significado social y económico

de la ley. Y eso que la ley no ha acertado a definir, eso lo encontrará el juez, con la ley, sin ley y contra ley. ¡Cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico! ¡Lo que no saben los escritores, puesto que sólo le dan fórmulas generales, lo que no sabe tampoco la ley, eso lo sabrá el juez!

¡Y qué magnífica oportunidad se da al deudor deshonesto, al que espere arrancar por un litigio, al propietario vecino, al coheredero, una concesión injusta! Con argumentar que se usa de un derecho, de acuerdo con la ley, es cierto, pero contra sus fines sociales y económicos, que sólo se quiere perjudicarle y nada más, basta. El litigio se desarrollará para explicar al juez, porque se ha obrado de un modo o de otro, y qué razones se han tenido para hacer lo que la ley dijo que se podía hacer sin consultar a nadie. ¿Recibís una propuesta para un contrato? ¿Y no la habéis aceptado? Abuso del derecho, dirá un escritor de revista, ¿y por qué no lo dirá como él, un juez? Os piden el consentimiento para que vuestra hija contraiga matrimonio. No basta que la ley autorice al juez francés a proceder de cierta manera. No. Un tribunal dirá, con el aplauso de los sostenedores de cierta teoría de que el Juez no está obligado a aplicar la ley, y puede sobreponerse a ella, dirá, repetimos, como un tribunal lo ha dicho, que hay abusos de derecho, en el padre, en no consentir en el matrimonio que antes pareció aprobar.

Una sociedad moderna no puede regirse con semejantes doctrinas. La ley estable, conocida de antemano, que permite ajustar los actos a sus disposiciones, no puede ser derogada por el arbitrio personal del juez. Es su intérprete, no su dueño. Y los hombres de bien no pueden ser sacrificados entregándolos a la deshonestidad de los deudores sin escrúpulos, y a los litigantes temerarios, porque, en algún caso, se abuse de una situación. Ninguna institución humana, ninguna organización constitucional, ninguna fórmula jurídica, escapan a la posibilidad de no responder a sus fines sociales. El voto es criticable en sus resultados. ¿Habrá que retirarlo a los ciudadanos? El poder atribuido a las altas magistraturas del Estado, puede ser estéril, o mal ejercido, ¿habrá por eso que destruir la constitución? La cosa juzgada importa, a veces, un error, ¿habrá que suprimir el Poder Judicial?

En el fondo de todas estas teorías, no hay más un concepto viciado de lo que es la función de la ley, y una caracterizada sublevarción contra su imperio. Por eso es que las comisiones alemanas, se oponían a la introducción de la fórmula tan restringida, tan ponderada, del art. 226. Por eso en el Reichstag, se objetaba, que no habría deudor que no se apoyaría en él para descomparar a su acreedor, y forzarle a una transacción.

Y Dernburg, que, en sus Pandectas, había adherido al concepto de Windscheid, en su prólogo a la tercera edición de su Tratado de

Derecho Civil, nos dice: "Se exige impetuosamente la emancipación del juez de las normas legales, cuando y hasta donde parezcan no corresponder a las relaciones, especialmente a las necesidades económicas; y en consideración a imperiosos motivos de equidad, debe la flexibilidad de las reglas legales ceder a la jurisprudencia de los Tribunales; el objeto debe ser una ciencia libre de derecho que esté, no solamente a igual nivel que la ley, sino que tenga la supremacía sobre ella.

"Tales esfuerzos revolucionarios, han llamado en tiempo reciente, a las primeras autoridades de la ciencia jurídica alemana, a las trincheras, especialmente a Bülow, en el "Recht" y a Unger¹ en la "Deutscher Juristenzeitung", y les han obligado a serias prevenciones. La ley, advierten, tiene fuerza obligatoria incondicional; le ahí que es sagrada obligación del juez, no pasar de una línea por sobre las disposiciones legales, o quedar detrás de ellas. En el dominio jurídico, no existe fuerza alguna que subordine el poder legislativo del Estado, o que, siquiera, le sea igual. Ninguna autoridad puede, empero, ser más asistemáticamente obligada a puntual obediencia a los mandatos de la ley que la Justicia, que el Estado ha instituido para la custodia y ejecución de ella. Un juez, que, como lo aconsejan las teorías nuevamente imaginadas, se atreve a cambiar o doblegar la ley, en ventaja o perjuicio de una parte, en virtud de una supuesta equidad, y adaptación de ella al caso, comete una injusticia que para el estado jurídico no debe ser menos daños que una intencional en favorecer o perjudicar a una parte por la deliberada violación de la ley".

