

# lecciones Y ENSAYOS

43/45

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1971





UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*Decano*

DR. ALBERTO RODRIGUEZ VARELA

*Vicedecano*

DR. FERNANDO N. BARRANCO Y VEDIA

*Secretario Académico*

DR. ALFREDO M. DE LAS CASERAS

*Secretario Técnico*

SR. HUGO C. MAZZA

*Secretario de Asuntos Estudiantiles*

DR. GERARDO A. ANCAROLA

*Secretario Administrativo*

SR. JORGE B. ARANA

# LECCIONES Y ENSAYOS

1971

N.º 43/45

## INDICE

### ESTUDIOS

HECTOR RODOLFO ORLANDI: Teoría de la representación política en nuestra Constitución .....	9
AUGUSTO C. BELUSCIO: La legítima reforma del Código Civil .....	73
HORACIO SANGUINETTI: Las fuentes ideológicas de Mayo ¿Suárez o Rousseau? .....	117
FERNANDO DE LA RUA: Escuelas procesales .....	135
ATILO ANIBAL ALTERINI: Errores y omisiones de la reforma de 1968 en materia de obligaciones en general .....	161
FEDERICO A. TORRES LACROZE: La psicología jurídica .	191
WERNER GOLDSCHMIDT: El análisis de casos como elemento imprescindible de la enseñanza jurídica .....	197
ROBERTO J. VERNENGO: La definición de la sanción en Derecho .....	205
STELLA MARIS BIOCCA: El problema de las calificaciones en Derecho Internacional Privado .....	223
ERNESTO GRUN: Literatura de anticipación y Derecho .....	231



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Director*

*Dr. José M. López Olaziregui*

*Subdirector*

*Dr. Jorge A. Saeguí*

*Secretario de Redacción*

*Dr. Adolfo Anibal Alteriani*

CONSEJO DE REDACCION

*Director Editorial*

*Abog. Carlos Luis Giménez*

*Director Ejecutivo*

*José Luis Monti*

*Secretaria Editorial*

*Abog. María L. Pintos Prat*

*Secretaria de Redacción*

*María Carmen Foltyn*

*Redactores:*

*Oscar María Garibaldi*

*María Teresita Piretta*

*Graciela Rossi*

*Jorge Gómez Andrade*



## **ESTUDIOS**



# TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

HÉCTOR RODOLFO ORLANDI

Catedrático de Derecho Político en las Universidades de Buenos Aires y La Plata.  
Profesor de Ciencia Política en el Curso Pre-fundación del Doctorado y en la Licenciatura Especializada en Ciencia Política.

## SUMARIO

- I. Teoría de la representación política. 1. Introducción a la representación política. 2. Formas de representación y de representados. 3. Poder electoral del pueblo y representación política. 4. Poder electoral y representativo. 5. Funciones y objetivos de la representación política. 6. El proceso político argentino.
- II. La Constitución histórica argentina. 1. Revolución y plebiscito. 2. Nuestro estilo de vida argentino y la desconstitucionalización. 3. Nuestra Constitución histórica y su inestabilidad. 4. La Constitución como programa reparatorio y el proyecto de una buena política.
- III. El futuro del Gobierno representativo.

## I

### TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

#### I. — INTRODUCCIÓN A LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

##### IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

Crece la importancia de este problema de la representación política apareciendo en primera plana, en el debate público y en la controversia, durante tres momentos históricos cruciales: a) el del nacimiento de la comunidad nacional, fundación o constitución de la nación y el Estado; b) el de la consolidación y progresión del destino

histórico de esas mismas sociedades que hayan alcanzado un alto grado de política plenaria, de civilización y cultura; c) el de la disolución o desintegración nacional y del Estado, cuando el conflicto supera al consenso y la cooperación está retardada por causa de la legitimidad e ilegalidad, momento de inestabilidad social y política<sup>1</sup>. Adquiere el grado máximo de temperatura en esta última situación política cuando se caracteriza por la ambivalencia violenta del caos y la anarquía. De ahí, la importancia del tema que ejemplificando entre nosotros, correspondieron a las épocas desde 1811-1821/1828 a 1857 el primero, 1853-1860 y 1910-1912 el segundo y, 1930-1945-1955 ó 1967-1972 el tercero.

a) Esta trascendencia se debe a que, el sistema representativo depende tanto del principio representativo como del dinámico proceso político-electoral. Según el resultado de ese condicionamiento será el sistema representativo y su régimen constitucional que son la base del equilibrio social y de la estabilidad política.

Porque, la realidad simbólica está constituida por una realidad sensible o material y por una imagen que de modo más o menos preciso se representa visiblemente, a la que adhieren una o un conjunto de significaciones y de representaciones<sup>2</sup>, a las que racionaliza u organiza el sistema representativo y al que se deben tanto estabilidad como funcionalidad eficaz de todo sistema político, infundiéndole el impulso de su propia naturaleza representativa.

b) La representatividad de los partidos políticos permite articular una sociedad para actuar como pueblo.

c) La representación es una fuente del poder de autoridad y genera obediencia legítima, hace posible el tránsito del objetivo poder político del pueblo, a su poder revolucionario, al poder constituyente y al poder electoral que ejerce en acto y conserva "in habita".

d) Ese poder electoral del pueblo es poder de elegir y de consentir, de decidir una determinada política y de representación. Por ello que, además de generar consentimiento, la representación política otorga poder representativo a la mayoría y en su caso a las minorías —de representar—; por otro lado, atribuye reservando el poder de decisión a la mayoría —de representación— y poder de decisión sólo a los representantes elegidos por la mayoría que disponen a su

<sup>1</sup> E. YORGELEIN, *Nuevo Curso de la Política*, Madrid, 1968, págs. 78 y ss.

<sup>2</sup> M. B. ORLANDI, *La Constitución argentina y el cambio de soberanía*, La Ley, miércoles 11 de noviembre, 1970, Año XXXIV, 3.

vez del poder de autoridad, reservando el control para las minorías (gobierno). Todo lo cual, conforma el poder electoral de representación y gobierno.

c) Este poder político electoral y el derecho republicano electoral distribuyen a través de la ley electoral "justa": igualdad política y participación, sea indirecta o directa. Estas van a promover una responsabilidad éticopolítica y su institucionalización en la Constitución.

d) Para todo ello, en los Estados federales existe una distribución y descentralización del poder electoral local y federal.

Hasta aquí la importancia del problema en la Política, pero a su vez, el fenómeno político representación y el acto electoral representativo, han sido motivo de conocimiento, explicación e interpretación sobre todo cuando quiere formularse una teoría de la representación política, sometida a investigación y verificación de datos, en el ámbito ahora de la Ciencia política.

#### Representación política:

##### Fenómeno interdisciplinario

Fenómeno cultural, social y político debido este último a los actos de poder o del poder electoral, el de la representación que por su singularidad en la micro y hasta en la macropolítica es de tratamiento interdisciplinario —diversas ciencias políticas— y también, sometido a la diversidad metodológica de nuevas técnicas de investigación. Sostiene el profesor KARL LOEWENSTEIN que "la técnica electoral —después de desarrollar la representación y el sistema electoral— se ha convertido en nuestro tiempo en una verdadera ciencia por propio derecho que exige de igual manera el arte del jurista y del político, del sociólogo y del psicólogo social, del técnico en estadística y del matemático..."<sup>8</sup>.

#### Derecho Electoral

El Derecho político electoral —lo hemos definido— es una teoría empírica y normativa del poder electoral, tanto de gobierno como de representación, del Pueblo (cuerpo electoral) con qué sus partidos políticos y ciudadanía por el ejercicio de los derechos políticos (su-

<sup>8</sup> K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*. Barcelona, 1964, p. 327.

fragio) tienen asignada una legítima participación en el proceso del poder político por la Constitución y en la determinación de su voluntad y razón. El sufragio como expresión de consentimiento se reitera en la actividad de votar (actos políticoelectorales) durante el proceso electoral organizado sistemática y territorialmente, completando y legitimando la Constitución, mediante técnicas de aceptación o rechazo a personas (candidatos, gobernantes, funcionarios), opiniones o programas de los partidos y participando en la decisión colectiva que determina indirecta o directamente una política.

Este Derecho electoral es el derecho republicano representativo de nuestra Constitución y así, como lo hemos definido, un capítulo de la Ciencia política. Derecho de "lo electoral" que, se integra por un sistema normativo de principios electorales (teoría jurídica del derecho electoral); y reglando a un vector del sentido de "lo político" que es "lo electoral" (teorías del poder y de la organización electoral).

Regla así, aquel sector de la vida política que es el proceso político-electoral, pero ajustándose a los principios y fines de la Constitución como ocurre con cualesquiera otros ordenamientos sobre los que mantiene su prelación y supremacía. Nuestra Constitución fundamento del Derecho electoral, por su parte, al coordinar el sistema representativo legisla en respectivos preceptos el derecho de elegibilidad, para ser elegido o sufragio pasivo y, además, de organización territorial del sufragio (pueblo de los "distritos", arts. 37, 41, 56 y conc.); dejando la reglamentación del derecho de elegir, del elector o sufragio activo, vale decir, los actos electorales en la dinámica del proceso a "una ley general" como es la legislación electoral, ley orgánica de partidos políticos (infra, n° 6), de nacionalidad y ciudadanía, de enrolamiento y empadronamiento cívico, de administración y justicia electoral, etcétera. Durante ese proceso y por medio de dichas técnicas electorales, este Derecho completa y legitima a la Constitución\*.

#### Ciencia política

La técnica electoral convertida en verdadera ciencia ha trasladado "in integram" el problema de la representación a la Ciencia

\* H. E. ORLANDI, *El Derecho Electoral en el sistema del Derecho político*, Jurisprudencia Argentina, Año XXVI, n° 1871, 18 de marzo de 1964.

política a través de la integración de las ciencias de la conducta humana o comportamiento político: sociología, psicología social, con técnicas de la estadística y matemáticas.

Siendo "lo político" la esencia de la Política como teoría del poder, "lo electoral" es uno de los comportamientos superlativos en el proceso del poder político representativo. Por lo que, para la Ciencia política "lo electoral" es la esencia del poder electoral, tanto de gobierno como de representación que le dan sentido, el conocimiento de los factores de poder y mecanismos técnicos en los actos del proceso de transmisión del poder, y consecuentemente, las relaciones políticas de la representación que tengan mayor o menor influencia social en la participación para tomar decisiones colectivas que determinan una política.

Si bien, la representación más que un hecho, es una relación, la dinámica del proceso comporta un conjunto de relaciones políticas o de poder político y de poder electoral que según el sentido de la interacción consisten en:

- 1) Relaciones de mando (autoridad) y obediencia: sentido genérico, el Poder político.
- 2) Relaciones de gobernantes y gobernados: aquel sentido de dirección, Gobierno.
- 3) Relaciones de electores y elegidos: aquel sentido de "lo electoral" de transmisión del poder. Poder electoral que es tanto de gobierno como de representación.
- 4) Relaciones de representantes y representado: (mandatario-mandante) que se sintetizan conceptualmente en la relación representativa de "re-presentar" y, en este mismo nivel Relaciones entre mayoría y minorías: Poder mayoritario de representación y decisión, poder minoritario de representación (f) y control.

La Ciencia política en este ámbito de la investigación ya "no formal" o exclusivamente jurídica, sino en los diversos sistemas políticos representativos y en cierta forma determinados por la representación, se ha de interrogar ¿quién es el representado? ¿cómo somos representados? que, es un poco el interrogante político genérico ¿quién y cómo se manda? ¿el Pueblo o por y para el pueblo? Pero, ahora con un enfoque interdisciplinario que va de la política al derecho y sin prescindir de éste a aquélla, integrándose con las ciencias a que se ha hecho alusión más arriba.

a) Las escuelas estadounidenses (BENTLEY, MERRIAM, LASSWELL, TRUMAN) y la británica (WALLAS, BUTLER) que con sus enfoques del comportamiento político (political behavior) fundado en las ciencias de la conducta, trata de toda la Política mediante una colaboración interdisciplinaria. Este conductismo que somete sus análisis a mediciones estadísticas y matemática, sobrealza en el comportamiento electoral haciendo entrar el fenómeno de la representación como proceso en que intervienen los actos humanos y la participación de los factores de poder y decisión. El acto político de votar es meramente político, pero existe vinculación entre el hábito de votar y otros actos sociales diversos como pertenecer a una iglesia o sindicato...

Justamente, en esta escuela británica, McCALLUM y BUTLER, llamaron a dichos estudios de comportamiento electoral psicología ("psychology" = guijarro con que los atenienses votaban). De otro lado, también R. ARON propone el estructuralismo de un partido y del "juego político" parlamentario en los sistemas políticos, todos ellos enfoques que atañen al fenómeno representativo.

b) En Europa, análogamente estos enfoques afines a la representación política van de la sociología a la ciencia política, estando a cargo de la sociología electoral que centra su interés en aquel comportamiento electoral, describiendo y verificando las principales tendencias políticas que a pesar de los cambios se muestran con caracteres permanentes, explicando las transformaciones en las actitudes y la creación de nuevas fuerzas políticas. Para ello, se técnica relaciona los resultados obtenidos en las elecciones por las partidos políticos, con las condiciones culturales, religiosas, socio-económicas y políticas.

Dicha sociología electoral-europea se ocupa de las constantes de relación entre datos sociales y opiniones políticas del electorado que, afectan al centerno político de la "estructura política". Coinciden en esa computación las escuelas franco-belga, de las cuales en la francesa han sido precursores Montesquieu y Tocqueville, Durkheim en el pasado siglo, iniciándose con los "Tableau politique" (1913) de A. SIEGFRIED y P. GOGUEL, siendo en el primero la estadística un medio para la comprensión de la política. En idéntica línea la escuela belga se especializó en la exigencia estadística, mientras que la "political science" estadounidense en los sondeos de opinión mediante muestreo de entrevistas con GALLUP (1943) y, la escuela británica —de Ox-

ford— dedicada al registro y análisis (record) de los procesos electorales.

Además, se extiende la escuela francesa citada a la geografía electoral, que en los supuestos sociológicos anteriores, atiende a la distribución y organización territorial del sufragio de acuerdo a la repartición de los electores y candidatos de cada uno de los partidos políticos en el entorno nacional, regional o comunal (distrito único o circunscripción uninominal o plurinominal). En tanto que las tendencias anglosajonas prescindían de la estadística rigurosamente espacial, la escuela francesa se distingue al interesarse por esa radiación territorial de los votos.

En consecuencia, la investigación científica interdisciplinaria del fenómeno de la representación política-electoral, consiste en: a) La dirección sociológica electoral observa empíricamente y describe, verificando cuándo y cuánto gravitan los procesos electorales en la formación de la representación política y el comportamiento electoral resultante. b) Con respecto al mismo comportamiento o conductas del fenómeno de la representación simbólica y existencial, el politólogo llama en auxilio a la psicología social para contestar a los interrogantes de ¿cómo somos representados? y ¿por qué motivos nos sentimos representados?, porque el pueblo como electorado se siente o no representado. c) Dependiendo la integración de ambas de la ciencia política y de la Constitución, además de responder a ¿quién es representado? de acuerdo a la estructura del poder y al régimen de dicha Constitución (pueblo, nación, instituciones representativas), ¿cómo somos representados? según los sistemas electorales institucionalizados y, especialmente ¿quién es representante? o ¿quién representa? investido del justo título del poder según el modo y condiciones establecidos en la Constitución: el poder representativo mayoritario y minoritario, amén de ¿quién decide? Explicando problemas fundamentales tales como la unidad o articulación de los representados cual producto de la *voluntad del pueblo* y el de la representación voluntaria e involuntaria o formación de la *voluntad del pueblo*.

#### REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y SISTEMA POLÍTICO

En una teoría de la representación política pueden tener cabida una teoría jurídica de la representación y una doctrina política de la misma, en el sentido del principio representativo. Desde otro

punto de vista, la representación política se ve correspondida con el uso de vocablos que en Ciencia política tienen otros significados de mayor comprensión: gobierno, régimen, forma, estructura, sistema, organización, democrático y republicano, pero demostrando la trascendencia de dicha representación y su representatividad. Así, suele denominarse "gobierno representativo", "régimen representativo", "forma representativa" y "sistema representativo" en el sentido —generalmente— de la democracia republicana y representativa. Por último, en la dinámica del proceso político del poder están referidas a las técnicas funcionales que los mueven en la vida política: el "régimen electoral", el "sistema electoral" y la "organización electoral"; finalmente el "proceso electoral" y el "poder electoral" del pueblo, una forma de poder político, el del "cuerpo electoral".

Todo esto, porque naturalmente, el fenómeno representativo se ha tomado como centro de interés para efectuar una tipología de los regímenes políticos contemporáneos y, también, en razón de que el sistema representativo es factor sustancial determinante de un sistema político.

Régimen democrático constitucional o republicano, proceso electoral y sistema representativo, no se confunden ni son la misma cosa, pero los tres están implicados en el sistema político y en el proceso político general, siendo el sistema representativo quien infunde a los otros su propia naturaleza de representatividad. Un buen sistema representativo que resulte del funcionamiento armónico del principio representativo con las fuerzas políticas centrípetas y centrífugas, vale decir, que cumpla bien las funciones representativas —o haya funcionado bien como para así juzgarlo—, determinará que el sistema político sea lo más adecuadamente representativo del grupo humano y de los grupos socio-políticos articulados en unidad para actuar cual verdadero Pueblo, encusando técnicamente con la mayor eficacia al proceso electoral, inevitablemente resultará de ello un determinado equilibrio social cuyos productos serán la estabilidad y funcionalidad del sistema político "in totum". Para eso, debe tener esencia y sentido la representatividad en tres ámbitos: representación constitucional, simbólica y existencial, cultivando el jardín de la legalidad electoral democrática que es la legitimidad política moderna y a la que conducen.

## 2 — FORMAS DE REPRESENTACIÓN Y DE REPRESENTAR

### EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Quiere decir que, al sistema representativo acabado como creación política moderna se ha llegado por intermedio y partiendo de la igualdad política entre los hombres, entre los grupos políticos y en los pueblos; además, de la participación legítima que si bien no se confunde con representación política, la requiere. De otro lado, una buena ley electoral es aquella ley justa que en esa forma distribuye igualdad y participación política. Las cuales promueven el problema de la necesidad de una representación política y de su consecuencia, la responsabilidad ética (infra: n° 4-6).

Todo sistema político para cumplir sus funciones en la dinámica del proceso, tiene que distribuir, ordenar y organizar dicha igualdad política quedando determinado el "status jurídico-político de la personalidad", haciéndola posible y dotada de eficacia, puesto que el sistema mismo quedará clausurado y frustrado si se interrumpe el proceso político, o sea, primordialmente cuando aquellos que tienen el derecho político de participar en el poder están impedidos de hacerlo, porque no pueden intervenir o participar debidamente y no fueran representados por algunos de aquellos del mismo status.

Corresponden a la representación constitucional y simbólica pre-mencionada, las declaraciones de nuestro Preámbulo "Nos, los representantes del pueblo de la Nación, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes..."; y el precepto 1° que "la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa... según lo establece la presente Constitución", como en los concordantes del régimen constitucional representativo (arts. 5, 6, 13, 22, 30, 31, 33). Propendiendo a la representación existencial los "representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital..." (diputados, art. 37, 38, 41, 42, 43, y correlativos 46, 56, parte segunda cap. II).

Para ello, nuestra Constitución al institucionalizar una realidad política e histórica que es la descentralización del Estado federal comprende: el pluralismo socio-psicológico de grupos públicos (pueblo de provincias y capital), la descentralización espacial (territorial) así como la descentralización política (poder estatal y gobiernos) y el pluralismo jurídico (constitución-ordenamientos jurídicos); también consagra una "descentralización electoral" correspondiente, una distribución del poder electoral que está coordinada con aquella descentralización del poder político-especializado para actuar como poder representativo (arts. 1, 5, 18, 22, 30, 31, 34). En la elección directa y a simple pluralidad de sufragios de diputados-representantes por el pueblo de las provincias y de la capital (distritos); en la elección de segundo grado de dos senadores-representantes del federalismo local, y en la elección del presidente y vice de la Nación de primer y segundo grado por "juntas de electores" en capital y provincias, para cuyo escrutinio reunificado el colegio electoral federal decidirá de acuerdo a la "mayoría absoluta de todos los votos" (arts. 36, 37, 46, 74, 81-82 y título segundo).

#### SIGNIFICADO DE REPRESENTAR

#### FORMAS DE REPRESENTACIÓN

El vocablo "representación" proviene de la función de "representar". *Re-presentar*, significa *presentar de nuevo* a los que teniendo el derecho de participación en el Poder a través de la autoridad representativa, no pueden hacerlo —no pueden estar presentes—, siendo representados por otros en su lugar y a su imagen, los representantes, cuyos actos son imputables a los primeros asumiendo éstos la responsabilidad en la sustitución. Naturalmente que la actividad de representar no es suficiente para la representación, porque como ya hemos hecho referencia, la representación política en sí, consiste más bien que en un hecho en una relación y en la coordinación de relaciones (supra: n° 1; infra). Pero, existen y se han propuesto varias formas de actuar por otro y que los actos le sean imputables al otro.