"Adhiere completamente, a estos pensamientos, concluyó Dernburg. Resultan con evidencia de la Constitución del Estado, y de la organización de la justicia de Alemania".

No es extraño, entonces, que la conciencia jurídica se haya alarmado en otros países. En 1905, nombró el gobierno francés una comisión para proyectar la reforma del Código Napoleón. En una de las subcomisiones en que se dividió, se propuso introducir al frente del Código, una regla sobre el abuso del derecho. Saleilles, fue encargado de informar sobre ella, y presentó sus conclusiones que corren en el Bulletin de la société d'études législatives, 1905.

El silencio más completo reina desde entonces en este asunto. No se ha vuelto a hablar de él hasta el presente año, no obstante haberse examinado muchas otras cuestiones.

Y tan elocuente como ese silencio, es el que sobre el mismo punto observa el anteproyecto de 1925, de la comisión franco-italiana para el C. de las Obligaciones. No obstante tomar del C. Alemán para su capítulo de los actos ilícitos varios artículos, y alguno del mismo título

¹ Unger era presidente de la Suprema Corte Imperial de Austria.

que contiene el 226, se ha guardado de reproducirlo o de reglar en alguna forma el abuso del derecho.

Es el juicio de una comisión en que están los mejores juriconsultos de dos grandes naciones ².

La vieja experiencia de Demolombe, no lo engañaba, y sorprende encontrar en las comisiones alemanas redactoras del Código, el eco de sus desconfianzas. No entrara en esa vía, del abuso del derecho, decía: las consecuencias del principio una vez establecido, ¡arrastran! Demolombe, 12, Nos. 646 a 650.

"Toda restricción preventiva —repetía el doctor Vélez Sarsfield en la nota al art. 2513— tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad estaría perdida". (Nota tomada de Demolombe, 9, Nº 545). Y lo mismo V. Ihering, (Euvres choisies, II, pag. 238).

Puede verse en el sentido del artículo, además de las citas anteriores: Buziole, Propriété et contrat, pág. 307; Planiol, 29, Nº 870 y sigs.; Fadda y Bensa, nota al 121 de Windscheid, I, pág. 1168. Crome, System des Deutschen B. Rechts, I, 121, dice: "El principio, como regla general, encontró oposición en el derecho anterior, sólo porque se temió abrir de par en par la puerta a la inseguridad de los derechos. Por la redacción del 226 este peligro ha sido evitado en lo posible. No basta el perjuicio causado a otro por el uso del derecho, tampoco basta que ese otro (subjetivamente) padezca, o hasta deba, ver en el uso una chicana. La chicana debe aparecer de la cosa misma (para cualquier juicio), en cuanto el uso del derecho no pueda tener, en el caso, ningún otro objeto sino el de causar daño".

LEY Nº 16.455

ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS RURALES.

El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1º — La prórroga de los contratos de arrendamiento y de aparcerías de predios rurales dispuestas por el artículo 9º de la ley 14.451 hasta el 31 de diciembre de 1964 o el 31 de mayo de 1965, según los casos en él previstos, comprende a los arrendatarios y aparceros que optaron por la compra de los predios durante la vigencia de los decretos leyes 2.187/57 y 9.991/57, aunque no hayan reiterado la opción de acuerdo con las disposiciones de dicha ley 14.451, y así mis-

² De ella forma parte Capitant que no obstante ser partidario de la teoría, no ha podido hacerla seguir.

mo a quienes lo hicieran dentro de los 60 días de la promulgación de la presente.

Art. 29 — Sin perjuicio de otros medios de prueba de los admitidos por las leyes procesales, la copia simple entregada al remitente del telegrama colacionado en virtud del cual el arrendatario o aparcerio haya optado por la compra del predio, en cualquiera de los casos indicados en el artículo anterior, será prueba suficiente de haber formulado la opción, salvo que sea argüida su falsedad, cuya prueba corresponderá a quien la alegue.

Art. 30 — Los juicios de desalojo sin sentencia firme a la fecha de vigencia de la presente ley, fundados en el vencimiento de las prórrogas legales por no haber optado el arrendatario o aparcerio por la compra del predio de acuerdo a la ley 14.451, pero en los que se acredite haberlo hecho de acuerdo a las disposiciones de los decretos leyes 2.187/57 y 9.991/57 o de la presente ley, serán declarados concluidos por los jueces por extinción de la acción.

Art. 40 — Las disposiciones de la presente ley son de orden público, debiendo ser aplicadas de oficio y entrarán a regir inmediatamente después de su promulgación.

Art. 50 — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

ARTURO MOR ROIG. - Enrique A. Pardo.

BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

CARTA ORGANICA. — Sustitúyese el texto del Art. 49 del Decreto-Ley 13.126/57. Fíjase el texto definitivo para el Art. 27 del Decreto-Ley 13.126/57, modificado por los Decretos-Leyes 1.142/63 y 9.052/63, a los que se le concede fuerza de ley.

L E Y N.º 16.452

Sancionada: 14 de enero de 1964.

Promulgada: 21 de enero de 1964.

POR CUANTO: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de LEY:

Artículo 1º — Sustitúyese el texto del artículo 49º del Decreto-Ley 13.126/57 (Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina), modificado por Decreto-Ley 4.614/58, por el siguiente:

Artículo 49º — Mientras no se restablezca el Mercado de Valores Públicos, el Banco podrá tener en su cartera valores públicos

cuyo monto no exceda del veinticinco por ciento (25 %) del total de los depósitos existentes en el conjunto de Bancos. En ese monto no serán computados los bonos y títulos que haya recibido el Banco con motivo de las operaciones de saneamiento dispuestas por Decreto-Ley 13.125/57, ni el Fondo de Regulación previsto por el artículo 18º, inciso m), ni los demás valores que el Banco Central tenía al 1º de diciembre de 1957.

Art. 2º — Fijase como texto definitivo para el artículo 27 del Decreto-Ley Nº 13.126/57, modificado por los Decretos-Leyes números 1.142/63 y 9.052/63, a los que se les acuerda fuerza de ley, el siguiente:

Artículo 27º — El Banco podrá hacer adelantos transitorios al Gobierno Nacional, hasta una cantidad que no exceda del 30 % de los recursos en efectivo que éste haya obtenido en los doce últimos meses. Todos los adelantos hechos por este concepto deberán ser reembolsados dentro de los doce meses de efectuados. Si cualquier adelanto de esta naturaleza quedase impago después de aquel plazo, no podrá volver a usarse esta facultad del Banco hasta que las cantidades adeudadas hayan sido reintegradas. Sobre estos adelantos, el Gobierno pagará un interés a convenir con el Banco Central, no mayor que el tipo de descuento en vigor.

Art. 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los catorce días del mes de enero del año mil novecientos sesenta y cuatro.

C. H. PERETTE. — A. J. MOR ROJO.
Claudio A. Maffei. - Guillermo González.
Buenos Aires, 21 de enero de 1964.

POR TANTO: Téngase por Ley de la Nación, cúmplase, comuníquese, publíquese, dese a la Dirección General del Boletín Oficial e Imprentas y archívese. — Decreto Nº 483.

ILLIA. — Eugenio A. Blanco.

LIBROS Y REVISTAS

ISAAC HALPERÍN. *Sociedades comerciales (Parte General)*. (Ed. Depalma, Bs. Aires, 1964). (1 tomo de 244 páginas).