Dejando provisoriamente de lado los precedentes medievales, estamentales, conciliares, ingleses y estadounidenses de la representación política, ella se remonta al sistemático doctrinario abate Emmanuel J. SIEYÈS que la sostiene en las Asambleas francesas y en su famoso

spúsculo<sup>2</sup>. La nación es "un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por la misma legislatura". El objeto o fin de la asamblea representativa de una nación es la de manifestar la voluntad de esa nación, pero sólo el conjunto en masa es representado y bajo el punto de vista del interés común. "El derecho a hacerse representar no pertenece a los ciudadanos, sino a causa de las cualidades que les son comunes y no de aquellas que los diferencian", bajo esta condición tienen los ciudadanos el derecho a hacerse representar, manteniendo lo necesario para velar y proveer a las atenciones públicas "confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, ... de poder, a alguno de entre ellas" ("gobierno ejercido por procuración"). El pueblo no puede hablar ni puede obrar sino por medio de sus representantes que, no lo son de los electores, sino de la *Francia entera* (Asamblea Nacional de 1789).

a) En la representación política aquella imputación de los actos en representación al representado, es general, pública y periódica, se representa al Pueblo en unidad articulada y organizada, por medio del Gobierno representativo elegida por ese pueblo expresando consentimiento y, aunque el representante actúa con independencia por sí mismo, resulta responsable directa o indirectamente ante el pueblo (representación constitucional y existencial). Evidentemente que, el problema va a residir ahora, en si es posible explicar la articulación de la sociedad en unidad como Pueblo, en hacer persona a una multitud de personas.

El poder electoral del pueblo como cuerpo electoral o grupo político —decíamos— es poder de gobierno y de representación. ¿Quién es representado?, el pueblo en la doctrina y régimen democrático; ¿quién representa?, el gobierno es el representante, en sus poderes y órganos. Ese poder electoral que decide una política, generando consentimiento y en razón de que dicho consentimiento genera a su vez poder, la nueva forma de poder será el poder representativo conferido a la mayoría y en su caso a las minorías; por otro lado, poder de decisión a la mayoría y poder de control para las minorías (*supra*: I, 1-d). Pero, este Gobierno como representante, dispone —además— de poder de autoridad institucionalizado suficiente para actuar con independencia por sí, durante un período establecido y, decidir sobre la materia de la representación, vale decir, aquello que es representable de la

<sup>2</sup> Constitución de 1791 y E. J. SIEYÈS, *¿Qué es el estado?* Madrid, 1890, cap. I, págs. 70 y ss.

voluntad común y de los intereses generales; en ciertos casos, lo representable —también— de la razón del pueblo. Así, por ejemplo, la Constitución organiza el poder representativo conferido por el pueblo a través de su poder electoral con verdadera realidad simbólica, existencial y constitucional, atribuyendo responsabilidad para el representante: v.gr. el Congreso nacional representa al pueblo de la nación y de las provincias —y la capital—... el Presidente de la Nación es responsable ante él (juicio político).

Si la participación política debería considerarse como una expresión del comportamiento político de los ciudadanos, la representación política moderna en cambio, siempre ronda con respecto a su naturaleza sociopolítica alrededor de que es, más que un estado de hecho, una relación política y por lo tanto, *relaciones de poder*. Sin embargo, estuvo precedida y está condicionada por el Derecho electoral y constitucional, en cuanto al carácter de relación jurídica.

#### NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN

Las doctrinas clásicas en las postrimerías del siglo XVIII y algunas contemporáneas, han considerado que la "idea de representación es meramente jurídica" (JELLINEK) y su esencia una relación jurídica entre dos partes independientes una de la otra, vinculadas por una relación ficticia de causalidad, o bien, como un órgano del Estado creado por el ordenamiento jurídico constitucional, doctrina alemana que reemplaza a la del mandato.

b) Contrario a la representación política (a), el mandato es específico y de derecho privado careciendo de la periodicidad republicana, puesto que el mandante encarga a otro, su mandatario, el ejercicio de determinados actos concretos y específicos que hacen al negocio, encontrándose sujeto a instrucciones, revocación y rendición de cuentas, pero el mandante conserva sus derechos sin transferirlos al mandatario, como ocurre en la representación transmisiva del poder; además, su duración no es periódica sino en relación a la terminación del negocio encomendado. Esto ocurre en el mandato imperativo estatutal o "representación vinculada" (M. WEBER), en la que los representantes son funcionarios de los que representan (procuradores de las comunas francesas vinculados a los "cabiers"). El agente y el

comisionado son servidores y no representantes (C. SCHMITT). A pesar de que el mandato imperativo-político ha renacido con los partidos políticos vinculados los representantes a su partido por el programa, plataforma electoral y disciplina partidaria, nuestra Constitución no adopta esta dependencia moderna<sup>6</sup>.

c) Tampoco es representación política la delegación más extensiva aún que el mandato, en la que se transmiten, más que el poder, competencias del poder a un órgano, actuando el delegado por su propia cuenta y presupone que puede volver a recuperar en alguna situación crucial. Corresponde en la doctrina contractual de J. LOCKE del derecho de seguridad (poder) residente en la "mayoría" y su competencia se delega en el Parlamento. La doctrina del mandato representativo, análoga a la "representación libre" peculiar de occidente privando la reunión de parlamentos y congresos, transformada por la organización partidaria (M. WEBER), en que el vínculo de la relación jurídica consiste y reside en la delegación de poderes, acto por el cual el titular de una "competencia" la transmite total o parcialmente a otro sujeto u órgano.

La primitiva doctrina clásica de aquel mandato (supra: Sleyes) ahora de derecho público —no privado—, ha sido expuesta también por STUART MILL en su "Gobierno representativo" y por L. DUGUIT, para quien a pesar de ello, cuestiona esa transformación de la relación jurídica como imposible entre sujetos colectivos abstractos. Explica el profesor de Bourdeaux que la nación (mandante) sería una persona titular de la soberanía y da a otra el parlamento (mandatario) un mandato para ejercerla a su nombre, cuyo efecto será producir una representación: la manifestación de la voluntad —total— que emana del Parlamento entero y único es como si emanara de la Nación misma<sup>7</sup>.

Queda por aclarar que, de acuerdo al principio de la división de poderes, en cambio, la representación política del pueblo representado está conferida no sólo al parlamento, sino al gobierno general de los tres poderes o poder en el Estado unitario. Porque en el Estado federal, aquella delegación que no es representación política, consiste

<sup>6</sup> H. E. OELANDI, *El Mandato imperativo y los Partidos políticos*. Régimen de los partidos políticos. Bs. As. 1944.

<sup>7</sup> y J. MIFBA HERAS, *Curso de Derecho constitucional*. Barcelona, 1947, tomo I, págs. 274 y ss. C. S. FAYT, *Sufragio y Representación política*. Bs. As., 1953. M. J. LÓPEZ, *La representación política*. Bs. As., 1959. *Introducción a los Estudios políticos, Formas y Partidos políticos*. Bs. As., 1971, 2, págs. 343 y ss.

en una regulación constitucional y reparto de competencias gubernativas entre gobierno federal y gobiernos locales (G. SCHELLE).

Así, nuestra Constitución reguló y repartió competencias por delegación en los actos pre-constituyentes y constituyentes: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación" (art. 104 y cons.), por ejemplo, la delegación expresa de competencias atribuidas al Congreso nacional y al Presidente (arts. 67 y 86). No se trata de representación política, sino de delegación de competencias del poder.

d) La *gestión de negocios* que consiste en realizar un acto espontáneo por negocio ajeno de derecho privado, obviamente no será representación política. M. HAURIOU la origina en "una gestión de negocios por parte de los representantes; éstos se determinan espontáneamente a gestionar la empresa del Estado en nombre de los gobernados, lo cual les permite, además, conservar su autonomía; en cuanto a los gobernados, propietarios de la cosa que se gestiona, participarán de diversos modos en esta operación de gestión, y, bajo la forma electoral, consentirán la candidatura de los representantes". Es el poder por el ascendiente que ejerce y vínculo que crea, quien determina entre gobernantes y gobernados una *fusión de voluntad jurídica* —aspiraciones y decisiones— que como creador del Derecho hace jurídica esta representación<sup>2</sup>. Pero, resulta exacta la participación y funciones del poder electoral, la fusión entre representación virtual y representación electiva (infra: h).

e) La representación justificada como relación jurídica entre los representantes y sus partidos políticos (G. RADBRUCH), entre representado y Estado que se vale de su instrumento: el órgano representativo (G. BALLADORE PALLIERI).

f) La *teoría del órgano(s)*, considera al representante como órgano de órganos (órgano representativo) del Estado, al que se atribuyen funciones, derivando sus poderes no de los representados sino únicamente de la Constitución, siendo lo que tratamos como representación mera técnica de selección de candidatos capaces de ejercer funciones públicas. El pueblo es órgano (primario) del Estado y, el representante órganos inmediatos y secundarios porque son compuestos por el voto del pueblo. Organos inmediatos debido a que ejercen su función directamente sin intervención de otros órganos y secundarios ya que provienen de la voluntad de aquel órgano primario; como

el Parlamento, órgano del gobierno y no de la sociedad (LABAND, JELLINEK, CAIRE de MALBERG, BIGNE de VILLENEUVE, ORLANDO). Jellinek, distingue la relación de órgano y la representación (ver supra e).

g) *La naturaleza sociológica de la representación.*

La representación política no es una relación jurídica, sino un fenómeno sociológico, un estado de hecho, para G. BURDEAU y M. DUVERGER, que valoran al máximo la representatividad. Para BURDEAU, la naturaleza de la representación política ha sido confundida por los hombres de Derecho ya que no consiste en una relación jurídica de causalidad ni en una transferencia de voluntad, más bien, en un fenómeno de concordancia y en una manifestación de confianza, de semejanza por identidad; una entidad es la imagen de otra. En DUVERGER el elegido representa al elector como un cuadro representa a un paisaje, "la representación no es otra cosa que la semejanza entre las opiniones políticas de la nación y la de los representantes que ella ha elegido"; naturalmente, no hay representación cuando falta "representatividad" al carecerse de esa semejanza. Además, agrega en otra oportunidad, la presencia del partido que se insinúa como tercero en la relación contractual entre representados y representantes, transforma completamente su naturaleza... la palabra representación se aplica aquí a un fenómeno sociológico y no a una relación jurídica... El problema fundamental consiste en medir el grado de exactitud de la representación, es decir, el grado de coincidencia entre la opinión pública y su expresión parlamentaria<sup>9</sup>.

b) *Representación virtual y acto electoral de representación.*

Persiste en distinguir entre representación virtual (representatividad) y representación electiva, una como "animus" y otra como "modus". Quien sostiene que la representación se da a sí mismo sin elección, invoca la tesis del conservador inglés E. BURKE para el que, la representación virtual es aquella en la cual se establece una comunión de intereses, y una simpatía en los sentimientos y en los deseos, entre aquellos que toman su nombre de cualquier parte del pueblo y el pueblo en nombre del cual toman, los funcionarios no tenían que ser escogidos electivamente por este mismo pueblo... Esta representación en muchos casos le parece hasta mejor que la electiva. Pero, este tipo de representación virtual no puede

tener una existencia larga y segura, si no tiene por sustrato la representación electiva. El diputado debe tener algún contacto con el electorado<sup>10</sup>. Representa a la nación siendo representante virtual de los electores, pero no es mandatario ni delegado, sólo ha recibido su confianza.

Según G. SARTORI para Burke la "presunción" de representatividad presupone siempre una relación "electiva" entre diputado y electorado: "La representación virtual no sustituye, pero integra y completa la representación electiva". En el caso de la "omni-representatividad", el Sumo Pontífice es electo por el Colegio de Cardenales, pero esto no significa que los represente. Un soberano constitucional o una Cámara de Pares, tienen título para ser considerados órgano "virtualmente" representativo. Sin embargo, el Estado que llamamos representativo se apoya sobre un sustrato electivo para darle validez actual a la representación virtual, de otra forma no puede tener una existencia larga y segura.

Instrumento del sustrato electivo es el sistema electoral cuya influencia en la vida política se explica por: a) el efecto que produce en el electorado, en los electores, condicionando en la elección de los representantes, b) y por el efecto que produce en todo el sistema, sea al número y sistema de partidos políticos, sea con relación a las características institucionales del Estado representativo; "lo que el pueblo es depende —en un sistema representativo— de la manera en la cual lo hacemos votar". Votando de acuerdo a una organización territorial del electorado —no profesional ni de clase— se obtiene la representación de un pueblo-ciudadano. Las razones que vuelven inactuales los otros criterios son: a) los hombres se unen en términos de principios más que de intereses, es por esto que, la representación será confiada a los hombres como ciudadanos y no como miembros de determinadas grupos económicos; b) las divisiones de tipo geográfico tienen la ventaja de ser las más neutras, no pueden ser manipuladas como las otras en forma permanente. Si se adopta el escrutinio mayoritario o de lista y el colegio uninominal, se fuerza al elector a escoger entre dos únicas alternativas; el sistema tiende a ser bipartidista y el elector vota por un gobierno. Si a la inversa, se adapta el sistema proporcional y el colegio se vuelve plurinominal,

<sup>10</sup> G. A. SARTORI, *Teoría de Representación en Estado representativo moderno*. Rev. Española de Estudios Políticos, 22, 1962, p. 48; Carta de E. Burke a Sir Hercules Langrishe (1789). C. FAYT, *Suffragio*, cit., págs. 101 y 102.

el elector dispone de una escala mayor de elecciones y, el sistema tiende a ser pluripartidista; casi nunca el éxito de la elección corresponderá a un gobierno. Parecido ocurre en sus relaciones con las variaciones de la opinión y el tipo de organización partidaria.

Quiere decir que, del sistema electoral depende también directamente el tipo de gobierno representativo, el de tipo francés cuyo foco es la asamblea y el de tipo inglés cuyo punto de convergencia es lo ejecutivo. Pero, el nexo entre sistema electoral y sistema político está condicionado al electorado y a los partidos, los primeros no pueden ser mudados a voluntad para obtener beneficios, si no constatamos adecuadamente que están unidos al ámbito histórico en el cual operan. Una investigación empírica nos hace ver que del "cómo se vota" depende el modo de ser representados y no menos el modo de ser gobernados<sup>11</sup>.

1) Motivación psicológica. Representación como pertenencia.

Continúa G. SARTORI contestando a los interrogantes ¿quién es representado? y ¿quién es el representante? o ¿por cuál razón nos sentimos representados?

Para ser representante es preciso "sentirse representante", condición sine qua non y, con respecto a los representados, para que un sistema representativo tenga valor ante sus ojos como tal, es preciso que ellos se "sientan representados". "Un órgano no nos representa simplemente porque lo elegimos; él nos representa cuando y por que encontramos en él "uno como nosotros". Y nos importa más este resultado que el proceso. Quiero decir que entre un órgano electivo en el cual no hay nadie "como yo" y un órgano no electivo, en el cual espero encontrar un "alter ego", nos sentimos más representados por el segundo... Esta es la representación como pertenecimiento... el sentido de sentirnos personificados. Nos sentimos representados cuando encontramos una persona que nos sustituye, una persona que posee características semejantes a las nuestras, una persona que se parece a nosotros... que nos personifica o que se parece... aunque no sabemos nada de lo que dice o de cómo piensa". En la representación como personificación entre electores y electos, no subsisten lazos manifiestos y conscientes, estamos ante aquella representación inconsciente definida por H. F. GOSNELL, como un comportamiento... —entre dos sujetos— que coinciden por causa de elementos no advertidos de

origen común en la personalidad de las dos partes ("Democracy-The Threshold of Freedom", Ronald Press, 1948, p. 141); nacido históricamente en el pertenecimiento de las corporaciones medievales, usándose "impersonare" en nuestro sentido de representación "poseer las características de alguien".

Entonces, el verdadero interrogante es, los representantes ¿a quiénes personifican? La lógica del "pertenecimiento" que atribuye una lógica a las motivaciones del voto de gran parte del electorado, dan un sentido o un instinto político, en las afecciones y afiliaciones del elector a su partido o a su candidato, escogiendo de acuerdo a criterios de pertenecimientos: el electo es quien lo representa porque lo personifica. La relación representado-representante no se hace a nivel articulado y consciente de opiniones, instrucciones y decisiones, se verifica en el plano tácito e inconsciente de las semejanzas, de las afinidades. El elector procura reproducir en el parlamento a sí mismo, por sí mismo y en sí mismo, por lo que es, no por lo que debe decir. Al contrario, no se siente representado por un parlamento porque no encuentra en él semejanzas adecuadas de pertenecimiento.

En cuanto a ¿quién es el representante?, contesta que, el electorado no es el único protagonista del proceso representativo. Primero, que el representante es también "persona" por cuenta propia, con respecto a la pregunta. Segundo, en la relación electores-electos intervienen los partidos de organización moderna, incidiendo en ella pertenecimientos adquiridos y múltiples. Para esta indagación de pertenecimientos como comportamiento, no basta la tarea del jurista en el Derecho; la doctrina del Estado y el Derecho constitucional pueden ignorar que, fuera de la teoría jurídica de la representación política se recurrió ya desde hace tiempo a una indagación de la "realidad" hecha por la Ciencia política y la sociología política.

El pertenecimiento social debe ser acrescentado por el de otra naturaleza, el pertenecimiento político, porque si el pertenecimiento de los representantes es de "condición", en la realidad los representantes asumen un pertenecimiento "propio" más consciente y que, se vincula con una serie de relaciones partidarias. La pesquisa se ramifica en varias direcciones: a) examinar cuanto la "profesionalización" del oficio de representante incide en su ejercicio y funciones (sociología parlamentaria); b) medir a través del "currículum" de los representantes en su relación como "hombre de partido", la presión sobre el parlamento y el electorado, por la partidocracia; c) sé-

guir al *status* social originario de los representantes en la conquista del poder por nuevas grupos y tendencias políticas en un momento histórico determinado<sup>12</sup>, sobre lo que MOSCA y PARETO llamaban "circulación de las élites".

Para ello, formula útil tipología de los representantes. Tipo de comportamiento del "político-gentil-hombre" (gentleman politician), representante que vive para la política y no por medio de la política; ésta es para él una "vocación" y aunque se vuelva una actividad exclusiva, no se convierte en una profesión en el sentido económico del término. Enseguida un tipo de representante que no considera la política como un lujo ni tampoco un deber, asume para él aspecto de carrera política asociada a la profesión inicial como "segunda profesión" o bien, en la profesión principal, es el tipo de representante "semi-profesional" que mantiene su ocupación y no proviene de una carrera de partido; podría acontecerle que viva también por medio de la política, pero puede también volver a vivir fuera de la política, de la política como vocación porque le gusta el poder y el prestigio, no como una profesión para vivir. Finalmente, el tipo de "representante profesional" o político de profesión que vive mediante la política; precede —a veces— de un adiestramiento extrapartidario pero rompió con su profesión, ahora éste es el único trabajo que sabe; para él no hay alternativa, como vive mediante la política perder el lugar es quedar en desempleo político y económico. Profundas son las implicancias caracterológicas de esta tipología: el político gentilhombre es independiente por su mentalidad y medios; el político semi-profesional, puede aceptar compromisos pero no está obligado a soportarlos contra su conciencia e ideas, podrá volver a su profesión, él presta un "servicio cívico" como deber; diverso es el caso del político profesional, está prácticamente a merced del partido de quien depende su reelección y si ese del parlamento es un desempleado o sin trabajo.

1) Del estudio de estas características tipológicas de los representantes, se pueden extraer indicaciones esenciales para el sistema representativo personalificado en prevalencia por quien vive para la política por "vocación", será diferente de aquel personalificado predominantemente por quien vive por medio de la política o mediante ella.

2) Del estudio del "currículum" político de los representantes,

<sup>12</sup> Sobre nuevos grupos políticos: A. CARTAGNO, *Tendencias y Grupos políticos en la realidad argentina*, Bs. As. 1971.

indicaciones sobre la intensidad de poder de los partidos, en la relación "partidocracia-parlamento-gobierno" y la relación electoral "partidocracia-electorado". En la primera, el instituto parlamentario funcionará si prevalece el tipo independiente, el parlamento puede mantener su función autónoma; si está personificada por representantes que viven por medio de la política u hombres de partido, el parlamento corre el peligro de perder toda su independencia, transformándose el sistema parlamentario en partidocrático. En la segunda relación, el partido escoge los candidatos o los elegidos y el electorado mediante el voto escoge el partido. Esto demuestra que, el sistema representativo se apoya ahora sobre tres términos partido-electorado-parlamento y que, el intermediario o partido como máquina electoral asumió decididamente el control de la relación "representados-representantes".

3) Finalmente, del estudio de la "condición social" de aquellos que personifican en el país legal al país real, se pueden recoger de esta investigación de sociología política —del parlamento o gobierno—, datos sistemáticos de la orientación en determinado país, sobre la circulación y sucesión de las élites, de las minorías conductoras y de la clase dirigente, mediante esta "muestra representativa". Pero aquí, no conviene seguir para dar una respuesta segura, porque nuestro asunto debe ser transferido al de la condición, circulación y cualidad de las élites políticas. Es un hecho que, en un sistema democrático las élites deben considerarse típicamente "representativas"<sup>12</sup>.

### 3. — PODER ELECTORAL DEL PUEBLO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

#### ARTICULACIÓN DEL PUEBLO REPRESENTADO

¿Quién es el representado? El Pueblo es el sujeto de la relación representativa siempre que pueda explicarse la articulación de una sociedad en unidad como pueblo, en hacer persona a una multitud de personas y de grupos sociopolíticos. De ahí, la impredecibilidad de los partidos políticos que por cuya propia esencia consiste en la función intermediadora e integradora que cumplen en la articulación política de una sociedad en pueblo para entrar en actividad tomando forma de

<sup>12</sup> G. BARTORI, *Teoría*, cit., págs. 118/122.

conductas o comportamientos colectivos y, para estar en condiciones de manifestar su poder político y energía social. Esta articulación del pueblo en una unidad de acción y decisión durante el proceso político en que los seres humanos y grupos sociopolíticos se constituyen a sí mismos en pueblo, es el gran problema de la realidad política de la representación: el dilema es la unidad del representado, o bien, la unidad del representante.

a) *Unidad del representante para articular al representado.* En el absolutismo contractualista de Th. HOBBS aquella articulación reside en el representante, ¡cuando una multitud de individuos constituyen una persona!, cuando están representados por un individuo o una persona —individuo o asamblea—. . . ya que es la unidad del representante y no la unidad del representado —como un todo— lo que hace a la persona una. . . (Leviathan, L<sup>a</sup> I, cap. XVI).

b) *Pluralidad del representado y articulación.* Por el contrario, la noción sociológica de la representación en el campo de las relaciones sociales y de acuerdo a creencias, ella no será únicamente de los individuos o del conjunto como un todo (pueblo), sino de sus elementos y formas componentes en el realismo de la sociedad pluralista: los grupos sociales, naturales, asociaciones y grupos políticos, vale decir que, a la pluralidad del representado correspondería la diversidad de los representantes.

No obstante, esta posición sociológica, con mayor razón aquí, el problema de la articulación representativa de una sociedad en pueblo mediante los partidos políticos, está en primer término, porque la comunidad políticamente articulada que se organiza en unidad es el Pueblo, es el pueblo sujeto de la representación y el pueblo representado. "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución" (art. 22).

El profesor C. J. FRIEDRICH sostiene que "el problema de hacer persona a una multitud, es el problema de la acción política cuando tal acción se considera basada en la voluntad o en la opción. Si la acción se considera como un producto de la razón, la unidad de los representados puede discernirse en lo que "la razón ordena"<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> C. J. FRIEDRICH, *El Pueblo y el Gobierno. Una teoría empírica de la Política*. Madrid, 1968, cap. 17, p. 112.

## ALCANCE DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL REPRESENTADO

a) En la historia oriental, el alcance de la representación existencial y del simbolismo representativo de la sociedad por sus representantes, no estuvo agotada por ello, se extendió a un orden trascendente. Una sociedad pudo —además— convertirse ella misma en representante de una realidad u orden trascendente, del orden del cosmos. Aquí, quién representa es la sociedad misma: los imperios orientales con su poder teocrático y despótico, se autodefinieron como representantes de un orden trascendente del orden del cosmos (representado) y, por eso, irresponsable.

En cambio, la historia de occidente —dentro del alcance que desarrollamos— se interesó en quien representa como sujeto representante desde el punto de vista de su poder legítimo y de la jurisdicción; el que tiene justo título para mandar representando a Dios, al Pueblo o a ambos representados, así como que la transmisión del poder sea conforme con una Constitución. Representación *facta*, según un prestigio y una creencia que garantiza otra creencia en la responsabilidad de la conducta del representante. Las profetas fustigan a los reyes de Israel su pésima conducta con lo que están cuestionando su cualidad representativa. Las Constituciones modernas exigen legalidad como presupuesto de la legitimidad para la representación e institucionalizan la consiguiente responsabilidad constitucional; como por ejemplo cuando la nuestra protegiendo la vida, el honor o las fortunas de los argentinos, sujeta a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria (art. 29), o en las causas de responsabilidad por mal desempeño a delitos (juicio político, art. 45).

b) *Condiciones del proceso.* El proceso político de articulación es tan fundamental para la vida política como el de ordenación y organización de la sociedad. Como producto de ese proceso por el cual los hombres y países fundan y constituyen una comunidad en Estado y la articulan políticamente para la acción como Pueblo, tendremos la organización representativa del Poder político. Cuyas relaciones de poder con dicho sentido electoral configuran al poder electoral que en un proceso también electoral, confiere poder de representación.

*Poder representativo es poder político de dirigentes, autoridades, gobernantes y estadistas (poder de autoridad) que pueden actuar por*

el pueblo, conferido por ese sujeto primario en unidad, cuyos actos le son imputables eficazmente al mismo en conjunto, más que a éllos personalmente. La declaración y sanción de una ley del Congreso promulgada, tiene para todos ellos fuerza obligatoria.

Entonces, una persona (autoridad) integrante de un órgano o una organización (gobierno) es representante político de una sociedad constituida y articulada en pueblo para la acción, cuando sus actos le son imputables con toda eficacia a éste y tiene el poder para actuar por todo el conjunto, sin recibir instrucciones expresas y realizando actos con fundamento constitucional que son obligatorios para todos como para no poderlos ya impugnar con idéntica eficacia. El Gobierno de la democracia constitucional a través de sus autoridades y órganos (poder electoral, legislativo, ejecutivo, judicial), es representante de una sociedad o pueblo, para lo cual, éste debe estar articulado para la acción (partidos políticos).

Mientras que un diplomático que ese gobierno designa ante una organización internacional, no es representante sino agente del gobierno y está sujeto a sus instrucciones, careciendo de representación política y de poder de decisión; análoga es la situación del ministro del poder ejecutivo en nuestra Constitución. El agente y el comisionado—incluso los de la voluntad general rousseauiana— son servidores del mandato y no representantes. Sin embargo, nada obsta a que si el agente diplomático, el ministro del ejecutivo o cualquier asesor presidencial y dependa de ellos que demuestren poseer "cualidad representativa para representar" que estuviera correspondida sintiéndose representado el presidente o el gobierno, puede extraer de esta relación, un suficiente prestigio de autoridad y de ella cierto poder; con lo que, no hay representación política aunque tienen "representatividad" para actuar eficientemente en su misión.

En conclusión, las condiciones sustanciales del proceso representativo o de la representación política son: 1º Articulación de una comunidad en Pueblo para actuar (representado) y representarse; 2º Imputación de los actos de los representantes, sin otra dependencia que la constitucional; 3º Poder de representación política—no de otro género— para actuar y decidir por el conjunto, vale decir, del promotor y del promovido, del gobierno y del pueblo en la relación político-electoral.

QUALIDADES REPRESENTATIVAS DEL PODER Y  
DEL REPRESENTANTE PARA REPRESENTAR

Las cualidades de la representación como fenómeno sociológico y simbólico —relación social— como también, político y constitucional —relación política—, son inherentes a la naturaleza del poder representativo y del poder electoral: deben existir en el representante para representar. Estas cualidades vinculadas al problema de la distribución y ordenación de la igualdad política como a la participación, ya que la representación política es un método de participación en el poder político, consisten en: 1º) La existencia de las relaciones de poder y su cualidad representativa; 2º) La representatividad, poder representativo es poder legítimo; 3º) Cualidad constitucional del poder y representatividad derivada de la Constitución; 4º) Poder mayoritario y minoritario; representación política voluntaria por el consentimiento o aprobación del representado, sea por actos voluntarios o racionales y descubrimiento de la cualidad representativa (representatividad).

1º) El poder y su cualidad representativa.

La auténtica representación política presupone la existencia del Poder y como ella implica un método de participación del Pueblo en el poder, a su vez, el poder tiene cualidades representativas de que carece la nuda fuerza desnuda. Cuando del poder político se trata, estas cualidades serán también políticas. En la relación política, fundamentalmente relación de mando y obediencia (elementos intrínsecos) para que un comportamiento sea acto de o del poder; al mando corresponde la autoridad y la representatividad como, asimismo, dispone de la fuerza externa y del monopolio del poder coactivo; a la obediencia corresponde el consentimiento espontáneo, si fuera expreso por una participación del pueblo en el poder electoral, para que el poder sea representativo y por tanto, poder legítimo. La representación política como relación de participación en el poder, es una relación de consentir.

Cuando nos referimos a esa forma del Poder político que es el poder electoral del pueblo, estamos diciendo poder de representación y de gobierno, de elegir y de consentir, de decidir una determinada

política. Este es siempre por naturaleza poder representativo y esa constituye la nota característica del Gobierno constitucional moderno.

El derecho de representación, de re-presentar, emergente de la igualdad política y del derecho de participación, lo tienen todos y es para todos, pero en dependencia o condición de aquella cualidad representativa de representar del representante. Dicho poder representativo —de representar— corresponde a la mayoría y en su caso, a las minorías. En cambio, el poder político (representativo) de decisión sólo a la mayoría y a los representantes elegidos por la mayoría que disponen también del poder en el Estado o poder de autoridad, mientras que el poder de iniciativa, deliberación y control para las minorías y los representantes elegidos por ella.

### 2°) Poder representativo es poder legítimo.

La representación política surge con la espontaneidad creadora del consentimiento y entre otras funciones creadoras de la Política, la representatividad genera consentimiento y éste, representación. Mientras que la fuerza es impulso externo centrífugo que a modo de instrumento eficaz para conservar el orden y hacer cumplirlo, no es de por sí creadora y nada genera, a la inversa de lo que ocurre con el poder representativo. La única esperanza de la fuerza está en transformarse en consentimiento recibiendo, puede quedar frustrada si no llega a la representatividad.

El Poder para ser representativo debe ser legítimo. La representatividad depende de su legitimidad o sea del consentimiento que viene de abajo, de la comunidad, del prestigio que encuentra su fundamento en la creencia predominante en ella sobre la legitimidad<sup>12</sup>.

Un poder legítimo nunca es representativo, debe acceder a estas cualidades representativas a que nos estamos refiriendo, completándolas. Para llegar a serlo, el proceso representativo es complejo, exigiendo accesibilidad a la cualidad representativa del poder. Su empeño podrá fracasar, pero lo más probable y todo es cuestión de tiempo es que, está laborando por restaurar esa representación legítima y obtenga el reconocimiento de la Historia, al intentar o lograr despersonalizar el futuro poder representativo legítimo. Por ese motivo, el Derecho recurre a la juridicidad del Estado de Derecho

<sup>12</sup> C. J. FRIEDRICH, *El Hombre*, cit., págs. 330 y ss. Para Friedrich, "la representación puede ser legítima o no, depende de la creencia de los que se ven afectados por ella" (p. 338).

y, la Ciencia política a la representación política, formulando una tipología de los gobiernos en legítimos, ilegítimos y pre-legítimos (infra: 3°).

### 3°) *Representación y constitución. Calidad constitucional*

Representación política y representatividad derivadas de la Constitución y calidad (representativa) constitucional del Poder, se corresponden una como resultado de la otra, en todo sistema representativo.

Para este sistema representativo, sus instituciones y gobierno representativo, órganos y autoridades son representativas —también— porque derivan su poder representativo de la Constitución, en que consiste la calidad constitucional del Poder político, encuadrándose antes y después del proceso electoral, dentro de sus exigencias fundamentales y formales. La igualdad ante la ley y la condición de *ideidad* (art. 16) éticopolítica son presupuestos constitucionales del sufragio representativo, así como también de la calidad para representar existencialmente.

Ello exige reparación y vigencia de la Constitución en varios sentidos: a) Reajustándose a los principios —derechos y fines— de la Constitución, a la *legalidad* y *jurisdicción* del poder, en su conquista, ejercicio, distribución y control, en particular con respecto a la transmisión del poder que sea de acuerdo al derecho fundamental de la Constitución. b) Reafirmarse en la creencia en la *legitimidad* política, tanto en la conquista como en la resistencia al poder ilegítimo, ya que la *legalidad* y *jurisdicción* constitucional generalmente es un presupuesto, a veces excepcionalmente, una consecuencia, del prestigio de la legitimidad. c) Dentro de ellas, adecuar el proceso político-electoral al programa y proyecto de la Constitución. Al derivar la calidad representativa del poder institucionalizado en la Constitución misma, la calidad constitucional es de por sí, representativa y refuerza su legitimidad permanente y duradera.

### *Tercera de Reflexiones de Gervasio*

De acuerdo con este criterio de las calidades representativas, desde el prisma de la Ciencia política, puede formularse una tipología de los regímenes políticos de gobierno que combine aquellas.

a) *Gobierno legítimo en principio*, es aquel que según la creencia popular contaba con el título correspondiente para ejercer el poder. Este justo título para ejercer el poder de acuerdo con la creencia en la legitimidad democrática, consiste en la correspondencia entre Constitución y representación política idónea para elegir y consentir. Entonces, Gobierno legítimo es gobierno representativo, aquel en que el Poder establecido constitucionalmente se adquiere, ejerce, transmite, distribuye y se controla por representación política, siendo sus principios y normas aceptadas por la comunidad.

b) *Gobierno ilegítimo*: aquél en que el poder es conferido y ejercido, sea con "aparencia de título" que le confiere alguna investidura o que actúa contra el bien común, sea que lo haya conquistado por la mera violencia sin título constitucional alguno (usurpador) y que, pretende imponer los principios de su propio orden, pero a los cuales la comunidad no reconoce ni acepta. Cualquier poder ilegítimo jamás es representativo.

c) Entre ambos regímenes, tenemos una situación intermedia y provisoria sometida a la precariedad del tiempo, el *Gobierno prelegítimo* es aquel en que el poder ha sido conquistado por sí y ante sí, o conferido y ejercido en consonancia con sus propios principios y normas que el Pueblo —todavía— no acepta, pero que el gobierno ilegítimo con pretensiones de legitimarse respeta. Será legítimo porque no ha respetado la legalidad en la transmisión del poder, pero sus fines concretos son restablecerlas. Careciendo de legalidad sea como presupuesto de la legitimidad, sea como consecuencia de la misma (prelegitimidad), esta pretensión de legitimarse algún día que busca el reconocimiento espontáneo mediante el respeto de los principios, sólo puede consistir entre nosotros para la doctrina americana de la revolución, en una empresa restauradora de nuestra Constitución histórica violentada pero no abrogada, y por tanto, de su sistema representativo mediante cuyo funcionamiento quede reparado el poder representativo.

#### 4º) Poder electoral, mayoritario y minoritario: *Descubrimiento de la cualidad representativa*

**MATERIA DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA.** — La representación política voluntaria mediante el consentimiento del Pueblo representado, sea por actos voluntarios y/o racionales, importa el descubrimiento

de la cualidad representativa del representante que consiste en tener *ocasión de representar*. De otro lado, se encuentra en juego la expresión de la voluntad del pueblo y la ordenación de la raza del pueblo que, junto con el interés "nacional" —o intereses particulares de los grupos en la representación funcional—, constituyen su materia.

a) La representación política, se basa en el consentimiento y aprobación voluntaria —querida—, característica del Gobierno legítimo moderno. Este proceso representativo consiste en la participación del Pueblo en el poder político y de todos los ciudadanos o de una mayoría en ese poder electoral a través de la articulación e intermediación de los partidos políticos; ejerciéndose poder de autoridad, dirección y decisión (gobierno) por el grupo minoritario representativo, con la aprobación expresa o tácita de los restantes, actividad vinculatoria de sus actos para toda la comunidad.

Como la participación que es personal y directa de todos en el sentido de unanimidad no resulta posible en el proceso electoral, ante a quienes no pueden estar presentes y a los que hay que representar, la presentación de nuevo viene a ordenar la sustitución organizada en una participación indirecta (usamos el término, aunque esta sea personal y directa).

b) En el proceso electoral por esos motivos, la minoría que no ha podido estar presente, se encuentra representada en ese proceso por la mayoría que concurre y, además, actúa y encarna el poder electoral de las minorías, situación a la que se ha llamado representación involuntaria. Situación en la cual, la minoría no ha participado ni asistido al proceso electoral para nada. El poder electoral mayoritario representa voluntaria e involuntariamente a la minoría ausente y, el poder de autoridad radica en los elegidos por la mayoría.

c) Aquella representación política voluntaria manifestada por actos políticos de la inteligencia y la voluntad, de representar y representarse, de consentir y aprobar, presenta varios aspectos:

1º) De *consentir genéricamente* encarnada en los principios y dinámicas de la Constitución o "representación constitucional", en razón de su sistema representativo; v.gr. el Pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes... (art. 22), elegidos directamente por el pueblo y a simple pluralidad de sufragios (art. 37).

2º) De *aprobación y selección electoral específicas*, elegir y consentir, ya que en dicho proceso el cuerpo electoral elige a uno o un

conjunto de elegidos para que lo represente, "relación política electoral" y representativa, en cuya selección han descubierto la cualidad de representar del representante o su actitud de representar. Aquí es donde se aprecia la esencial función representativa de los partidos políticos en el proceso electoral porque el partido elige a los candidatos o elegidos y el pueblo (electorado) otorga consentimiento al partido; ambos, ponen en evidencia pública resultando la cualidad existencial representativa de los que van a ser representantes. Esto antes, durante y después de los actos electorales y en proceso en que son electos, encontrándose a los hombres políticos —generalmente— que pertenecen a una misma comunidad de valores, creencias e intereses. Representación "existencial" (FRIEDRICH) que viene a coincidir con la motivación psicológica de la representación como "pertenencia" (SARTORI), es decir, la representatividad.

d) Representación voluntaria e involuntaria. Representación política y proceso electoral no se identifican ni son la misma cosa, pero ambas están implicadas en el proceso representativo. Puede ocurrir —en un segundo caso— que la minoría naturalmente representada por la mayoría, se participe concurriendo directamente al proceso electoral con la esperanza que el mismo la transforme en mayoría representativa, aunque haya tenido una actitud opuesta, pero que al votar participa en la selección cooperando a poner en evidencia la cualidad existencial representativa de los elegidos. Ahora, en este caso, la minoría al aceptar participar en el proceso electoral efectivamente aunque desde la oposición (consentimiento genérico de la Constitución) para encontrar representantes descubriendo su cualidad representativa al votar por otros (aprobación electoral específica), tratase de una representación política operada en parte voluntaria y en parte involuntariamente.

Ello dependerá de si la minoría en cuestión está o no en abierta resistencia al sistema político en conjunto. Si no lo está, existe representación voluntaria por la concurrencia electoral aunque se vote en contra. Pero, si se encuentra en franca resistencia contra el sistema político o su funcionamiento, entonces, la representación es involuntaria. En este último supuesto, sería necesaria una solemne manifestación pública o declaración de abstención para que la auténtica representación política en el proceso resulte clarificada como opinión colectiva al no prestarse consentimiento y la consiguiente responsabilidad política deslindada.

Las relaciones políticas —de poder— que en el proceso electoral se concretan en las relaciones entre poder mayoritario y poder minoritario del electorado y elegidos, de representado y representantes, van a determinar lo que hemos llamado el poder representativo. El contenido o materia de esta representación es el de la decisión colectiva cuya determinación reside en manifestar la voluntad y la razón del pueblo.

La voluntad del pueblo en el resultado cuantitativo de la relación entre mayoría y minorías que se somete a una decisión colectiva y que consiste en expresar el consentimiento de la "representación voluntaria del pueblo". Mientras que, la razón del pueblo como ordenación racional se encuentra en el resultado cualitativo axiológico y teleológico a través de la razón preceptiva y normativa del poder de autoridad y, en donde reside la "razón y justicia del pueblo". En la primera, de acuerdo a la justicia igualitaria distributiva —progresión aritmética— y en la otra, con la justicia conmutativa —progresión geométrica—, son los dos objetos formal y material de la representación política en la relación de poder mayoritario y minoritario del poder representativo del pueblo.

El profesor K. LOEWENSTEIN define esta representación diciendo que "la idea de la distribución del poder está esencialmente unida a la teoría y práctica de la representación, así como a la teoría gubernamental que se basa en ella. La naturaleza jurídica (?) de la representación es que los representantes —cualquiera sea la manera de su investidura— reciben por adelantado el encargo y la autorización de actuar conjuntamente en nombre de sus representados, y de ligarse por sus decisiones colectivas... y en absoluto se puede equiparar elección y representación, aunque la elección es una técnica indispensable en un auténtico, es decir, no sólo simbólico, proceso de representación...". Por eso, vincula sistema electoral y voluntad del pueblo: "La idea del pueblo como detentador soberano del poder no es sino una estéril y equívoca hipótesis si las técnicas electorales, por medio de las cuales las electoradas determinan a los candidatos y a los partidos que deberán representarlos en el parlamento y en el gobierno no están establecidas de tal manera que el resultado electoral refleje honrada y exactamente la voluntad de los electores. El

sistema y las leyes electorales deben ser imparciales y absolutamente objetivos frente a todos los candidatos" y partidos<sup>18</sup>.