Un nuevo estilo —de por sí muy importante— ha agregado el doctor Halperín a su obra con este nuevo tomo. Según sus mismas palabras (Prólogo pág. VII), la aparición de este libro está motivado por la "consideración de los cambios de la materia, en donde los cambios revelaron una falta fundamental, la falta de una teoría unitaria de la institución y el desconocimiento de los conceptos fundamentales". No solamente los actuales carecen de ideas cabales de los principios generales —agrega—, "la desorientación de los abogados, revelada a mí por la intervención en numerosos litigios que he debido resolver, me indujo a trabajar al texto con notas y referencias que servirán de elemento primario para la profundización de una investigación ulterior en la doctrina especializada y en la Jurisprudencia".

No es extraño, entonces, observar a través del transcurso de la obra extensísimas notas donde muchas veces se transcriben textualmente párrafos de los autores que comencan.

El desarrollo de todos los temas a lo largo de sucesos capítulos, está hecho —excepto del capítulo primero, donde hay partes de una amesuraación un poco errata, en relación al concepto general (vg. acto colectivo)— en forma sencilla y simple, evitando casi siempre el desarrollo del texto legal, citándolo simplemente y comentándolo. Con respecto a los comentarios, hay que hacer notar que se establece una relación constante entre el Cód-

igo de Comercio, las leyes especiales modificatorias de sociedades, el Código Civil y el Proyecto General de Sociedades, al que cita repetidas veces.

Como ya queda dicho, la obra está dividida en cuatro capítulos, estando sucesivamente: El primero de la importancia, definición y nacimiento del acto constitutivo de la sociedad, donde se examina en forma muy completa los caminos de la sociedad la que es definida como "contrato plurilateral de organización". En el capítulo segundo trata de los "Elementos generales y específicos del contrato de sociedad" donde considera tres elementos específicos: afectio sociandi, participación en las ganancias y en las pérdidas y aporte de cada socio para la formación del capital social (p. 43), réplica que luego desarrolla (Nros. 29-67). El capítulo tercero se refiere a la "Personalidad de las Sociedades", en el que se limita a expresar la opinión (favorable a la personalidad) evitando para un estudio más prolijo a las obras especializadas. Considera que la inscripción del acto constitutivo (Cap. IV) otorga a la sociedad una personalidad con efecto retroactivo (de acuerdo con el art. 39 del Código de Comercio), sin embargo admite excepciones en los artículos 319 y 323 del mismo código, como en el art. 39 de la ley 11.643 y art. 11 de la ley 11.588, las que deben ser consideradas como inscripciones constitutivas. En el Capítulo V distingue las sociedades civiles de las comerciales y de otras conocidas e instituciones. En el sexto se ocupa de

la Nacionalidad de las Sociedades (no exponiendo opinión definida al respecto) y de la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero. Una distinción clarificadora entre la acción ("locum pecuniarum") y parte social ("locum personarum"), da en el Capítulo VII, donde también trata de la Clasificación de las Sociedades. Admite que la transformación de la Sociedad mantiene la identidad del ente (Cap. VIII). En el capítulo sucesivo analiza las sociedades irregulares y las de hecho (concepto, régimen fiscal a terrorist, relaciones entre los socios, prueba, etc.).

El tema de la utilidad es abordado en el capítulo X. En el décimo-primero trata de los "Derechos y obligaciones de los socios", incluyéndose por la segunda en

cuanto al control de los socios en la sociedad anónima (pág. 208). El libro termina con un capítulo amplio relativo a la administración de la sociedad y dos más pequeños sobre el "Gobierno de la Sociedad" y "Diferencias entre los socios: Arbitraje".

Este tema se venía haciendo necesario pedagógicamente, pero no por ello deja en ningún momento los elementos científicos sobre los cuales se sitúa el problema, respondiendo bellamente a la expectativa general que crea una obra de un autor consagrado de la categoría del doctor Halperín.

Enrique Falcón

AMADEO MOURE. *Montevideo y Buenos Aires a mediados del siglo XIX*, Editorial Perrot, Colección "Nuevo Mundo".