### 5. — FUNCIONES Y OBJETIVOS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA.

La Ciencia política también, debe interrogarse ¿para qué es la representación? ¿cuál es su utilidad?, ¿para qué somos representados? Contestaremos con algunas de sus funciones y objetivos más importantes.

#### 1º) *Legitimar la autoridad*

El fundamento del poder depende de su natural cualidad representativa que a su vez permite actuar al poder del pueblo por representación, asegura la igualdad y participación política, sustituyendo a los que hay que representar, presentar de nuevo porque no pueden participar y obteniendo así legitimidad (poder representativo); esa creencia y prestigio que importa el consentimiento del pueblo y que, atribuye el centro de imputación de los actos del representante (gobierno) al conjunto articulado en unidad (pueblo).

Así, la representación legítima depende de la creencia que tengan sobre ella los sujetos de aquella; y dicha legitimidad consiste en el consentimiento de todos los representados o su mayoría —sea absoluta o relativa— y de los opositores al representante —minoría o minorías—, siendo la representación política una fuente del poder de autoridad. La autoridad por su parte, es "una configuración de la verdad aceptada en la reverencia y en la fe, no comprendida todavía racionalmente, aunque el acto de aceptación en sí mismo constituye una cierta comprensión racional, a saber: la comprensión de la inherente e ineluctable necesidad de la propia autoridad" (FRIEDRICH).

Lo singular es la doble raíz de la legitimidad que, en este pueblo articulado y representado, la legitimidad e ilegitimidad de la representación, por tanto del poder representativo, depende de la creencia que sobre ella tienen los que la interpretan que, no son únicamente los representados que han estado de acuerdo con el representante, sino también aquellos que están en oposición al representante. La legítimi-

<sup>18</sup> K. LOEWENSTEIN, *Teoría*, cit., p. 134.

dad de la representación política y aun excepcionalmente la legitimidad de algunos actos del poder ilegítimo, demuestran que la misma es fuente generadora de poder y en el caso de emergencia de un poder de autoridad prelegítimo. No obstante, esta creencia en la legitimidad democrática, fundamento de la vida política y del gobierno moderno, involucra la legalidad y juridicidad del poder, en su aspecto de representación constitucional.

### 2º) *Acto voluntad y razón del pueblo. Crea gobiernos*

Hemos visto que, el poder electoral como relación representativa permite al pueblo a través de instituciones articuladoras, mediadoras e integradoras, los partidos políticos, una participación igualitaria del ciudadano en la formación del cuerpo electoral como en el mismo proceso: fundamentalmente, en cuanto a la materia de la representación política, manifestar la difícil voluntad del pueblo normalmente y encausar el proceso normativamente por la razón del pueblo. Al posibilitar el funcionamiento del poder electoral del pueblo que es poder de gobierno y representación, está creando un gobierno representativo. La política es una actividad generadora y creadora.

### 3º) *Pueblo sujeto de la representación y partidos sujetos de la opinión política*

Al expresarse voluntad del pueblo y determinar su razón en un proceso electoral, la representación política está dando una imagen del estado de la opinión pública, en un momento con respecto a cuestiones culturales, sociales y políticas. Información, formación y formulación del juicio público (lógico) y más aun la actitud asumida por el grupo activo portador de ella, interpretando idea e imagen de esa opinión pública en un proceso electoral en el cual ambas —representación y opinión— pueden legitimar el poder, actualizando "valores" e intereses que la sociedad acepta u otros "valores nuevos" que pueden en el choque producir conflictos, demuestra la íntima vinculación. A todo lo que, por el proceso político se pretenderá dar solución mediante representación y representaciones, simbólica, existencial y constitucional.

Los partidos políticos siendo grupos sociales especializados que como factores de poder articulan una sociedad en unidad cual pueblo

para actuar representativamente (representar y representatividad del representado), participan en el proceso formativo de la opinión política. a) Informando del problema político hacen público sus propios juicios exteriorizándolos con la pretensión de que sean adoptadas —programa y estrategia partidaria— por la ciudadanía y el electorado. b) Frente a ellos reciben las opiniones políticas ya formuladas por otros grupos sociales también especializadas que, sometidas a la elaboración de su propio análisis crítico y cualifican hacia el juicio colectivo. En ambos casos, el partido político es un grupo activo del pueblo, portador y portavoz de opiniones políticas que determinarán motivaciones traducidas en actitudes probadas de sentido.

#### 4) Comunicación y control

R. R. FAGEN de la Universidad de Stanford vincula la representación y participación política con la necesidad de comunicación en el sistema político. "El sendero de la comunicación es tan directo como cualquiera para abordar los problemas principales de la libertad y la restricción..." "Cuando los individuos se encuentran en una relación de poder o de influencia, necesariamente se encuentran también en comunicación"<sup>12</sup>.

La representación política constitucional y su representación simbólica intervienen y facilitan el proceso de comunicación. Particularmente debido a la libertad de expresión y por otro lado, la conformidad o disconformidad sobre las reglas del juego político cuya concordancia se concerta en el proceso representativo. Desde la creadora facultad de pensar hasta la libertad de información esenciales para la vida política, siempre la representación cumple funciones de comunicación y transmisión del simbolismo idea-imagen, opiniones, significaciones y representaciones que expresan consentimiento o disconsentimiento.

Representación y comunicación, entran y permiten el control político que a partir de ambas se lleva efectivamente a cabo. LOEWENSTEIN dice que, "la conocida conformación triangular del poder —gobierno, parlamento, electorado—, en la cual al electorado le corresponde una función de control, como árbitro entre los otros dos detentadores del poder... del electorado como supremo detenta-

<sup>12</sup> R. R. FAGEN, *Política y Comunicación*, Bs. As, 1966, págs. 31 y 32.

der del poder... La supremacía de la Constitución es el remate de un sistema integral de controles políticos"<sup>38</sup>.

### 2) Responsabilidad política

La responsabilidad política es una consecuencia existencial de la naturaleza de la representación política de acuerdo a los objetivos y funciones expuestas. La responsabilidad política se presenta como el grado máximo y culminante de la actitud representativa, y por tanto, de la función de control político. Hay control político cuando realmente puede exigirse responsabilidad política. "El punto crítico de la función de control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política. Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada... el gobierno al parlamento, el parlamento al gobierno, ambos al electorado"<sup>39</sup>.

Naturalmente que esta responsabilidad constitucional proviene de una raíz ética profunda, puesto que los actos de responsabilidad producto de las relaciones de conducta eticopolítica, están íntimamente unidos en las relaciones de poder y del poder por el contenido ético de la Política en cuanto a la elección de los medios y los fines, se materializan en la responsabilidad frente al poder y se institucionalizan en la idoneidad y en la responsabilidad constitucional del poder de autoridad.

Puede darse conducta responsable en múltiples ámbitos de la Política, veamos tres paradigmas. Conducta responsable al interpretar para emprender una generación argentina, cualquier "enmienda"<sup>40</sup> de nuestra Constitución histórica, la alteración del pacto fundamental, su carácter de símbolo de símbolos o, la programática y proyecto que ella importa frente al artículo 30, acto ético de la voluntad y la razón que determinará responsabilidad ética e histórica. Conducta responsable de la autoridad dentro del gobierno representativo con motivo de las decisiones que ha de elaborar. Un paradigma culminante de conducta responsable, es la "renuncia" como acto político de contenido moral, fundada voluntaria y racionalmente en motivaciones eticopolíticas.

<sup>38</sup> LOEWENSTEIN, *Teoría*, cit., p. 49.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

La responsabilidad política consecuencia de la representación, alcanza en consecuencia, a electores y elegidos, a representantes y representados, a la mayoría con respecto a su poder de decisión y a las minorías particularmente en su poder de control y oposición. Responsabilidad en tres ámbitos concatenados en que una puede importar la otra: responsabilidad técnica y funcional, personal y constitucional.

a) *Responsabilidad técnica y funcional.* El sujeto del acto por su conducta en razón del bien público, es responsable por cualquier iniciativa o decisión frente a otro afectada (responsabilidad personal), o bien, responsable en función de un proyecto determinado por pautas estereotipadas de conducta (responsabilidad funcional), conducta de la que responde ante un estímulo exterior, personal y funcionalmente. Naturalmente que estos aspectos de la conducta responsable están concatenados. Paradigma de técnica responsable se da en el grupo burocrático y en su cuadro jerárquico, donde en principio según una rancia tradición, el técnico o experto es responsable del inicio del proyecto pero no del resultado final, responsabilidad del político que toma la decisión, aunque la responsabilidad funcional pueda hacer entrar en juego una responsabilidad personal.

b) *Responsabilidad personal ya no es la del técnico sino la del político —gobernante, legislador, estadista— que es responsable ante el pueblo que representa y según su conducta responsable ante la representación política sin mandato o instrucciones. Para ser conducta responsable tiene que adoptar o establecer en qué consiste su programa, en qué consiste el bienestar general y el interés público, accediendo en consulta al juicio de la opinión pública en abierta actitud. Con ese objetivo es que su primera responsabilidad con respecto al pueblo, está en tenerlo informado —publicidad— de todas las determinaciones del programa y proyecto que guiará su conducta responsable.*

c) *Responsabilidad constitucional.* El programa y proyecto de una buena política que sea plenaria está en nuestra Constitución histórica que, planifica con elasticidad las decisiones que pueden solucionar los más complejos problemas sociales y económicos. Esa conducta responsable del político, cuyas pautas están institucionalizadas en la Constitución, la legislación y en su interpretación, es ahora llamada responsabilidad constitucional requiriendo la idoneidad (art. 16), a la que hemos hecho referencia con ejemplos en este tra-

bajo. Dentro de la responsabilidad constitucional quedan funcionadas en una sola responsabilidad personal y técnica, por lo menos en eso consiste como intento de institucionalización: reglar en líneas fundamentales la actividad del representante y como consecuencia su responsabilidad.

Sin embargo, el político tiene un amplio margen de discrecionalidad tanto en el proceso político como en el proceso de gobierno con respecto a los actos políticos y a la toma de decisiones que quedan reservadas a su prudencia política e implica: 1º) Puede y tiene que elegir entre dos o más alternativas en la circunstancia; 2º) Puede aparecer un nuevo problema o una nueva solución no prevista, una renovación o creación; 3º) La decisión destinada por su significado a "resolver" dando soluciones, no debe por innovación provocar nuevos problemas que se tornen insolubles originando una cadena incesante de remedios declarados caóticos; 4º) La abstención también es una decisión representativa y responsable; 5º) La elección para tomar decisión no se realiza arbitrariamente, no debe ser irracional ni negligente, sino justamente fundamentada en actos racionales de acuerdo a la situación histórica. Se obra dentro de los principios constitucionales cuyos preceptos eliminan toda decisión arbitraria, irracional e negligente —aún de los controles de constitucionalidad—, determinando la conducta responsable institucionalizada del representante.

Consecuencias. — Las relaciones de responsabilidad determinan consecuencias no sólo para el representante sino también para el poder y su ejercicio.

1º) La responsabilidad del poder mismo y frente al poder, convierte al poder coactivo en consentimiento, en poder político, haciéndole en el primer caso perder poder ante los que no creen en su responsabilidad y, en el segundo aumentar la responsabilidad del titular del poder ante los que creen en su responsabilidad.

2º) A mayor responsabilidad mayor autoridad. Naturalmente, esto depende del creciente o decreciente sentido de responsabilidad en las relaciones representantes y representado; según muestran el modelo de responsabilidad común establecido en la sociedad o no; y por otra parte, de la fundamentación racional de la decisión política como conducta responsable, por ella, la exposición de motivos de un proyecto del poder ejecutivo en el mensaje o, la motivación que fundamenta una ley e ilustra su discusión parlamentaria y el voto fundado de un juez.

3º) La responsabilidad política aumenta la influencia social cuantitativa de los representantes y representado, en particular ante aquellos que es responsable el Gobierno representativo. Sin embargo, C. J. Friedrich agrega que la dificultad está en hacer efectiva esa responsabilidad, pues resulta más difícil exigirla cuanto mayor es el poder mayoritario que haya elegido al representante<sup>29</sup>.

Esto explica que el sistema representativo de una Constitución y su supremacía, sea un sistema de articulación, intermediación, integración, comunicación, control y de responsabilidad.

## 6. — EL PROCESO POLÍTICO ARGENTINO

### SISTEMA DE PARTIDOS. LEY ORGÁNICA.

El régimen constitucional alterado no permite saber antes del acto electoral que tan confuso se muestra, cuál será el régimen político que ha de tener la República, cuando por el contrario, los principios y fines de la Constitución indican que el proceso electoral debe adoptar el carácter reparatorio de nuestra Constitución histórica y, recién luego, el acceso selectivo al poder de los partidos políticos en el gobierno que ella instituye. En cambio, se ha dictado primero un decreto-ley que reglamenta los partidos políticos, cuando ese proceso político está indicando claramente a la inversa: 1º) Reparación institucional de nuestra Constitución y, nunca "enmienda" alguna; 2º) Dentro del sistema político de su régimen constitucional, adecuar estrictamente a él, la regulación jurídico-política de los partidos y la legislación electoral.

Devino en esa forma el proceso político desde 1955 a 1960, estando restaurada y vigente la Constitución, fundamentada en ella se proyecta la ley orgánica de partidos políticos n° 16.652 en 1964, sancionada por el Congreso nacional donde estaba representado el pueblo de la Nación y de las provincias a través de casi todos los partidos. Esta ley argentina de la república constitucional, además de ensayar la integración histórico-sociológica en el proceso, de acuerdo con la Constitución, establece las condiciones sustanciales para la existencia de los partidos políticos. Entre las cuales, se encuentra la "doctrina" que en la determinación de la política nacional promueva el bien público, a la vez que propague expresamente el sosténimiento del

<sup>29</sup> C. J. FRIEDRICH, *El Estado*, cit. págs. 360-344.

régimen democrático, representativo y republicano, y el de los principios y fines de la Constitución nacional" (art. 3º, b); a los que, la declaración de principios y el programa o bases de acción política "deberán ajustarse de manera formal y real" y "orientarán la acción del partido" (art. 22) <sup>21</sup>.

En cambio, el reciente decreto-ley n° 19.102 de 1971, después de tomar de nuestro anteproyecto y reconociendo como modelo a la ley republicana 16.652 que no establecía "proscripciones ideológicas" (astracismo) sino un control de confrontación con la Constitución mediante debido proceso legal, ha dejado en el tintero justamente institucionalizar ese control republicano.

a) Por eso, ahora, la declaración y el programa o bases de acción política, no tendrán que contener los principios y, sólo los fines de la Constitución (art. 25), cuando son los primeros los que hacen a la forma de vida argentina y contienen derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, mientras los segundos carecen de fuerza normativa y preceptiva.

b) Suprime de nuestra ley 16.652 el encuadre de la definición de cuándo y cuál es la situación en que no se cumplen con los requisitos del artículo anterior (22) en su "doctrina o en su actuación" interna y externa, eliminando otra definición, la "concentración personal del poder" (art. 23, ley 16.652). De donde, estas fundamentales omisiones que desnaturalizan el modelo, dejan sin definición normativa cuál es la causa que hace a la existencia del partido, para pronunciar sentencia y, sólo queda en suspenso la inconstitucionalidad y el recurso extraordinario. Cualquier grupo social o factor de presión podrá ser reconocido como partido político. Por lo demás, aunque haya practicado la concentración personal del poder y, aunque una vez en el poder suprima el régimen republicano democrático y los derechos civiles,

c) Suprímese por otros decretos-leyes, la Justicia Nacional Electoral como fuero especializado del Poder Judicial que fue la que encausó el proceso electoral de integración política, aplicando la

<sup>21</sup> Anteproyecto de Dictamen sobre Estatuto de los Partidos políticos. Cámara de Diputados de la Nación. Comisión de Asuntos Constitucionales. Bs. As. 1964.

Ley Orgánica de los Partidos políticos. Mensaje n° 1204 y proyecto de ley del Poder Ejecutivo. Cámara de Diputados de la Nación. Bs. As., 1964.

Ley de los Partidos políticos. N° 16.652. República Argentina. Ministerio del Interior.

Constitución estrictamente y defendiéndola. Sólo restituye la Cámara Nacional Electoral pero dejando la primera instancia supeditada a otros jueces que no son los jueces electorales naturales. Ómite normas precisas del procedimiento electoral y del reconocimiento de los partidos<sup>22</sup>.

Para citar una opinión objetiva sobre nuestra ley n° 14.632, basta la del profesor Francesco LEONI quien entiende que pone punto final en la debatida cuestión de la regulación jurídica de los partidos y que supera a todas las normas que enumera en su libro. Dicha ley "es extensa, amplia y precisa. Dicta una serie de disposiciones de extremado interés, no solamente en la que concierne a la función y a los derechos de los partidos argentinos, sino también por lo que respecta a su influjo en la vida política nacional. Por otra parte, el trabajo a que fue sometido este texto antes de obtener la sanción definitiva de las dos Cámaras, indica cómo y en qué medida haya sido comprendida por el legislador que, al elaborarla, ha tenido presentes no sólo principios de carácter jurídico, sino también principios elementales de naturaleza social. La ley número 14.632 ofrece elementos que no pueden ser descuidados por el estudioso y que, en ciertos aspectos, pueden suministrar material de análisis a los que siguen el complejo proceso evolutivo a que se encuentra sometido, en el mundo moderno, el partido político"<sup>23</sup>.

#### PODER ELECTORAL DEL PUEBLO Y LEGISLACIÓN ELECTORAL NACIONAL

Una sociedad se articula como pueblo por sus órganos naturales y grupos sociales que son los partidos políticos, como hemos ya visto. El pueblo es la fuente del poder que ejerce en acto y dispone "in habitu" del poder político, en él reside. Sin duda que, estando institucionalizado en nuestra Constitución, el pueblo y el gobierno, gobernantes y gobernados, deben ajustarse en su conquista y resistencia, en su ejercicio y distribución, en su control y transmisión a la misma Constitución y sus leyes. Por eso que, el pueblo dispone de tres formas de poder político, dos extremas y excepcionales, una normal y perió-

<sup>22</sup> Partidos Políticos, Ley Orgánica (14.102, 14.104, 14.106. Dec. 3180/71). Rep. Argentina. Ministerio del Interior, Bs. As., 1971.

<sup>23</sup> F. LEONI, La regulación legislativa del partido político. Madrid, 1949, págs. 52 a 57.

dica: a) el poder revolucionario para defender su Constitución histórica; b) el poder constituyente para dictar —o reformar, no “emendar”— el código político más armoniosamente concertado, ejercido originariamente en 1853 y 1860; c) y el poder electoral, por el que decide una política, y quienes han de gobernar y representar, mediante el consentimiento o el disenso; por ello, es un poder de gobierno y representación.

La legislación electoral que distribuye igualdad y participación política y que regula el proceso electoral, tiene raíz constitucional, puesto que “el Congreso expedirá una ley general” (art. 41) y, si bien, contiene métodos sistemáticos (sistema electoral) y de organización territorial del sufragio, muchas veces dotados de conveniencia y oportunidad, no puede dejar de ser una ley con cierta permanencia y justa, ya que establece las reglas de juego del proceso político en la transmisión y constitución del poder.

Justamente, la ley n° 8671 de 1912 es el modelo argentino de ley general, justa y objetiva. Concertada de acuerdo a los principios y fines de la Constitución, previamente entre dos patriotas insignes los doctores Roque Sáenz Peña e Hipólito Yrigoyen con el apoyo moral de otro no menos insigne, el general Pablo Ricchieri —fundador del moderno ejército argentino— y, respaldados por el poder “in habitu” del pueblo, fue luego sancionada por el Congreso cuyos debates están llenos de enseñanzas sobre la materia<sup>24</sup>. Resultará casi imposible a cualquier innovador obtener una mejor al modelo, prototipo y arquetipo en la distribución de la igualdad y participación política, conquistada por sucesivas generaciones argentinas en su probada aplicación.

- El principal objetivo de la ley Sáenz Peña no era —como se ha sostenido ahora— “insertar en el marco (1) representativo del gobierno a una de las fuerzas gravitantes que actuaban”<sup>25</sup> allá por 1910-1912. Por el contrario, el objetivo que regulan nuestros predecesores era que mediante una reparación institucional se pusiera en plena vigencia nuestra Constitución histórica, que demandaba el levantamiento de la abstención revolucionaria —en 1910 iba a estallar la revolución— y la participación igualitaria del pueblo argentino en

<sup>24</sup> S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional*, Bs. As., 1970, tomo VII, n° 435, págs. 177 y ss.