Come en sabida, desde que fue conocida su existencia como Consistente difundida, América ejerció sobre los espíritus europeos un intenso e irresistible influjo. Dicha corriente de atracción, cuyos orígenes pueden situarse en los años que precedieron al descubrimiento, se manifestó, entre muchos otros aspectos, en las frecuentes expediciones que realizaban a estas comarcas viajeros procedentes de diversas regiones del Viejo Mundo, que llegaron a las mismas en distintas épocas a partir de aquel conocimiento histórico trascendental, determinando un proceso que alcanzó su grado más avanzado durante los siglos XVII a XIX.

De muy diverso carácter fueron las motivaciones a que respondieron los impulsos que los guiaban, desde la nobilísima actitud espiritual de irradiar el conocimiento de la verdad evangélica hasta la imposición de orden aun la resistencia que representaban las rigurosas repuestas o resisten-

cias ante las tentativas por entonces no científicamente exploradas.

Escasas son las referencias que hoy poseemos de la mayoría de aquellos viajeros, pero en algunos casos sus nombres y actividades permanecieron anónimos y en otros nos fueron transmitidos a través de documentaciones fragmentarias o de relatos imprecisos que el avance del tiempo contribuyó a diluir. Hubo, sin embargo, quienes alcanzaron notoriedad y fama y hasta llegaron a expresar sus impresiones por medio de crónicas y diarios de viaje que han llegado hasta nosotros conservando intacto el vigor y la frescura con que fueron redactados.

A esta última categoría pertenecen un trabajo incorporado a la Colección "Nuevo Mundo", que cumple con la inclusión de temas de ese carácter uno de los objetivos enunciados en su agenda de publicaciones.

Tratado Montevideo y Buenos Aires a

mediante del siglo XIX, comprende dos artículos aparecidos en 1837 en la *Revista Española de París*. Su autor, el médico francés Amadeo Móyot, había resido en Salamanca durante la década anterior al mencionado año, tiempo más que suficiente para un espíritu inquieto y observador como el tipo para trazar un esquema sagaz de las características que presentaban los países que tuvo oportunidad de conocer.

En el artículo sobre Montevideo evoca con magos vivaces y coloridos los contornos de la ciudad oriental durante los días de la Guerra Grande y la vida apacible de sus goznes. El que se refiere a nuestra actual Capital es de alcances más reducidos, pues se limita a describir la celebración de una Semana Santa durante la dictadura de Rosas.

Uno y otro, al igual que la existencia de su autor, habrían pasado inadvertidos para el lector neoplatano de no mediar la casualidad del doctor José María Mariluz Urquijo, joven y talentoso historiador argentino, que, luego de encontrar por casualidad en una librería de la calle de la cibe de Asocha, en Madrid, un ejemplar de la revista donde se habían publicado originalmente los artículos de Amadeo

Móyot, dióse a la tarea de seguir sus andanzas por el Río de la Plata a través de la *Gaceta Mercedal* de la época, obteniendo de ese modo una curiosa información biográfica acerca de su personalidad, que completó más recientemente con nuevas investigaciones realizadas en diversas instituciones de la capital francesa.

Todo ese material le ofreció las elementos necesarios para prologar y anotar la reedición argentina de los artículos de Móyot, cuya lectura resulta así enriquecida, además de por el íntimo intrínseco del texto, gracias a los referidos apuntes esclarecedores, sin omitir las excelencias de la traducción, cuya pulcritud y número poco frecuentes también deben cargarse al haber del prologuista.

Por sobre todo reconocemos en estas páginas así desconocidas que ahora revive luego de muchos años de letargo el valor de un testimonio, cuyo significado analítico y emotivo se acrecienta por la circunstancia de proceder de uno de aquellos raras viajeros que visitaron estos tiempos en épocas distantes guiados por un impulso romántico de aventura y de curiosidad.

Carlos J. López Garso

BERNARDO CANAL FELIJO. Alberdi, *La proyección sistemática del Espíritu de Mayo*. Editorial Losada.