<sup>25</sup> *Revisión constitucional y bases para la Legislación Electoral*, Ministerio del Interior, Octubre de 1957, págs. 23 y ss.

su poder electoral, llegándose en dicho proceso a "comicios honorables y garantidos".

La conferencia previa Sáenz Peña-Trigoyen como la anterior —Figueras Alcorta-Trigoyen—, ilustra sobre cuáles eran los designios históricos y sobre la justicia del sistema representativo de la Constitución. A la salvaguarda de Sáenz Peña de que el sistema proporcional no sería votado por el Congreso y que creía que el "pensamiento constitutivo de la Nación fue siempre el de que hubiera dos grandes fuerzas nacionales y nada más"; hízole presente Trigoyen que él creía "debía darse representación eleccionaria a las minorías, como una demostración de mayor cultura". Recordó Trigoyen fijar las "dos terceras partes para la mayoría y una tercera parte para la minoría —léase minorías en dicho régimen—, lo que aceptó (Sáenz Peña) sin más observación"<sup>28</sup>.

Inexacto es también, como se está sosteniendo, que la proporción asignada por esta ley no satisface a "nuestra realidad contemporánea, porque ésta se manifiesta a través de más de dos tendencias". Por el contrario, demuestra aquella conferencia cumbre que no era así y que no es así, puesto que dicha ley fija un tercio a las minorías. La ley n° 8871 o ley Sáenz Peña que adopta los principios de universalidad, unicidad, secreto y obligatoriedad del voto, institucionaliza el sistema del voto restringido o limitado (lista incompleta) y el debate en el Congreso se inclina doctrinariamente a considerar al sufragio como un derecho funcional o derecho político. Este sistema electoral de la "lista incompleta" responde a la elección previa de los candidatos por los partidos políticos y, aplicado en un Estado federal como el nuestro en que cada provincia y la capital constituye un distrito electoral, permite la representación y control de más de "dos tendencias". Debido al sistema y a la organización territorial del sufragio por la Constitución, en un distrito podrá corresponder a una mayoría los dos tercios y a una minoría el tercio restante, pero en los diversos distritos pueden invertirse los resultados en cuanto a la mayoría y escrutarse hasta 23 minorías distintas —hipótesis extrema—. Puesto que el ciudadano vota por dos tercios de los candidatos a elegir, puede sustituir candidatos y el escrutinio da el triunfo a la mayoría de dos tercios en el distrito y tercio restante a las minorías en los diversos distritos.

<sup>28</sup> Hipólito Trigoyen, Pueblo y Gobierno, Tomo I, volumen II, Bs. As., 1963, S. Enciclopedia Institucional, págs. 377 y ss. (V° escrito a Corte Suprema).

## LA CONSTITUCION HISTORICA ARGENTINA

La Constitución argentina se defiende y está defendiéndose casi sola, con el mayor de los éxitos que podían preverse en este proceso político, a la par de incesantes voces y medulares alegatos que desde ésta e innumerables tribunas se han alzado y vienen a confirmar el acerto. Nuestra Constitución se está defendiendo por derecho propio, en virtud de que, aceptada por todos, goza de inmutabilidad esencial y existencial frente al estado de desconstitucionalización argentina, producto de la tergiversación de lo que es revolución y "enmienda" constitucional.

## I. REVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO

La Revolución, como derecho y como acto político en su ejercicio, es el recurso extremo de los pueblos mediante el cual hacen resistencia legítima a toda ilegalidad pública fundamental, en un proceso normal de reparación y en defensa de su Constitución histórica.

Una teoría de las revoluciones interpreta diversas concepciones del cambio histórico y cultural, social, político y jurídico<sup>26</sup>; pero esta doctrina, hispanoamericana, a que responde aquel concepto integrador exige, para que haya revolución, que el acto de resistencia sea: a) Recurso extremo o última "ratio" del Pueblo como autor social y titular del poder político, a favor del mismo y nunca contra la comunidad, que en razón de la rectoría del derecho natural "nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (art. 33); b) resistencia que es legítima cuando se ejerce contra la violación del pacto fundamental manifestada en la reiterada alteración por el ejercicio del poder o del título, negaciones del bien público, dirigida entonces a la defensa de su Constitución histórica (art. 21), vale decir, de la Patria y del Estado; c) exige por último una Reparación institucional con la restauración de esa Constitución y no otra, que en ésta consiste el cambio legítimo revolucionario con respecto a la situación de ilegitimidad preexistente. Ilegalidad pública imperante que viene a cambiar en lo que debe ser con el restablecimiento de aquella Constitución histórica, quedando reparada la anti-

<sup>26</sup> M. A. CATTANEO, *El Concepto de Revolución en la Circula del Derecho*, Bs. As., 1968.

juridicidad circunstancial con la plena validez y vigencia del orden constitucional: normalidad y normatividad<sup>27</sup>.

En consonancia con esta vigente concepción americana, resulta entonces, a contrario sensu, que el "facto" político de 1966 es un golpe de estado y no una revolución —ya conocidos ambos desde Aristóteles—, del que surge un poder de hecho que, al intentar juridizarse ha llevado a los juristas, desde 1960 hasta nuestros días, a soñar como "gobierno de facto", con la poco feliz fundamentación de Constantineau y Herrfahdt; lo que los politólogos consideran gobierno ilegítimo en Ciencia Política.

Sin duda es cierto, nada impide a un régimen que no sea falso y descreído el buscar legitimarse con el tiempo por su obra reparatoria —a veces a priori—, convirtiéndose en prolegítimo. Si sus principios y normas no son adoptados por el Pueblo, buscar ese reconocimiento de la comunidad en una empresa común de restauración de la Constitución histórica subalternizada como pacto fundamental y ley suprema, para llegarse al plenario funcionamiento del sistema representativo, con lo que quedará iniciada la Reparación institucional. Esta significación del proceso político normal frente a la anomalía desconstitucionalizadora determina en principio la imposibilidad de una reforma constitucional en la presente coyuntura argentina y los ineludibles métodos a seguir.

#### IMPOSIBILIDAD, NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE UNA "ENMIENDA" CONSTITUCIONAL

Con antelación a toda iniciativa de propuesta válida que formalizara enmiendas, establecimos las condiciones sustanciales y formales que integran una programática para la reforma: a) Reparación y restauración de la Constitución de 1853-69; b) debate público y proyecto político auténtico; c) elección de las dos Cámaras del Congreso que debe declarar la necesidad de la reforma como acto preconstituyente; d) acto constituyente de la Convención convocada al efecto (art. 30); e) el artículo 31 no puede ser modificado, en particular su última parte, porque él institucionaliza el pacto fundamental y federal.

Existe una inoportunidad sociológica y jurídica para que el pos-

<sup>27</sup> H. B. ORLANDI, *El Concepto de Revolución*, 4; *id.* *cit.*, págs. XXVI y XXVII.

ble, y menos aún el gobierno, inicien una reforma válida y legítima. Ambos deben promover la vigencia efectiva de la Constitución histórica<sup>19</sup>, condición ineludible que ahora interpretamos en concreto.

1) En consecuencia, no es viable e irritante nulo el ejercicio del poder constituyente, sea originario o instituido, durante el régimen político existente y antes del proceso electoral. Método decisivo este último, de legitimidad y jurisdicción, únicamente mediante el cual debe intentarse en la circunstancia presente, con la elección de un gobierno constitucional, restaurar la Constitución que ha sido subvertida pero no abrogada.

2) Es obvio que tampoco las Fuerzas Armadas o el poder ejecutivo "sul generis" pueden iniciar el proceso reformador y la válida elaboración de un proyecto político que contenga las enmiendas. De otra parte, menos aún durante la vigencia del estado de sitio y por el mismo poder ejecutivo, como sostiene la más selecta doctrina. El citado poder ejecutivo del régimen no puede tomar la decisión fundamental en el acto preconstituyente de declarar la necesidad de la reforma —total o parcial—, reemplazando al Congreso Nacional que representa al Pueblo y a las Provincias.

Previamente, la subalterculación en que el régimen pretende colocar a la Constitución y los propósitos endebles de enmienda, lo sitúan en entredicho con una reparación institucional, siendo el primordial factor negativo para alejarse el carácter de prelegítimo al ser cuestionado, objetivo del que algunos jefes del gobierno parecen hacer méritos.

3) Aunque haya querido ponerse en juego, resulta innegable que se trate de poder constituyente originario o no reglado por el artículo 30 —añadiéndose en los dictámenes, proyectos y bases a reformas parciales— y que deba votarse en comicios el restablecimiento literal de la Constitución. Puesto que la Constitución, siendo la histórica, dispone de suficiente legitimidad desde su sanción e inmutabilidad esencial y existencial y habiendo sido propuesta a un estatuto provisorio e insuficiente a todas luces, a pesar de la alteración, no ha podido ser abrogada. Sólo hay que restaurar su plena vigencia derogando aquel estatuto y todo ordenamiento que se le oponga.

4) Plebiscito. Descartado que en la presente circunstancia, no

<sup>19</sup> Véase: *La Constitución argentina y el Caudillo de estraceras*, "La Ley" 11 de noviembre de 1970, año XXXIV.

existiendo Congreso, pueda convocarse una Convención reformadora, tampoco es utilizable el plebiscito, en virtud del artículo 22, aunque se lo califique forzosamente de "referéndum" constitucional-legislativo; ya que de plebiscito se trata en sus dos direcciones: acto constituyente cuando el Pueblo decide sobre una Constitución y acto político de manifestación de confianza en un hombre o a un régimen político<sup>28</sup>. Si los primeros procedimientos son anticonstitucionales en el orden nacional, el último sentido, además de impracticable por falta de costumbre electoral, consagraría la ilegitimidad del régimen.

Hablamos de plebiscito porque para ser referéndum constitucional este procedimiento semidirecto o semirepresentativo tendría que estar institucionalizado en nuestra Constitución, que justamente erradica a ambos por el sistema de la representación del Pueblo. Tanto es así que recién ahora se propone "introducir el referéndum sólo para el caso de enmiendas parciales a la Constitución", aptativo por parte del Congreso (II, 13<sup>o</sup>, Proyectos y Bases). En cuanto al método del "decreto-ley", por gran absurdo no merece consideración alguna.

En cambio hay una verdad, es "exacto que la Constitución, considerada como un todo orgánico, posee todavía (?) una indudable aptitud para ser el instrumento rector de la vida nacional. Lo cual implica un hecho poco menos que asombroso (?), atribuible a la clarividencia y sabiduría de quienes concibieron sus bases hace más de un siglo" (II, 3). El asombro es nuestro por no habérselo comprendido así desde siempre.

## 2. NUESTRO ESTILO DE VIDA ARGENTINO Y LA DISCONSTITUCIONALIZACIÓN

Al subalternizarse la Constitución en 1956, esto nos ha conducido a la anárquica y caótica situación actual cuyos resultados están a la vista, arrojando un deficitario balance, alarmante para el país, que es necesario analizar con espíritu constructivo para reparar. Al estado en que superviven los argentinos y sufre la Nación, se suma la pérdida de su patrimonio cultural, económico y financiero, el deterioro de nuestro patrimonio simbólico y del prestigio internacional de que otrora gozara en el concierto de las naciones del mundo.

a) La política de la Constitución, que es la buena política, sitúa el orden moral por encima de lo material, desviando al orden político

<sup>28</sup> Véase: *Formas Semidirectas de Democracia*, II y III, "La Ley", tomo 38, págs. 925 y 948.

y de éste, el orden económico. La actual crisis nacional es prioritariamente un gran problema ético y político de inestabilidad constitucional y no económica —a lo sumo financiero—. Sin estabilidad política no pueden lograrse las soluciones en el orden cultural, social, económico, financiero y lo que es más, monetario. Hasta la moneda, su inconvertibilidad o no, dependen de la vigencia y programa de nuestra Constitución. Para notar la falta de orden, basta el estado de subversión moral y social: a la violencia instaurada desde arriba, la violencia desatada desde abajo como respuesta. El sistema social no puede nutrirse sólo de conflicto, precisa del consenso y de la cooperación, ambas de la integración; por lo que hay que recuperar el prestigio perdido.

Con una reparación institucional, que consiste en la restauración de nuestra Constitución histórica, la comunidad de conciencia y la conciencia nacional de la comunidad será la de la Nación. La organización del Estado federal funcionará en plenitud restituido el poder político al Pueblo, su auténtico titular, el sistema de derechos humanos en vigencia garantizada, el Congreso nacional su representante, las provincias con sus legítimos gobiernos, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, serán los poderes de la Constitución.

Para que esa Reparación llegue a ser fundamental es necesario dar primacía al orden moral de la Constitución. No comenzar por negarlo con la generalización e institucionalización del juego en toda la República: los medios deben ser tan altruistas y dignos como los fines de bien común. En el orden político, el Ministerio del Interior debe recuperar como órgano de la política y no de la represión el poder de que disponía otrora para cumplir con su función de primero entre pares. Sólo una serie racionalizada de drásticas medidas éticas de justicia y económicas que restituyan consensos han de preceder a la Reparación institucional.

El acuerdo nacional anunciado debe ser realmente grande como una solución del principio ético, una verdadera convocatoria y conciliación nacional más que "acuerdo", unión y no mera salida comprometida que pugne con nuestro estilo de vida moral y democrática.

Primero. Para su eficacia verdadera, será necesario no transigir con nada de lo que fue justamente condenado ni aplicar de nada de lo que fue legítimamente sancionado. La exigencia de comicios honorables y garantidos no se compete en política si no está precedida de la ausencia de acuerdos entre partidos o fuerzas políticas que

tienen distintas doctrinas y que extraviarían el juicio público como lo ha demostrado nuestra historia inmediata. Una reorganización amplia de los partidos políticos que puede llegar al propio estado de asambleas si es necesario, para que la convocatoria esté nutrida por el aporte de las generaciones que prestaron grandes servicios a la patria y por el ingreso de una nueva savia de las juventudes argentinas.

Segundo. La unión nacional debe ser una controversia de doctrinas más que de personas en forma piramidal cuya cuspide fuera la presidencia. No hay que intentar ninguna clase de continuismo y descartarse las precandidaturas oficiales, comprometiéndose a ello, ni reparto alguno del poder político de la Constitución mediante vanas esperanzas de dignificar candidatos o autoridades: si no el remedio sería peor que la enfermedad. A nadie se le puede ocurrir que para presidente esté indicado un militar oficialista, para vicepresidente un determinado político, o que se distribuyan las gobernaciones, senadurías y diputaciones. La tolerancia política de la Constitución, que acepta adversarios pero nunca enemigos, no puede interpretarse transigir con nada de lo que fue justamente condenado.

Tercero. Desistir de toda "enmienda" por el momento a nuestra Constitución histórica que por este carácter la haría vana; hemos asistido a los mayores desastres antinacionales para juzgar que puede haber acierto en una reforma. Abandonar las veleidades de "modernización" del texto porque en realidad "no guarda relación inmediata con la funcionalidad de los órganos del gobierno"; a éstos deben hacerse funcionar bien los hombres y fuerzas políticas en misión de estadistas.

Para los cargos electivos, sin pretender unificar las representaciones, el período presidencial correcto es de seis años sin reelección inmediata. La uniformidad y simultaneidad de elecciones afectaría la forma republicana y representativa que ambiciona la más y no lo menos democrático; alteraría además el funcionamiento del sistema político de la Constitución, los controles ya establecidos y la periodicidad, con lo que se abonda la desconstitucionalización, quedando clausurada la probabilidad de predicción política entre un acto electoral cercano a otro que tanto hacen a la marcha de una buena política y del gobierno. Dejar de aumentar el número de legisladores y de dietas, con adecuación de las Constituciones provinciales, pues si

se altera el pacto federal ésta sería una vía confusa para restituirlo. Querer mejorar la eficacia del funcionamiento del Congreso, la formación de las leyes y del presupuesto, por vía de la reforma con tinta y no mediante una buena política de la Constitución es ingenuo, todo está preferentemente contemplado en ella; y en particular, desiste de importar "organismos regionales" o "consejos" (que por otra parte podrían incorporarse mediante leyes y acuerdos interprovinciales), sistemas de partidos o electorales de otros países en los cuales muchas veces ya han fracasado estos institutos.

Una Reparación institucional en cuanto al método representativo, en cambio, exigiría, dada la especial coyuntura argentina por esta vez la simultaneidad restauradora de la Constitución en una sola elección y nunca precedida de comicios municipales, pues esta táctica piloto no se compadecerá de su programática. Esto bajo el imperio de nuestra probada ley electoral N° 8871 de 1912 y sus adecuaciones al presente proceso.

b) Ante propósitos y extraños, para apreciar la prioridad del orden político de nuestra Constitución histórica que determina el acrecentamiento del prestigio internacional, basta un solo paradigma: el Reino Unido de la Gran Bretaña nunca accedió a la devolución de las Islas Malvinas, a pesar del reclamo histórico. Bastó que se anunciara una mera salida electoral, que aún no es solución política, para que acordara tratar un sistema de comunicaciones entre las Islas y el continente. Piénsese lo que ocurriría con la reparación y restauración plenaria de nuestra Constitución histórica ante un Estado que dispone de la suya; estaríamos ante el mundo en condiciones legítimas de reclamar esa devolución con éxito.

### 3. Nueva Constitución Histórica y su inmutabilidad

La Constitución histórica argentina goza de inmutabilidad esencial y existencial que arranca de su especial legitimidad política recibida de los actos preconstituyentes y del acto constituyente originario desde su sanción, legitimidad que hasta ahora conservan entre nosotros. Actos preconstituyentes como la cadena de pactos federales, el Tratado Litoral de 1831 y el Acuerdo de Gobernadores de San Nicolás de los Arroyos, institucionalizados en el artículo 31, a través del Pacto del 11 de noviembre de 1859 —San José de Flores— como el artículo 104 y además, legitimidad del sistema federal y republi-

cano sancionado por el acto constituyente del Soberano Congreso, jurándola los pueblos.

Definida por los padres de la Constitución como el *pacto fundamental* e integrada por el código político escrito y único de 1853-60, que del Estado federal argentino fue el acto de fundación. Desconocer la inmutabilidad del pacto fundamental es destruir la Constitución histórica e importa disolver al Estado, para dar origen a otro posible Estado que no podemos prever cuál será y si coincidirá con nuestra Historia, para lo que la Nación se formó.

Sin duda que esa inmutabilidad no significa que la Constitución no puede ser reformada, ya que no es una Constitución pétrea ni eterna, significa que por su filosofía e historia no debe ser reformada sin más, pues no puede abdicarse de lo que fue legítimamente sancionado. Además, significa que no puede enmendarse sino por el poder constituyente del Pueblo instituido en el artículo 30. Sus autores no intentaron dominar la Historia, inmovilizándola, ya que la Historia es el cambio en la continuidad de la vida humana y con el tiempo, pero jamás vale este precepto como norma justificadora o motivación por sí sola de cualesquiera reforma. Si bien en principio sólo establece el procedimiento rígido para ella, protege con sus exigencias de inmutabilidad que sean las generaciones argentinas quienes la comprendan y valoren, cuya representación simbólica está bien declarada en el *Prólogo* destinándola a asegurar los beneficios de la libertad para nosotros (eterno presente) y para nuestra posteridad.

Los autores de la Constitución no cerraron ningún camino en la marcha de nuestra sociedad, dejaron advertido implícitamente que el cambio revolucionario motivado en su violación o alteración consiste en restaurar esa Constitución histórica, nunca en derogarla o enmendarla. Si la Constitución fue subalternizada hay que ponerla en plena vigencia mediante una Reparación institucional y no buscar el espacio fácil atajo de justificarse atribuyéndole la culpa nuestra o ajena.

*Revolución constitucional.* Cualquier revolución, que siempre exige el cambio histórico, no consiste para los americanos en reformar la letra del texto y encontrar una solución técnicojurídica de somática eficacia, sino que reside en la adecuada legislación y en una moderna interpretación por legisladores y jueces que la plasticidad de nuestra Constitución permite e impulsa a reparar dentro del orden constituido. La Constitución histórica y su código político es una

magnífica obra de Ciencia Política que posee la máxima eficacia técnica<sup>20</sup>.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN COMO PROGRAMA REPARATORIO Y EL PROYECTO DE UNA BUENA POLÍTICA

La Constitución material, desde 1853 hasta ahora, e integrada en el código de 1853-1860, son las que conforman la Constitución real argentina y que consideramos nuestra Constitución histórica.

a) En esa perspectiva histórica, la Constitución nacional es el pacto fundamental del Estado, su ley fundamental de organización: República, derecho natural y sistema de derechos humanos, el Evangelio, la nacionalidad argentina y el pacto federal, constituyen la esencia y contenido de la inmutabilidad.

b) Para el mundo de nuestras representaciones nacionales, nuestra Constitución histórica es el símbolo de los símbolos que en ella se integran: Bandera, Himno, Escudo y Preámbulo.

c) Esta Constitución es ley suprema de la Nación con prelación sobre todos los otros ordenamientos coordinados en virtud de ella en el orden jurídico argentino.

d) Por último, nuestra Constitución histórica, en la dinámica de la realidad nacional y de su pueblo, es el programa reparatorio y el proyecto de una política: una doctrina de gobierno que está bien señalada en la Constitución, con los mejores aciertos de la sabiduría humana, siendo el código político más armónicamente concertado.