Alberdi es uno de los autores más importantes originales —creación en sentido genuino— que la Intelligencia de nuestra América hispanohablante ha engendrado. En sus numerosas obras (fragmentos inconclusos y dispersos de una utopía positiva integral) preparó una filosofía de ideas que sólo constituyó el único sistema programático coherente para la elaboración de una nacionalidad argentina. Fundamentaron, con base para la consolidación de la Nación dejan entorpecer

una limitada interpretación de la realidad sociológica sudamericana y una moderna metodología de las ciencias humanas.

El pensamiento albertino, sin embargo, es así desconocido. Las repercusiones críticas que provocó entre sus contemporáneos gradualmente se apagaron y los investigadores de nuestro "científico" siglo se han limitado generalmente a manejar sus más conocidas obras y ciertos interpretativamente a esquemas tradicionales. ¿Es difícil explicar ese fenómeno valorativo? El in-

esto se aplica a lo acordado, a la afirmación y la coherente adhesión a la determinación incluyen una respuesta. "La figura más difícil del pensamiento americano" (Canal-Frújos) no posee la meridional claridad americana, el delicado equilibrio de Miró, ni el sereno humanismo de Casal o Posquin V. González. Un lenguaje herético, aconsonado —de frecuentes anislogías—, las galerías interperchadas que continuamente emergen de sus páginas, las motivaciones inconcebibles de sus ideas ("porque se presenta evidencia de a elementos cuyo sentido hay que ir a buscar más allá de una mera razón doctrinaria") y las sugerencias, únicas en América, sobre el hombre, su angustiosa libertad y su integración en las estructuras sociales, no hacen por completo apacible su lectura.

Pocos autores, pues, habían intentado lograr una visión integral —aprehensión que se logra por la construcción del observado con el objeto observado— de su pensamiento. Conocimos sus inclinaciones filosóficas a través de Alberini y Díaz Canevaro; las doctrinas económicas en Ortíz y Miguel Ángel Cármona; su pasión libertaria en Rojas Paz; su ideario político por Bagat, Juárez, Posadas, Dana Montero. Incláse en las obras de García Miró, Salvemón, Popolizio y Meyer se esbozaron libros amolebaráramos. Pero en todos ellos advertimos un Alberdi unilateral y sin matices integrativos.

Recién ha podido descubrirse la sorprendente (por lo común o desapercibida) dimensión alberdiana, desde que la vorazada poema —reveladora de una personalidad orientada hacia la problemática de su tiempo— de Canal-Frújos ha revelado en su obra y la ha ubicado como convergencia imparable en la historia espiritual argentina. En su libro más reciente han concluido los trópicos poéticos y las conclusiones previas que anticipan armoniosamente en *Constitución y Revolución y La*

Fractación Constitucional. En un breve volumen, tan denso y completo como el autor estudiado, ofrece una exhaustiva síntesis del sistema alberdiano. Creemos importante la obra más allá de sus numerosas digresiones y repeticiones frecuentes: por primera vez en la turbulenta bibliografía alberdiana no se concatan aislados hallazgos sino se obtiene una meridiana interpretación (por la rigurosa lógica de la concatenación racional) del sistema estructural-liberal del autor rioplatense.

La obra se inicia con un importante capítulo en el que se estudia con profundidad y desde un punto de vista nuevo la biografía del autor de Buenos Aires. El paralelismo entre la vida y las fuentes es acertado y arroja inesperada luz sobre las motivaciones filosóficas de Alberdi. En la "Filosofía Constitucional" y la "Economía Constitucional" se expone valiosísimamente el esquema de la constitución-ordenamiento y la integración de un sistema económico "para la constitución", que forman los dos grandes temas de la polémica del siglo anterior. El libro se cierra con un apasionante estudio de la naturaleza humana y las relaciones de la libertad y la autoridad en un pueblo que nace a la independencia.