La Constitución histórica así juzgada por la cadena inexorable del tiempo planifica con ajustada elasticidad el orden ético, político, y económico en la actual realidad argentina contemporánea, según...

siendo coincidir al país real con el país formal, proyecta armónicamente para el futuro la empresa común del Pueblo, encerrando en su gran programa la solución de los más complejos problemas sociales. Para su realización únicamente hay que percibir clara y sencillamente al sistema político que sustenta. Sistema constitucional que orienta, ordena, organiza, simboliza, legitima, legaliza, habilita prever y prevenir, cuando no adelantar predicciones; sólo hace falta una buena política ya proyectada.

Y una buena política es la de la Constitución histórica, una apli-

<sup>20</sup> Véase: La Constitución argentina y el Cambio de Estructuras; supra 24.

tica basada en el único programa argentino de cambio como es el suyo, que no consiste en enmendarla sino en volver a ella, buena para el presente y para todo tiempo. Reparación fundamental es la política de la Constitución que le hace falta a nuestra Patria para conjurar los males que la aquejan en esta encrucijada y obtener su grandeza<sup>21</sup>.

### III

## EL FUTURO DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO

### 1. REGIMENES Y SISTEMA POLÍTICO

La Ciencia Política como toda ciencia que pretende generalidad y universalidad, en cuanto "ciencia del poder" formula consideradas tipologías de los sistemas políticos y de los regímenes de gobierno, atendiendo a una visión de estabilidad del orden político: en regímenes autocráticos o autoritarios (dictadura) y democracia constitucional. Al mismo tiempo que, las más modernas considerando que el sistema de partidos políticos determina la naturaleza de todo el sistema político, lo hace en regímenes constitucional-pluralista o sistema de partidos múltiples —de la democracia constitucional—, y de otro lado, régimen de partido monopolístico del sistema totalitario (soviético), amén del caso del partido único y del partido dominante<sup>22</sup>.

Por su parte, la Ciencia del Derecho ha puesto énfasis en una clasificación jurídica que naturalmente tiene en cuenta la circunstancial inestabilidad del orden jurídico-constitucional. Se fundamenta para ello, en la teoría germana del estado de necesidad o derecho de necesidad a favor de los gobernantes por oposición al derecho de resistencia a la opresión —ecolástico y francés—; (DARTHELEMY) y se fundamenta también en una no muy feliz interpretación de la anglosajona doctrina "de facto", para cuya interpretación la emergencia limita o suspende la regularidad con respecto a la supremacía de la Constitución, cuando más bien está destinada a distinguir entre usurpador y funcionario de facto. Esta clasificación enfrentaría al go-

<sup>21</sup> Juristas en Defensa de la Constitución Nacional. Ciclo de Conferencias dadas bajo los auspicios del Centro de Estudios Políticos para la Joven Argentina. Bs. As., 1971, págs. 165/174.

<sup>22</sup> C. J. FREDERICH, *El Hombre y el Gobierno*. RAYMOND ARON, *Democracia y Totalitarismo*.

bierno "de iure" o de derecho que es el gobierno constitucional, con el gobierno "de facto" o de hecho que dicha doctrina "justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo". De hecho, porque está fuera o contra el derecho (GEMMA).—surgiendo de un golpe de Estado— representa un paréntesis entre el anterior gobierno legal y el que pretende constituirse según un nuevo ordenamiento (GRÖPPALI); y el punto de arranque es el principio de la legalidad: irregularidad legal en la transmisión del poder (NOEL-HENRY).

En cambio, constituye un anacronismo y autodenominación ficticia, la expresión "gobierno revolucionario" porque ningún gobierno puede ser revolucionario en cuanto a su propia naturaleza, estructura de organización y dinámica gubernativa, puesto que todo gobierno pretende ejercer el poder y conservarlo al igual que un orden político y jurídico; a lo sumo, será un gobierno provisional surgido del acto revolucionario. Su legitimidad política dependerá del consentimiento del pueblo y de su propósito de volver a restaurar la Constitución subalteralizada; entonces, gobierno ilegítimo o pre-legítimo en la tipología que nosotros adoptamos (supra: I, 4-8').

## 2. Régimen político anacrónico

La República Argentina como esta expresión lo significa, tiene un régimen político republicano-constitucional que no es solamente de gobierno sino una forma de vida, naturalmente dentro de la tipología democrático-representativa del sistema de partidos políticos y con una organización de Estado federal, en que el poder político reside en el pueblo de la Nación.

Oportuno es resaltarlo, cuando se está dejando de lado el símbolo de la "República" y se oye sólo mencionar a "Argentina" como si fuéramos únicamente un país de los siglos XII ó XIII. Para ello, debemos comenzar por poner énfasis en nuestro sistema republicano. Véase, obviamente literario o informal como régimen de gobierno, es por nuestra Constitución histórica como por el estilo de vida ar-

<sup>22</sup> A. CONSTANTINEAU, *Tratado de la Doctrina de Facto*, cap. I, pág. 10.

gentino, republicano-constitucional. ¿En qué consiste este nuestro sistema de vida republicano?

a) El poder político reside en la comunidad articulada como Pueblo por intermedio de los partidos políticos y esto bajo todas sus formas de poder revolucionario, poder constituyente, poder electoral (representativo) y del poder de autoridad o gobierno tripartito. Más aún, institucionalizado y reglado el poder tanto para dirigentes como dirigidos, para gobernantes y gobernados, Pueblo y gobierno, están subordinados a cumplir con la supremacía de la Constitución; ello también, para la transmisión del mismo poder y cualquier proyecto de reforma constitucional o ley electoral, sean legítimas y gocen de validez jurídica.

b) Define asimismo nuestra forma de vida republicana, el derecho natural fundamento de los derechos humanos; un sólido sistema que hace surgir los derechos civiles, incluso los políticos y sociales (aprox: II, 3-4).

c) Siempre la República constitucional contemporánea es una democracia, pero no siempre toda democracia alcanza a nutrirse de vida republicana. Requiere para ello el imperativo principio de la virtud política republicana que consiste en un estado psicológico de conciencia residente en la conducta moral de la clase dirigente y en un altruismo patriótico; además, en el respeto a las leyes y a la Constitución. Actitud colectiva en concordancia al bien común público más que al bien propio de cada uno. Este es el principio que hace obrar a una república, infundiéndole su savia ética para marchar hacia la grandeza.

Cuando existe como entre nosotros un estado de corrupción, hay corrupción del principio y el mismo régimen de gobierno está corrompido. El régimen se corrompe tanto por exceso de oligarquía como de demagogia, si no recibe legitimidad prestada por el consentimiento del pueblo —ni siquiera prelegitimidad— por falta de juridicidad constitucional; y los gobernantes atienden únicamente a su juego político o a sus propios intereses, o a ambas. Porque, los hombres no pueden adoptar como valor supremo la concupiscencia pecuniaria en una economía de abundancia, menos aún en una economía de miseria; corriéndose el peligro de transmitir corrupción de una generación a otra, tal como le ocurrió al bajo imperio romano. Cáncer fatal este de

la corrupción moral del régimen para el que sólo queda un primer remedio: la restauración de nuestra Constitución histórica y la reparación fundamental.

### 3. FUTURO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL REPRESENTATIVO

Estos son los grandes problemas republicanos —y no otros— que sobre el régimen político argentino, tendrá un futuro gobierno y que gravitarán sobre su legitimidad y legalidad constitucional. El futuro debería ser un gobierno representativo o gobierno legítimo del régimen político republicano-constitucional, para que pueda sin que se ponga en tela de juicio su justo título, realizar la empresa arquitectónica nacional de la reparación. Este es el presupuesto fundamental para la solución de otros problemas culturales, sociales, económico-financieros y militares que nos agobian. Sin embargo, la "enmienda" constitucional del "estatuto fundamental", el sistema de partidos y electoral instaurado, vale decir, el proceso electoral desatada, obliga a que los argentinos se hagan trascendentes interrogantes: ¿Cuál será la verdadera naturaleza del futuro gobierno? ¿El gobierno resultante de los posibles comicios será un gobierno representativo legítimo del régimen republicano-constitucional? ¿Qué obstáculos existen para ello y qué actos políticos fundamentales pueden requerirse para remover esos obstáculos y empezar realmente el proceso reparatorio?

Contestarse estos interrogantes importa recurrir al desarrollo del proceso político-electoral, mediante —también— la descripción de los propios actos de gobierno que comienzan por negarse su prelegitimidad, puesto que hacen alusión a la "institucionalización" de un próximo "gobierno de transición", precedido el acto electoral por "acuerdo de coincidencias". Cuando el único gobierno conocido que no sea el ilegítimo o el "de facto", es el constitucional representativo que desde luego no puede estar condicionado sino a la Constitución histórica, por acuerdo previo alguno, todo lo cual, está poniendo un signo de pregunta sobre la naturaleza del futuro gobierno.

#### a) Nuestra construcción histórica

El proceso político ordenado claramente siguiendo la prelación de nuestra Constitución como gran programa y proyecto de una buena política, consiste en: 1°) la restauración integral de ella, mediante una

reparación institucional y jamás "enmienda" previa alguna que debilite su régimen republicano-constitucional; 2º) dentro de su sistema representativo, adecuarse estrictamente a él, toda la dinámica social reparatoria y la futura transmisión del poder: la regulación jurídico-política de los partidos y la legislación electoral. Ante tan sencillo ordenamiento, se ha hecho todo lo contrario que en nada beneficia al actual gobierno poniendo en entredicho su propia prelegitimidad y pretendiendo convertir el proceso político en un mero embretamiento electoral de transferencia de responsabilidades, sin base de sustentación constitucional.

Sin base de sustentación constitucional porque es prelegítimo todo gobierno que tiene por finalidad la restauración integral de nuestra Constitución histórica. Sin fundamento constitucional puesto que éste ha sido puesto en entredicho por un decreto llamado "estatuto fundamental" que contra la casi unánime opinión pública de la república y en usurpación del poder constituyente del pueblo, "establece disposiciones temporarias que contribuirán al perfeccionamiento y estabilidad (1) de las instituciones republicanas"; cuando, por otra parte, si son temporarias, además de alterar el sistema constitucional, no permiten y menos conjuntamente un proceso político-electoral ordenado sólidamente y estable, ya que al encontrarse condicionado extraconstitucionalmente, su vigencia futura depende en el tiempo de otros actos políticos fundamentales.

"El ejercicio del poder revolucionario... se ha propuesto restituir la soberanía al pueblo" (considerando), que precisamente siempre la tuvo, puesto que el Pueblo es el depositario del poder que ejerce en acto y conserva "in hábita". No puede restituirse lo que no se tiene, el pueblo ha perdido circunstancialmente el gobierno representativo, pero no el poder político. Se debe restituir únicamente el gobierno al pueblo previa restauración de la Constitución (art. 38).

Finalmente, se procura entre otros "jerarquizar y brindar coherencia a la labor parlamentaria" (1), todo ello para superar "graves disinteligencias internas e inestabilidad política" (1). Esto se va a conseguir en la letra, restándose dictar la ley al pueblo por intermedio de sus representantes y a las provincias, mediante un "procedimiento de urgencia" que es más bien emergencia y, la sanción a comisiones internas por delegación legislativa (art. 77, inc. 7º), cuando la más selecta doctrina no admite esta delegación. ¿Por qué no "brindar" pre-

dencia o lentitud que afirma la seguridad jurídica a los habitantes? Cual sea el auténtico fundamento que no se percibe, en todo caso, sea celeridad o prudencia política, depende del mismo Congreso —no del parlamento— y de la naturaleza de los asuntos a legislar; y nunca tanto del poder ejecutivo que ya es constitucionalmente presidencialista, unipersonal y federal, cuyo poder se acrecienta ahora sobre la Constitución. Tanto la teoría como la técnica del Congreso, mediante la introducción de estos procedimientos de formulación y sanción de las leyes y del presupuesto sometidos a plazos judiciales de 30 y 15 días (arts. 67, inc. 7º y 71), quedan convertidas en un paradójico litigio curialesco con el uso de telegramas colacionados, para evitar el vencimiento de los términos.

#### b) SISTEMA REPRESENTATIVO Y ELECTORAL.

1. Nuestro ALBERDI sostenía que los sistemas electorales son la llave del sistema representativo: elegir es discernir y deliberar<sup>24</sup>. Dicho sistema representativo de la Constitución completado por el sistema mayoritario-minoritario de los tercios, combina adecuadamente el principio de representatividad con el proceso electoral en el funcionamiento armónico del régimen republicano.

Combina adecuadamente la periodicidad republicana con la periodicidad de los actos electorales —a que se opone la simultaneidad de elecciones—, a todos ellos con el principio institucionalizado de la unicidad del voto que requieren el acto político único de decisión colectiva irreversible.

Combina más que adecuadamente, la distinta naturaleza de cada representación con la elección directa o la indirecta. La de primer grado, directamente por el Pueblo y a simple pluralidad de sufragios, para diputados que representan al pueblo de la Nación; la de segundo grado, por los Estados provinciales de sus dos senadores que representan a la Provincia. Especialmente, la de segundo grado del "presidente de la Nación" y vicepresidente que es la representada; elegidos por el pueblo y por la nación mediante la organización de "juntas de electores" o sea, por el colegio electoral que respondiendo a la representación de la Nación-Estado integrada por provincias, constituyese en una

<sup>24</sup> J. B. ALBERDI, *Obras Completas*, tomo 7, pág. 66.

descentralización-distribución federal del poder electoral y del cuerpo electoral.

Este sistema funcionó así siempre eficientemente y con toda eficacia, puesto que no le observamos ninguna falla que no sean las propias del juego político, haciendo verdad que "elegir es discernir y deliberar". Si el poder electoral del pueblo es de gobierno y presentación, elegir y consentir, determinar una política; el sufragio y su acto político (votos) como acto de aceptación requiere de la mayoría-minoría para elegir y consentir en la elección directa o de primer grado; pero también, de acuerdo con la naturaleza de la representación, recurre a la de segundo grado —legislaturas y colegios electorales—, para discernir y deliberar la prudencia política. En consecuencia, estuvo siempre haciendo posible la auténtica formación de la voluntad del pueblo (elegir, consentir) y la ordenación de la prudente razón del pueblo (discernir y deliberar). Ambos responden unívocamente a los principios de participación y justicia igualitaria.

3. "Enmienda" constitucional de la representación. — Lo que reviste mayor gravedad institucional, es la alteración de aquel sistema representativo, tanto para el futuro gobierno como para nuestro estilo de vida republicana. El desarrollo inverso que se quiere imprimir al proceso, las omisiones substanciales en que ha incurrido el decreto de partidos políticos, a pesar de transcribir casi literalmente la ley republicana n° 18.652 de 1964 (supra: I, 6) y, el procedimiento electoral del "ballotage" importado de Francia, de un modelo de la cultura occidental pero otro Estado unitario distinto al nuestro, ahondan la desconstitucionalización argentina, la crisis de legitimidad y seguridad jurídica; y sin duda, este producto será de la alteración del sistema representativo y electoral de la Constitución. El poder electoral del pueblo como poder representativo y de gobierno quedan trastocados; el primero cumplirá su función de creación del gobierno, pero éste carecerá de auténtica representación constitucional, simbólica y existencial. Todas estas anomalías gravitarán negativamente hasta lo imprevisible en el carácter republicano-constitucional de ese futuro gobierno y naturalmente en el sistema de vida argentina.

1°) La duración de los representantes y las reelecciones del presidente y vicepresidente, 4 y 8 años (arts. 42, 48, 77);

2°) La simultaneidad de elecciones nacionales y provinciales (arts. 42, 48, 105 y otras);

3º) La elección directa de tres senadores como la del Presidente y Vicepresidentes de la "Nación", en distrito único, por la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos, cuyo "procedimiento" a seguir determinará la ley si ninguno alcanza en mayoría absoluta (arts. 46 y 81) <sup>24</sup>.

La duración de los representantes unificados está en oposición a la periodicidad republicana e impide la renovación del Congreso de acuerdo al cambio histórico y a los movimientos de la opinión política. Mientras que, la reelección presidencial hasta convertir el período en ocho años nos remonta a las prácticas del ancato; influencia directa del presidente en su reelección.

La simultaneidad de los actos electorales, además de las alteraciones mencionadas violenta el pacto fundamental federal entre las provincias cuya inmutabilidad está constitucionalizada (preambulo, arts. 31 y 104); importando la reforma de las constituciones provinciales que están obligadas a desconocer su poder electoral local, y su poder constituyente de segundo grado.

El acrecentamiento de diputados y a tres senadores, sólo se traduce en un aumento del número de las dietas, si no fuera que los senadores ya no representarían a sus provincias, siendo como son defensores del federalismo.

En cuanto a la elección directa del presidente y vicepresidente en distrito único, altera el principio de descentralización del cuerpo electoral, para el cual cada provincia y la capital constituyen un distrito electoral a que responden los colegios electorales. La "enmienda" del artículo 81, introduce el procedimiento de mayoría absoluta en doble vuelta a la manera gala (ballotage), cuya noticia daremos para ver su imposible aplicación a nuestra forma de vida política.

**Mayoría absoluta en doble vuelta: ballotage.** — En la elección directa se vota más por un hombre político que por un partido político que se consigue finalmente de ser posible, por la mayoría absoluta de la mitad más uno de los sufragios válidos emitidos. Tanto es así, que resulta idóneo para la elección o designación de magistrados por Congresos y asambleas, requiriendo naturalmente más vueltas, repetir la votación en esas corporaciones hasta obtener la mayoría exigida y en consecuencia la nominación del hombre electo. Por eso, tuvo raíz romana y medieval respondiendo a una concepción organicista de la sociedad por la cual deciden asambleas mediante conformidad de la

mayoría de sus integrantes que importara simbólicamente unanimidad. Se aplicó en las elecciones parlamentarias inglesas el *ballot act* de 1872, pero fundamentalmente en Francia (Estados generales de 1789 con interrupciones hasta 1919 como en Italia).

La palabra francesa "ballotage" significa repetición de las elecciones cuando en la primera ningún candidato logra la mayoría absoluta como ocurre generalmente, adoptándose diversas técnicas: 1) repetir "las elecciones" tantas vueltas hasta que "algún" candidato obtenga la mayoría absoluta; exige pequeña circunscripción y que el cuerpo electoral sea transigente, más bien el colegio o cuerpo como en la elección del Sumo Pontífice; 2) abandonar la mayoría absoluta en el escrutinio de la "segunda o tercera vuelta" y la decisión colectiva sea tomada a simple pluralidad de sufragios (Francia 1853 y regulado en 1875); el "ballotage" presupone que en las segunda y tercera vueltas se sostuvieran nuevos diputados; 3) limitar el segundo escrutinio a los dos candidatos que en la primera elección obtengan mayoría; pretende así, mantener el sistema de mayoría absoluta que puede lograrse o no en las segundas vueltas, tomando contacto con la técnica anterior (Francia 1789, 1793-95).

Sostienen sus defensores que la mayoría absoluta del "ballotage" es la forma de creación de los gobiernos y goe, en la primera vuelta los partidos políticos conservan su individualidad sin transigir de sus principios; pero en las segundas vueltas, el pacto de alianzas en la votación, la combinación de fórmulas y las maniobras políticas están dirigidas a proporcionarles una cierta mayoría. El mismo objetivo de repetir elecciones persigue el llamado sistema mayoritario del "vote alternativo" proyectado en Inglaterra (1918).

Nosotros creemos que, por el contrario, el sistema mayoritario-minoritario por mayoría simple de los tercios es el más idóneo de acuerdo a la representación constitucional y simbólica, el más eficaz para la creación de gobiernos representativos, para formar no sólo la voluntad sino también la razón del pueblo. El que permite no transigir con lo que fue justamente condenado ni abdicar de nada de lo que fue legítimamente sancionado, en acto único esto queda claramente decidido. El problema álgido de la doble vuelta consiste en establecer si se trata de dos elecciones o simplemente de dos escrutinios.

Se trata de dos elecciones —o más— y de dos escrutinios, el ciudadano ejercerá dos veces el derecho político de sufragio a un mismo

objeto, poniendo en duda la unicidad del voto, alterando la consigna del sufragio igual y universal "un hombre, un voto" que erradica el voto plural individual.

Eso no quiere decir que, los actos políticos de votar no sean plurilaterales como integrantes del acto de decisión colectivo único. Todo proceso electoral con el cúmulo de actos políticos que lo conforman (votos), requiere un acto decisivo colectivo único que, determine cuantitativamente la voluntad del pueblo (elegir y consentir) y cualitativamente la razón del pueblo (discernir y deliberar). Resultados electorales precisos y definitivos que en un solo acto eleccionario determinen los justos titulares para mandar y gobernar, para ser autoridad legítima, no únicamente como electos sino por la validez de la representación misma. Tanto las elecciones complementarias como las de los colegios y de cada provincia integran un solo acto decisivo, tal cual lo regla la Constitución y su modelo de ley electoral n° 8871.