En síntesis, una importante obra para la comprensión metódica de la génesis de nuestra nacionalidad. Debemos, sin embargo, reprochar a su autor una falta de sistematización de los temas alberdianos. Capítulos como "Democracia y demagogia" rompen el contexto y la evolución explicativa. Tampoco se justifica —aunque sí nos interesa ínterim sociológico— las interpretaciones finales que realiza a través de las "figuras de la patria argentina". Estos pequeños ensayos (algunos de los cuales ya habían sido publicados en revistas argentinas) no están dentro de la temática propuesta.

Jorge Luis Compañani

El muy interesante artículo que comienza tiene desde sus comienzos un sabor inimitable. Está escrito por el presidente de la República de Ghana, quien demuestra claramente un notable grado jurídico.

Poco es lo que sabemos sobre África y muy poco son las fuentes desde podemos sacar el conocimiento que nos falta sobre un importante continente. África vive el apogeo de su nacimiento de libertad institucional y, infortunadamente, con muchas convulsiones, va creciendo en poderío político y hacia ella convergen los más importantes intereses internacionales.

Ahora bien, si pocas son las informaciones que tenemos de África, menos son las que poseemos acerca de su Derecho, por eso Nkrumah nos sorprende en sus primeras líneas cuando dice: "Mucho tiempo antes de fundarse en Europa las uni-

versidades de donde salieron los códigos civiles europeos modernos y mucho antes de crearse en Inglaterra las universidades y las escuelas de derecho, donde enseñaban y elaboraban el derecho, existían ya escuelas de derecho en tierra de África. La Escuela Médica de pensamiento jurídico, después de haber manifestado en sus comienzos tendencias muy conservadoras, adoptó una tendencia muy avanzada. Las universidades situadas al sur del Sahara, como la gran Universidad de Sankore, en Tombuctú, eran centros de estudio y de vida universitaria. A principios del siglo XIV un profesor de derecho que vino a enseñar a Tombuctú declaró, a su regreso a la Universidad de Fez (Marruecos) que la ciudad de Tombuctú estaba llena de juristas y juristas negros que sabían más derecho que él".

Esa primera observación es muy valiosa para comprender luego la tesis del A., quien opina que los juristas que un país en vías de desarrollo necesita son principalmente hombres de leyes formados para ayudar a la población a resolver sus dificultades jurídicas cotidianas y sobre todo, los problemas que vertiginosamente surgieron de la industrialización. Además un Estado moderno necesita para sus servicios públicos un número creciente de personas que tengan una formación jurídica no solamente como consejeros técnicos del derecho, sino también para la administración del país.

Para avalar su opinión sobre la política el A. informa que él mismo solicitó al Gobierno de Inglaterra un asesoramiento técnico jurídico.

El A. analiza luego la evolución de la sociedad africana y por ende la de sus abogados demostrando la diferencia entre el viejo jurista residente en las ciudades y con pocos pero sencillos casos que inconscientemente se presenta al colonista) y el nuevo abogado que debe tener en cuenta las normas consuetudinarias de su territorio y las necesidades socio-económicas de sus compatriotas. Es un continente que lucha por avanzar y ponerse al día con su época los hombres de leyes que se requieren deben estar vestidos con ideas a su campo de acción, conociendo además el Derecho de sus varios países.

Por eso el A. termina diciendo que la enseñanza del derecho en África debería basarse en el conocimiento de los sistemas jurídicos que existen actualmente en África. Debe también proceder de un con-

cimiento profundo de las teorías económicas y sociales progresivas. Además hace pocos años fue fundada la Escuela de Derecho de Ginebra lo que manifiesta un gran deseo y apego a la legalidad en una actitud distinta de la existencia del derecho.

Este trabajo que hemos considerado in-

terduccion e informa perfectamente acerca del problema que se presenta al derecho africano y es recomendable en lecturas para quien desee conocer algo más que la geografía del viejo continente que masas hombres y mujeres alberga.

Mario E. De Mesa Nolas



Impressió

MARCO VICTOR DURANDY - Imprenter

Rivadavia 1139 - Buenos Aires

Diciembre 28 de 1964

Dirección y Administración: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES,
Av. Figueroa Alcorta 2263.
BUENOS AIRES- REPUBLICA ARGENTINA

Precio del ejemplar \$ 30'-