Por el contrario, este decreto n° 19.862/72 que recoge la técnica de la elección directa en *doble* vuelta por mayoría absoluta de los votos válidos —más de la mitad y no el 51%—, resulta supraconstitucional, con optimismo pretende establecer la voluntad del pueblo: todo para la mayoría absoluta que naturalmente en la segunda vuelta es un resultado forzado de guarismos inauténticos; no asegura el prístino consentimiento de mayoría y minorías, desconociendo totalmente la prudencia política que existe en la ordenación de la razón del pueblo.

En consecuencia, se trata de dos actos políticos que se condicionan en el prevenir. Existiría no sí si hasta dos procesos y hasta dos convocatorias, pero sí dos actos electorales en el lapso de un mes con rebeldía de continuidad entre ellos y sin continuidad decisoria. En la primera elección —primera vuelta— como acto político único, salvo si existe mayoría absoluta, no puede quedar tenada la decisión colectiva única, remitida a una segunda vuelta o nueva elección, seguidas ambas de dos escrutinios. La segunda elección, además, presentará una opción contradictoria al ciudadano, al partido político y al hombre político, puesto que tendrán que votar por candidatos o partidos que no son los propios y que pueden estar revidos con sus creencias e ideologías políticas. Hay que tener en cuenta que nuestro espíritu de compromiso es reducido, no es el espíritu de compromiso francés.

¿Cuál de los dos actos electorales de gobierno y representación

condicionadas en el porvenir, es el válido para determinar voluntad y razón del pueblo con claridad?

De otro lado, autorizando este régimen electoral una segunda vuelta con la que participarán los dos partidos, confederaciones o alianzas más votadas en la primera (art. 2°), las dos fórmulas que alcanzaran en conjunto las "dos terceras partes" de los votos válidos emitidos, exclusivamente (3°). Luego se comienza a diversificar la segunda elección en diversas alternativas: los 2 partidos que no obtuvieron esa cantidad, intervendrán en la segunda vuelta y podrán concertar una fórmula común sólo para la vicepresidencia, de aquellas que en la primera vuelta hubieran logrado el "quince por ciento" de los votos válidos emitidos (4°). En este caso de la vuelta segunda, intervendrán esa fórmula y la del partido, confederación o alianza que en la primera ocupó la "tercera ubicación" y alcanzara el "quince por ciento" de los votos, quienes podrán concertar una fórmula común con algunos de los candidatos que en la primera lograron el "quince por ciento" de los votos (5°). Finalmente, la opción de los cálculos matemáticos y de la ciudadanía, en la segunda elección resultará electa la que obtenga la mayoría absoluta de votos válidos positivos (7°).

En primer lugar, entonces: a) la centralización del poder electoral y del cuerpo político en distrito único para la elección directa de la fórmula presidencial compartida, violentan el pacto federal y son anti-constitucionales (arts. 1, 31, 104, 37, 46, 61 y cons.), puesto que el pueblo de las provincias y de la capital serán éstas consideradas "distritos electorales de un solo estado"; b) habida dos elecciones y dos escrutinios de resultados definitivos o casi definitivos que alteran la unidad del acto electoral; c) cada ciudadano votará dos veces a un mismo objeto, tendrá dos votos, lo que altera la unicidad del acto político del voto. Por lo tanto, no habrá decisión colectiva única, sino actos condicionados en el futuro.

En segundo lugar, la concertación de fórmulas, así como la plataforma electoral común, deberán ser decididas por los organismos máximos de cada partido; ante la Justicia Nacional Electoral (art. 6°). Para estas paralelas o componendas quiere decir que: a) partidos políticos de doctrina y programa divergentes tendrán que transigir en estable mixtura esos principios a las realizaciones concretas de una plataforma común que por dicha naturaleza impide tales coincidencias

(v. gr. el petróleo, ¿es un problema económico o político?); b) los partidos políticos que por sus cartas orgánicas han elegido sus candidatos por el voto directo de los afiliados en acto político único, deberán ahora para la segunda elección ser nominados indirectamente por los organismos máximos (¿convenciones, asambleas o comités?); vale decir, unas representaciones surgirán del voto directo partidario y otras no, de los dirigentes, lo que altera sustancialmente la fuente de la representación política; c) todo ello, ante la Justicia Nacional Electoral y en 15 días perentorios, será ante la Cámara puesto que el fuero electoral no existe (supra: I, 6). Estas anomalías de ciencia electoral y técnica electoral, evidentemente, producirán consecuencias insospechadas para la naturaleza y legitimidad representativa del futuro gobierno.

Si bien el sistema de mayoría absoluta en dos vueltas, teóricamente la doctrina afirma que propende a la creación de gobiernos, tiene para ello, en cuenta el medio cultural humano, socio-económico y geográfico; pero, en la realidad argentina unido a la elección directa de la fórmula presidencial y de los senadores, aquel más bien impide la creación de gobierno. De mayor trascendencia aún, es que elegido gobierno éste no será el gobierno representativo de nuestro régimen político republicano constitucional, a lo sumo un gobierno prelégitimo en tanto y en cuanto se empuje en la restauración integral de nuestra Constitución histórica.

3. *Actos políticos fundamentales.* — Con prescindencia de esa su naturaleza, el futuro gobierno para la empresa de la reparación institucional y fundamental que ha surgido de tan impuro proceso se verá frente al "mientras se halle vigente este estatuto" (art. 3º) que se pretende rija en dos etapas —parece el dos platónico ha sido adoptado—, hasta 1977 casi 5 años y luego, hasta 1981 o sea 8 años o dos "períodos de gobierno", si una Convención Constituyente no decidiera su incorporación o derogación antes del 25 de agosto de 1976 (art. 4º)<sup>20</sup>.

Preténdese establecer una reforma condicionada en el futuro a lejanos actos constituyentes que hace crecer la incertidumbre desconstitucionalizadora del próximo gobierno. Nada hace necesario la convocatoria de una Convención reformadora por esta vía. Todas estas "enmiendas" sustanciales que fulminan el régimen de la Constitución y

<sup>20</sup> *Boletín Oficial*, tomo 24 de agosto de 1971, pág. 2.

su pacto fundamental federal, aunque carezcan de validez constituyente llevando en si su intrínseca nulidad absoluta, van a requerir una declaración restauradora ya que nuestra Constitución histórica no ha podido ser abrogada, pero no será preciso ningún acto político fundamental en el porvenir.



## LA LEGITIMA EN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

DR. AUGUSTO C. BELLAUSCIO  
Prof. asoc. de Derecho Civil V.

### PRIMERA PARTE

#### CARACTER JURIDICO DE LA LEGITIMA

##### I. PRECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Derecho Romano.*—Admitida por la legislación de las XII Tablas la amplia libertad de testar, en un primer momento ella se vio limitada sólo por razones formales, al requerirse la desheredación expresa para excluir a los *sui heredes* mas no establecerse la necesidad de que esa desheredación fuese fundada.

Pero en los últimos tiempos de la República comenzó a verse con disfavor la actitud del *paterfamilias* que nada dejaba de su patrimonio a las personas ligadas con él por parentesco cercano. Esa consideración dio lugar a que el tribunal de los *centumviri*—competente para entender en cuestiones hereditarias— admitiese la acusación de nulidad de testamentos fundada en la fición, al parecer tomada del derecho ático, de que los testamentos que excluían a tales parientes contrariando deberes de piedad (*officium pietatis*) se suponían hechos en un rapto de locura (*color insanie*), razón por la cual se los declaraba ineficaces (*inofficiosum*).

Ese remedio sólo podía ser utilizado en Roma, donde el mencionado tribunal funcionaba, mas no en las provincias ni tampoco por los herederos de derecho pretoriano. Más tarde, sin que se pueda determinar si con base legal—Gayo cita en este sentido una *lex Julia*, cuya existencia es discutida— o meramente jurisprudencial o consuetudinaria, la posibilidad de impugnar los testamentos se genera-

llad, de manera que todos los parientes perjudicados —ascendientes, descendientes, y hermanos excluidos por persona torpe— pudieron acudir a la querrela *ineffectioi testamenti*; esto ocurrió en el siglo II de nuestra era.

En el curso de la evolución del derecho romano, el ejercicio de la querrela, que acarrecaba la nulidad del testamento inoficioso, recibió dos órdenes de limitaciones. Por una de ellas, se privó de la posibilidad de ejercerla a los herederos que hubiesen recibido por cualquier vía —herencia, legado, fideicomiso o donación mortis causa— una parte de lo que les habría correspondido en la sucesión intestada (*debiata portio* o *portio legitima*); dicha porción quedó establecida en un cuarto, al seguirse en la práctica el precedente de la *lex Falcidia*. Otra limitación estuvo dada para los casos en que el heredero recibiese una porción menor a la cuarta pero con la cláusula *et quarta arbitraria boni viri suppletor*, mediante la cual el testador establecía que en caso de que lo dejado no alcanzase la *portio* ésta debía ser completada mediante el arbitraje de un hombre honrado; para estos supuestos, una constitución de Juliano y Constantino de 361 excluyó la posibilidad de reclamar la nulidad del testamento y sólo acordó una acción personal para cobrar del heredero la diferencia, la acción *completoria, supletoria* o *expletoria* (*actio ad supplendam legitimam* o *actio expletoria*).

Por otra parte, la querrela resultaba insuficiente en los casos en que, con el fin de burlar la ley, el testador disponía de su patrimonio en vida mediante donaciones o constituciones de dote. Alejandro Severo permitió atacar las primeras mediante la querrela *ineffectioi donationis* y Constantino incluyó las segundas en la querrela *ineffectioi donationis vel dotis*. Desde el momento en que la *legítima* pasó a ser calculada no sólo sobre los bienes dejados al fallecer sino también sobre los donados o dados en dote, y que se imputaron a ella las donaciones entre vivos hechas a los legitimarios como anticipo de sus *legítimas*, quedó configurada como parte de los bienes del causante y no de la herencia (*legítima pars honorum*).

La legislación de Justiniano elevó el monto de la *porción legítima* a un tercio del haber hereditario si los legitimarios eran hasta cuatro, y un medio si eran más de cuatro. Estableció además que a los ascendientes la *legítima* debía ser dejada mediante institución de herederos, aunque fuesen herederos en cosa cierta. Finalmente, limitó la nulidad derivada del ejercicio de la querrela a la

institución de herederos, manteniendo la validez de los legados y para el caso de dejarse a los legitimarios menos de la porción debida, sólo les permitió el ejercicio de la acción de complemento (actio ad suppletendam legitimam), al considerar implícita la cláusula antes referida.

Fundamentalmente en razón de su cálculo no sobre el haber hereditario sino sobre una masa patrimonial especial formada por éste y por las donaciones y constituciones de dote hechas en vida por el causante, así como por la innecesariedad de aceptar la herencia para recogerla, se afirma que la legítima romana es *pars honorum* o parte de los bienes de aquél y no *pars hereditatis* o parte de la herencia; trataráse entonces no de un derecho puramente hereditario sino de uno de naturaleza especial fundado en el parentesco, de características similares al alimentario. Sin embargo, corresponde hacer notar que no ocurre de tal modo durante toda la evolución histórica del derecho romano. Sólo asume el carácter de *pars honorum* cuando los legitimarios quedan facultados para atacar las donaciones hechas en vida por el causante. Luego, en el derecho justinianeo parecería perder uno de los caracteres fundamentales para estimarla así —la innecesariedad de la calidad de heredero para recibirla— al disponerse que debe necesariamente ser dejada mediante institución hereditaria; pero en realidad no es así, porque ha de tenerse en consideración que la institución de heredero en cosa cierta (*institutio ex certa*) del derecho romano no se distingue del legado de cosa cierta sino en que concede el honor de la designación como heredero (*nomen heredis*).

2. *Derecho francés.* — En el antiguo derecho francés, las regiones denominadas de derecho escrito recibieron las instituciones romanas, en especial el derecho prejustinianeo, a través del Código Teodosiano y del Breviario de Alarico. Se conoció así la legítima protegida por dos acciones: la de nulidad del testamento o de las donaciones cuando nada se había dejado a los legitimarios, y la de complemento de la legítima cuando habían recibido menos de la porción que les correspondía a tal título. En el segundo caso no se adquiría la calidad de heredero, lo que determinaba que la legítima romana fuese considerada como *pars honorum*.

En las regiones de derecho consuetudinario regía, en cambio, la institución de la reserva, elaborada a partir del derecho germánico. Desconociada en los primeros tiempos el testamento, su aparición de-

rante la Edad Media dio lugar a que, con el fin de proteger la integridad del patrimonio familiar —y no, como en Roma, de asegurar una porción a los parientes más allegados— se limitase la facultad de disponer por vía testamentaria de los bienes integrantes del acervo familiar. Se diferenciaba fundamentalmente de la legítima: 1º) En que sólo se aplicaba sobre los bienes propios, es decir, los inmuebles recibidos por sucesión; no sobre los bienes muebles ni sobre los inmuebles adquiridos o gananciales, es decir, los producidos por la actividad económica del causante; 2º) En que se acordaba a todos los parientes, incluso los colaterales; 3º) En que sólo protegía contra disposiciones testamentarias, no contra donaciones entre vivos; 4º) En que sólo correspondía a quienes asumían la calidad de herederos, no así a los renunciantes ni a los excluidos de la sucesión. Generalmente su cuantía era de cuatro quintos de la herencia, aunque en algunas costumbres se reducía a los dos tercios. La reserva era indudablemente *propter hereditatem*, ya que para invocarla era necesaria la calidad de heredero y no comprendía sino los bienes integrantes del acervo hereditario.

Pero la reserva comenzó a mostrar su insuficiencia al producirse, a fines de la Edad Media, un cambio en las condiciones económicas traducido en la iniciación del proceso de valoración de los bienes muebles y en la formación de nuevas fortunas mediante la capitalización de las ganancias obtenidas, independientemente de los inmuebles recibidos por herencia; sobre muebles y ganancias la reserva no se aplicaba, de manera que podía disponerse íntegramente de ellos sin dejar nada a los parientes, por próximos que fuesen. Ya en el siglo XIII Beaumanoir y Pierre de Fontaines afirmaban que el padre debía dejar "*soutenance*" (bienes necesarios para su sostenimiento) a los hijos, pero al parecer se trataba únicamente de un deber moral. Sólo en los siglos XV y XVI se introduce, a imitación del derecho romano, la institución de la legítima consuetudinaria, que limita el derecho de disponer de muebles y ganancias. Los caracteres esenciales de esta institución fueron los siguientes: 1º) Se calculaba sobre el conjunto de los bienes del causante, fuesen propios, muebles o gananciales; y sólo funcionaba en subsidio de la reserva, es decir, para el caso de que los beneficiarios no recibiesen por vía de ésta su porción; 2º) No protegía, como la reserva, a todos los parientes, sino —como regla general— sólo a los descendientes; 3º) No se calculaba sólo sobre los bienes dejados a la muerte sino también sobre las dona-

ciones, y si no podía cubrirse reduciendo las disposiciones testamentarias habilitaba a reclamar la reducción de las donaciones, con acción reparatoria contra terceros adquirentes; 4º) Su cuantía era generalmente de la mitad de lo que habría correspondido a los legitimarios en la sucesión intestada.

Previamente es con relación a la legítima consuetudinaria que se presenta en el antiguo derecho francés la discusión acerca de si se trataba de *pars hereditaria* o *pars bonorum*. La segunda tesis tenía apoyo en el art. 307 de la segunda redacción de la Costumbre de París, que permitía al hijo donatario renunciar a la herencia y retener la donación aun cuando excediese de la porción disponible. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina la consideró *pars hereditaria* porque el descendiente tenía derecho de recibirla en especie, porque para reclamarla era preciso aceptar la herencia y ejercer la petición de herencia, y porque ésta constituía una acción real. Mas, como institución híbrida que fue, tenía algunos caracteres de la *pars bonorum*; tales, la imposibilidad de reclamo por el legitimario que había recibido su porción mediante donaciones o legados, y el derecho de retenerla por vía de excepción aun cuando se hubiese renunciado a la herencia, consagrada en el mencionado art. 307 de la Costumbre de París, que permitía al renunciante acumular la legítima y la porción disponible.

El derecho intermedio limitó el derecho de disponer de los bienes por donación o testamento. La ley del 17 de nivoso del año II fijó ese límite en 1/10 si había parientes en línea recta y 1/6 si sólo había colaterales; luego, la de 4 de germinal del año VIII aumentó la porción disponible a 1/4 si había hasta tres hijos y a una porción igual a la de cada hijo si había cuatro o más, 1/2 si había ascendientes, hermanos o sobrinos, y 3/4 si había parientes más lejanos. La institución fue calificada de reserva, privando la idea de que se trataba de una *pars hereditaria* o una sucesión intestada mínima, ya que el renunciante no podía reclamarla ni aun retenerla si era donatario.

El Código Napoleón confirma ese criterio al legislar la porción o cuota disponible, dentro de la cual pueden realizarse liberalidades entre vivos o por testamento. La casi totalidad de la doctrina francesa —con la sola excepción de Troplong— coincide en que la reserva es *pars hereditaria*, según el criterio de Aubry y Rau, quienes afirmaron que la reserva "no es otra cosa que la herencia misma menos la cuota disponible"; se señala así que es global para todos los reservatarios,

que debe ser suministrada en especie, que para tener derecho a ella es necesario ser llamado a la sucesión, y que el reservatario que renuncia no puede reclamar su reserva por vía de acción ni retenerla por vía de excepción tratando de conservar donaciones o legados hasta el límite de la reserva y la porción disponible sumadas. Pero de los autores más modernos Ripert y Boulanger opinan que esa calificación no siempre es exacta, ya que para determinar los derechos de los legitimarios se tienen en cuenta también las donaciones y es posible que la reserva se integre con bienes rescatados de los donatarios; concluyen que "la terminología moderna no puede ya modelarse sobre la antigua, porque la reglamentación ha cambiado"<sup>1</sup>. También los Massad afirman que desde ciertos puntos de vista se regula como *pars honoraria* así, en cuanto no beneficia a todos los herederos intestados, y en cuanto comprende las donaciones<sup>2</sup>.

3. *Derecho español.* — En la formación del derecho español, como en la del francés, se conjugan elementos germánicos y romanos.

Los primeros se traducen en el derecho visigótico, que al admitir el testamento reconoció la amplia libertad de testar. En el siglo VII, la *lex Rovi* tálitica de Chindasvino reservó los 4/5 de la herencia a los descendientes, con la posibilidad de mejorar a alguno de ellos en 1/10. Es la reserva germánica, que fue aceptada también en el Fuero Juzgo.

En cambio, las Partidas legislaron la legítima de descendientes, ascendientes y hermanos sobre la base del derecho romano. Igual sistema inspiró al proyecto de 1851 que, a pesar de designar a los legitimarios como *herederos forzosos* dice que a ellos la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción... (art. 640), a más de establecer que la repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla (art. 832); al anotar este artículo, García Goyena señaló que la disposición ni siquiera era necesaria, porque la porción legítima es una deuda.

La fusión de una y otra institución en el Código da lugar a una ardua discusión acerca del carácter de *pars hereditaria* o *pars honoraria* de la legítima, que reviste especiales caracteres en razón de las nor-

<sup>1</sup> RIPERT-BOULANGER, *Festsche de Derecho Civil*, trad. de Deña García Daloz, t. X, vol. I, n.º 1846.

<sup>2</sup> MASSAD, *Exposición de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castiella, Parte 4.ª, vol. II, n.º 870.

mas particulares del derecho español, y a la que se añaden tesis que le asignan otras naturalezas diferentes.

Sostienen —entre otros autores— que la legítima es *pars hereditaria* Valverde y Valverde, de Buzo, Royo Martínez, Espinar Lafuente y Bonet Ramón. Son sus argumentos: 1º) La designación de *herederos forzosos* que de los legitimarios hace el Código, en las normas básicas de los arts. 806 y 807 —que, respectivamente, define la legítima y enuncia a los legitimarios— y en otras disposiciones referentes a ellas. 2º) El origen germánico de la institución. 3º) La circunstancia de que si bien se admite que la legítima quede cubierta por donaciones o legados, ellos implicarían en tal caso actos de imputación de los bienes donados o legados a la parte que correspondería a los legitimarios en la partición.

En cambio, afirman el carácter de *pars bonorum*, entre otros, de Digo, Puig Peña, Puig Brutau, Lacruz Berdejo y Vallat de Goytisolo. Las bases fundamentales de esta posición, según la exposición del último, son: 1º) Que si bien la legítima gótica y la de los fueros medievales fue *pars hereditaria*, no ocurrió lo mismo con la del derecho común y el castellano que se basó en la legislación romana a través de las Partidas. En la institución adoptada por el Código, el derecho germánico regaló la medida, pero el romano la naturaleza; e inclusive desapareció la exigencia del derecho Justiniano y castellano de que el legitimario fuese instituido heredero; 2º) Que la locución *herederos forzosos* es inexacta, pues el cónyuge es legitimario mas no heredero sino sucesor a título singular, como que sólo recibe el usufructo de una porción de la herencia; y los hijos naturales, cuando concurren con hijos legítimos, pueden ser desinteresados por éstos mediante la entrega de su cuota en dinero, caso en el cual tampoco son herederos. 3º) Que es contradictorio considerar *pars hereditaria* a lo que puede quedar cubierto con la imputación de donaciones, o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones hechas a terceros, casos en los cuales la legítima no se integra con los bienes del acervo hereditario. 4º) Que el art. 806 del Cód. Civil define a la legítima como “la porción de bienes de que el testador no puede disponer...”.

También se ha señalado la posibilidad de que la legítima sea legislada como *pars valoris*, es decir, un simple derecho de crédito, puramente personal, pagable en dinero después de determinada su cuantía por el monto de una participación en el valor del caudal relicto. Señala Vallat de Goytisolo que en el derecho español no es

ni en general, sino en casos excepcionales: tales, el ya mencionado de los hijos naturales que concurren con legítimos (art. 840, 2º párrafo), el del padre que desea mantener indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, a quien se autecia a atribuirle a uno de los hijos legítimos con cargo de que éste pague su legítima en dinero a los otros (art. 1066), el de exceso en la mejora, en que el mejorado puede satisfacer a los otros legítimarios en dinero (art. 829), y el del legado de inmueble que no admite cómoda división, sujeto a reducción, que según ésta absorba o no la mitad de su valor, queda a los legítimarios o al legatario, respectivamente, con cargo de pagar la diferencia en dinero (art. 831). Sin embargo, fuera del caso de los hijos naturales, la satisfacción de la *pars valoris* está garantizada por un derecho sobre la *pars bonorum* que correspondía a los legítimarios y de la cual aquélla es sólo la traducción dineraria.

Finalmente, se habla también de *pars valoris bonorum* que, según Ibañeta Sastre, sería la legítima que atribuye en principio a los legítimarios la titularidad sobre una parte del valor del patrimonio hereditario líquido, pero que afecta como carga o gravamen al patrimonio hereditario, al modo de una hipoteca tácita; no se trata ya de un puro crédito sino de uno garantizado de modo real con los bienes hereditarios, que quedan sujetos a su pago. Enseña Vallot de Goytixole que la legítima del derecho español no es *pars valoris bonorum* porque el legítimario es copartícipe en la indivisión hereditaria y dispone de la acción de partición y no de una mera acción personal para cobrar su cuota como acreedor.

4. *Derecho italiano.*—Antes de la codificación, la ley toscana del 15 de noviembre de 1814 consideraba a la legítima como *pars bonorum*, en tanto los códigos de Parma y albertino no la caracterizaban. En cambio, tanto el código civil de 1865 (art. 808) como el de 1942 (art. 536) la denominan "cuota de herencia"; sobre la base de esas disposiciones, y de otras que la caracterizan, la doctrina mayoritaria la considera *pars hereditatis*, aun a pesar de que no todos los legítimarios son necesariamente herederos, pues el cónyuge superviviente recibe una cuota en usufructo y por lo tanto es considerado legatario *ex lege*.

5. *Derecho alemán.*—En el derecho alemán antiguo, el código de Sajonia legislaba la reserva como un derecho hereditario, en tanto el Landrecht prusiano la consideraba simplemente un derecho per-

sonal del legitimario de obtener de los herederos el pago del valor de una cuota de lo que le habría correspondido en la sucesión intestada. De esta manera la reglamenta el código alemán (arts. 2303 y ss.), a pesar de mantener la denominación germánica de reserva. En este sistema es, pues, *pars valoris*.

## II. LA RESERVA EN EL CÓDIGO CIVIL.

6. *Normas fundamentales.* — En el Código Civil se hallaron normas que dieron pie a la discusión acerca de si en nuestro derecho la legítima es *pars hereditatis* o *pars bonorum*.

La primera tesis se basa fundamentalmente en la definición del art. 3591, según la cual "la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia".

A ese concepto se opone, sin embargo, el art. 3714, que expresa que "son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación"; y especialmente el art. 3354 —derogado por la ley 17.711— que establecía que "los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía".

La aparente contradicción tiene su explicación en la diversidad de fuentes: la definición del art. 3591 traduce las ideas prevalentes en el derecho francés, en tanto que los arts. 3354 y 3714 son transcripción casi textual de los arts. 640 y 822 del proyecto español.

7. *Doctrinas según la cual la legítima es pars hereditatis.* — Entre los primeros comentadores del Código, si bien se trató de precisar el alcance de la norma del art. 3354, no se planteó concretamente la cuestión del carácter jurídico de la legítima; la discusión ha sido planteada por los autores del presente siglo.

La tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* fue expuesta en una tesis de Silvestre H. BLOUSSON de 1902, recogida por Fornieles y aceptada por Borda<sup>3</sup>. Estos autores veían una contradicción fundamental entre el art. 3591, que entienden que consagra expresamente el carácter de *pars hereditatis* de la legítima, y el art. 3354,

<sup>3</sup> SILVESTRE H. BLOUSSON, *La acción de reducción*, tesis, En. An. 1902; SALVADOR FORNIELES, *Tratado de las Sucesiones*, t. I, n.º 107 y t. II, n.º 93; GUILLELMO BORDA, *Sucesiones*, t. I, n.º 273 y t. II, n.º 311.

que permitía renunciar a la herencia y tomar la legítima; creían que este último artículo representaba un error del codificador que habría transcrito la fuente sin la debida meditación, que su contenido era absurdo, y que la única solución para evitar la dificultad era tenerlo por no escrito.

En concreto, sostenían que el art. 3354 era contradictorio: 1º) Con la definición del art. 3391; 2º) Con el art. 3365, según el cual el renunciante sólo puede retener la donación hecha por el causante y reclamar el legado que le hubiere dejado, en tanto no excedan la porción disponible; pues si pudiese renunciar y conservar la legítima estaría facultado para retener la donación o reclamar el legado no dentro de la porción disponible sino hasta la cantidad resultante de adicionar dicha porción a su legítima; 3º) Con el art. 3317, según el cual la aceptación no puede ser parcial, ya que entienden que tomar la legítima y rechazar el resto sería precisamente una aceptación parcial; 4º) Con el art. 3333, por el que se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero, y con las notas a los arts. 3341, 3348 y 3353, en las que Vélez Sarsfield explica que el heredero renunciante se juzga como si nunca hubiese sido heredero o, en otras palabras, como si siempre hubiese sido extraño a la sucesión; 5º) Con el art. 3529, que dispone que en caso de renuncia de los herederos la sucesión se reputará vacante; 6º) Con los arts. 3543 y 3554 que otorgan el derecho de representación a los hijos del renunciante, derecho que no podría ser ejercido si éste conservase su legítima.

Otros autores consideraban que la legítima era *pars hereditatis* sin llegar al excoeo interpretativo de tener por no escrita una disposición de la ley. BIBILONI así lo entendía y propuso permitir al heredero forzoso repudiar la herencia y aceptar la legítima, con tal de que lo declarase expresamente en el acto de la renuncia; ni el proyecto de 1886 ni el anteproyecto de 1864 mantuvieron esta disposición. De Gasperi también estimaba que la legítima era parte de la herencia, pero afirmaba que no había contradicción con el art. 3354, ya que éste representaba una modalidad de la renuncia —modalidad que debe ser expresa— que no importaba el derecho de reclamar la legítima por vía de acción sino sólo de retenerla por vía de excepción cuando quedaba cubierta por liberalidades hechas por el testador en vida, que no debían entonces ser revistas<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> BIBILONI, *Anteproyecto*, t. IV, p. 108; DE GASPERI, *Tratado de Derecho Hereditario*, t. I, n.º 336 y t. III, n.º 593.

8. Doctrina según la cual la legítima es *pars bonorum*. — Coincidieron en que, según la reglamentación del Código Civil, la legítima era parte de los bienes (*pars bonorum*) y no de la herencia, Prayonés, Ovejero, Rébora y Grünberg, Arias, Laje, Guaglianone, Molinaro y Ovszejvich<sup>8</sup>.

Esta tesis fue enunciada primeramente por Prayonés, quien estimó que el carácter de *pars bonorum* estaba dado por la posibilidad —dada por el art. 3354— de renunciar a la herencia y tomar la legítima, ya que entre la definición del art. 3591 y la regla particular, clara, meditada y evidente del art. 3354 debía optarse por esta última. A pesar de su contundencia, el argumento podía ser considerado un tanto simple; la doctrina posterior —en especial los estudios de Rébora y Grünberg y de Guaglianone— lo reforzó con numerosas razones positivas y otras que constituyen la refutación de los fundamentos de la tesis contraria. En síntesis, tales razones son las siguientes:

1º) La definición del art. 3591 es impropia de un código, y peligrosa como todas ellas. Por otra parte, no importa definir a la legítima como parte de la herencia. Si bien dice que es un "derecho de sucesión", existen derechos de sucesión que no son derechos hereditarios; tales, fuera de la sucesión entre vivos a título particular, el del legatario y el del legitimario. En cuanto a la frase *limitada a una determinada porción de la herencia*, sólo expresa que el derecho se determina según una proporción que tiene por base el monto de la herencia, mas no que recaiga necesariamente sobre bienes hereditarios.

2º) Aun si se considerase que el art. 3591 caracteriza a la legítima como porción de la herencia, esa caracterización queda neutralizada por el art. 3714, según el cual la ley reserva a los herederos forzosos

<sup>8</sup> EDUARDO PRAYONÉS, *Derecho de sucesión*, n.º 68; DANIEL OVEJERO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en J. A. 44-doct-47; JUAN C. REBORA, y CARLOS M. GRÜNBERG, *La naturaleza de la legítima y el art. 3594 del Código Civil*, en *Cinco Estudios de Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 1938, p. 121 y ss.; JUAN C. REBORA, *Derecho de las sucesiones*, t. I, § 143 y 144; t. II, § 381 y 383. JOSÉ ARIAS, *Derecho sucesorio*, cap. III, pará. III, n.º 3; EDUARDO LAJE, *La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario*, L. L. 71-634; AQUILES H. GUAGLIANONE, *La condición del legitimario no heredero*, en "Ejemplar jurídico en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz", Buenos Aires, 1957, p. 205 y ss.; ALBERTO D. MOLINARO, *Intencionalidad del monto de las cuotas legitimarias*, L. L. 90, p. 200 y ss., nota 25; LUIS OVSEJEVICH, *Legítimas*, en *Enciclopedia Jurídica Osmé*, t. XVIII, p. 800.

una porción en los bienes del difunto, es decir, la considera para hereditaria.

3º) Los textos y notas del codificador acerca de la renuncia, que la tesis opuesta considera incompatibles con el art. 3354, son generales para cualquier clase de heredero renunciante de modo que cuando la renuncia proviene de un legitimario que toma su legítima, su aplicación queda limitada a la porción disponible. Lo mismo ocurre con el derecho de representación de los hijos del legitimario renunciante, que se ejerce igualmente sobre la porción disponible, a menos que aquél renuncie también a la legítima.

4º) El argumento basado en el art. 3317 encierra una petición de principio, pues da por demostrado que la legítima es parte de la herencia, que es precisamente lo que está en discusión.

5º) El art. 3355 no es contradictorio con el 3354 sino que debe interpretarse coordinadamente con éste; de tal modo, su sentido es el de prohibir al legitimario renunciante retener donaciones que vayan más allá de la porción disponible cuando además de renunciar a la herencia ha renunciado también a la legítima.

6º) El art. 3600, según el cual el legitimario a quien el testador ha dejado por cualquier título menos de la legítima, sólo puede pedir su complemento, confirma la caracterización de la legítima como *pars hereditaria*, ya que la sola circunstancia de habersele dejado algún bien le priva del derecho de reclamar el carácter de heredero y sólo lo habilita para pedir la entrega de una porción de bienes que integre la legítima.

7º) Según Guaglianone, la legítima *pars hereditaria* supone: a) Una transmisión hereditaria; b) Un heredero; c) Un derecho sobre los bienes hereditarios mismos, en especie. Y la reglamentación de nuestro código excluye la necesidad de cada una de esas condiciones. No hay necesariamente transmisión hereditaria porque puede ocurrir que el causante no deje, al fallecer, bienes ni deudas pero haya hecho en vida donaciones; en tal caso la legítima se calcula sobre el valor de éstas y se obtiene mediante el ejercicio de la acción de reducción. Tampoco es necesario que el legitimario sea heredero, pues, —conforme con el art. 3600— la legítima puede ser recibida por cualquier título; nada obsta a que se le deje su porción por vía de legado, y

aun en caso de que éste sea insuficiente, no necesita aceptar la herencia para solicitar el complemento. Por último, no es necesario que la legítima se integre con bienes hereditarios, porque en razón del carácter personal de la acción de reducción, el donatario puede detenerla desinteresando con dinero propio al legitimario.

En conclusión, y siguiendo siempre a Guaglianone, la legítima *pars hereditatis* no es sino la herencia ab intestato misma, en su fracción mínima indisponible que supone vocación universal del heredero y distribución igualitaria entre herederos del mismo grado y condición; no es un derecho individual de cada legitimario sino una masa indisponible que se distribuye entre los herederos que concurren a ella mediante aceptación. En cambio, la legítima *pars honoraria* es un derecho derivado del parentesco o del matrimonio, que no tiene otro vínculo con la herencia que el de hallarse condicionada por la supervivencia del legitimario respecto del causante; no es una masa intestada sino un derecho individual de cada sucesor forzoso. En nuestro derecho esta característica es indudable, en virtud del art. 1832 inc. 1º del Cód. Civil, que al limitar el derecho de atacar las donaciones por inoficiosas a los herederos existentes al tiempo de la donación determina que el cálculo deba hacerse individualmente para cada uno.

3. *Jurisprudencia.*— El problema del carácter de la legítima no ha tenido frecuente tratamiento jurisprudencial, quizás en razón de que ordinariamente cuando existen legitimarios no se testa o se lo hace sin afectar sus derechos. Sin embargo, motivó el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 10 de agosto de 1953 (La Ley, 71-634, Jur. Arg., 568-IV-15), dictado en la sucesión de Francisco de Asís Cambó. El causante había instituido heredera a su hija y dejado un legado de cantidad a su esposa; ésta reclamó que se la declarase heredera y el tribunal, por 9 votos contra 3, declaró que "quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho que se le declare tal si fuere omitido por este último, en su testamento".

La posición de la mayoría fue expuesta por los Dres. Agustín Alsina, Méndez Chavarría — a quienes adhirió el Dr. Pedetti, Baldrich, Razo, Chute, Antonio Alsina y Coronas— y Funes. En realidad, es difícil extraer una doctrina concreta de los votos mencionados, que entremezclan argumentos confusos y contradictorios, y hasta uno de ellos alcanza a efectuar consideraciones políticas de

adhesión a la situación entonces imperante que evidentemente nos enseñan que hacer con el problema estrictamente jurídico en discusión. En general, se trató de eludir el problema de si la legítima era *pars hereditatis* o *pars bonorum* por considerar que su solución resultaba extraña al problema planteado. Sin embargo, se partió de la base de que los herederos forzosos son herederos porque tienen vocación universal y garantía legal de un mínimo de herencia, por lo que se estimó que no sólo tienen derecho de ser declarados herederos sino que también tal declaratoria es jurídicamente necesaria para el ejercicio de los derechos que la ley les concede y para la inscripción en los registros del dominio de los inmuebles. Ni siquiera se vio obstáculo a esa decisión en la norma del art. 3354, pues se dijo que el carácter de heredero del legitimario era tan fuerte que subsistía a pesar de su renuncia a la herencia, ya que no tendría sentido el reclamo de la legítima que tal artículo autorizaba si no fuese en virtud del título hereditario.

La minoría quedó integrada por los Dres. Bargalló —a cuyo voto adhirió el Dr. Arias Castex— y Sánchez de Bustamante.

Consensó el Dr. Bargalló por señalar que la expresión *herederos forzosos* que el código utiliza para aludir a los legitimarios no era decisiva. En efecto, en nuestro sistema legal el heredero queda definido a través de dos caracteres fundamentales: la sucesión a título universal en los derechos y obligaciones del causante, y la vocación a la universalidad del patrimonio. El carácter de heredero puede provenir de la ley o de la voluntad del causante expresada en el testamento, pero ningún autor nacional admitía expresamente la posibilidad de que a una misma sucesión concurren herederos testamentarios y ab intestato.

Planteó luego el problema de si en nuestro derecho la legítima es un derecho ajeno al carácter de ciertos herederos, que supone el título o la calidad hereditaria (parte de la herencia) o bien un derecho independiente de tal calidad, emergente del parentesco (parte de los bienes), cuestión que —entendióse planteaba en las sucesiones testamentarias, ya que en las intestadas no existía duda de que los legitimarios que concurrían eran a la vez herederos. Señaló la contraposición entre la definición de legítima del art. 3531 y la de legitimarios del art. 3714, pero sostuvo que la ciencia de las figuras legales no debía ser juzgada por las palabras con que se las designase sino por lo que resultara efectivamente del complejo de las disposiciones legales que las regl-

mentan; así, la denominación de "herederos forzosos" utilizada en el proyecto español de 1831 y en el código de ese país no impide que García Goyena haya considerado a la legítima como *pars honorum* y que la misma sea la solución de la doctrina española mayoritaria.

Tras estudiar los antecedentes históricos y el derecho comparado, basó su posición en los siguientes argumentos: 1º) En la forma como la legítima se calcula, de la que resulta que es un derecho a suceder sobre una cuota parte de los bienes, aun contra la voluntad del causante y siempre que no medie desheredación; se parte de su cálculo como derecho del legitimario y no —como en las legislaciones que la reglamentan como parte de la herencia— del de la porción disponible como facultad del testador. 2º) En la posibilidad de que el legitimario, sin dejar de serlo, renuncie a la herencia. 3º) En que el derecho del legitimario que sin ser preterido recibe a otro título que el de heredero menos de lo que por ley le corresponde se limita a reclamar el complemento de la legítima. En definitiva, sostuvo que el legitimario, sólo por serlo no era forzoso ni necesariamente heredero del causante y no tenía derecho a exigir que se lo declarase judicialmente tal, frente a un testamento que no lo mencionaba en su institución de heredero no anulada.

El Dr. Sánchez de Bustamante, fuera de adherir al voto anteriormente reseñado, afirmó la imposibilidad de que, subsistiendo la institución testamentaria, se dictase declaratoria de herederos en favor de otra persona, por falta de base legal para que la sucesión fuese testamentaria respecto de unos herederos y ab intestato respecto de otros. En el caso particular del cónyuge señaló que, conforme con los arts. 3715 y 3600, si era preterido sólo podía reclamar su legítima y si se le asignaba menos que ésta, únicamente su complemento. Afirmó también que la definición del art. 3591 cedía frente a las normas concretas de los arts. 3354 y 3600.

La solución de la mayoría del tribunal —que triunfó por cantidad mas no por calidad de los votos— fue eficazmente criticada por Laje\*, quien sostuvo que alteraba la voluntad del causante y conagraba la existencia, en una misma sucesión, de herederos testamentarios y legítimos, no obstante el principio de que los primeros excluyen a los segundos y las diferencias que los separan en cuanto a fundamentos, origen y disposiciones efectivas que los rigen. A su juicio, la facultad

\* Op. cit. en nota 5.

del causante de disponer de su cuota libre importa la de instituir herederos con exclusión de los legitimarios, y sin posibilidad de que se agreguen otros por muy forzosa que se considere su condición; de lo contrario habría que admitir que no hay plena disposición de la cuota libre o que la herencia es dual en presencia de legitimarios, y no única e indivisible. Consideró que la mayoría no había demostrado la condición hereditaria forzosa de los legitimarios, a la que se oponían los arts. 3354, 3600 y 3715 de los que resultaba el carácter de pure honoraria, ya que el derecho del legitimario se limita a los bienes que integran su cuota, con abstracción del carácter de heredero cuando no quiere o no puede tenerlo. En cuanto al problema formal que influyó sobre la decisión, afirmé que no se alegó ni justificó la conclusión de que el único medio adecuado para que el legitimario hiciera valer sus derechos consistiese en incorporarlo a una declaratoria de herederos, pues igual valor tendría un certificado judicial en el que constase su calidad y la cuota que le corresponde, y que en la sucesión correspondiente no ha sido declarado indigno ni desheredado válidamente.

### III) LA CUOTA DESPUÉS DE LA LEY 17.711

10. Doctrina que estima confirmado el carácter de parte de la herencia. — La ley 17.711 dispuso la supresión del art. 3354 del Código Civil. Es claro que para quienes pensaban que dicho artículo estaba en contradicción con el resto de las normas del Código la situación resulta ahora muy clara: eliminada la disposición en la cual entendían que fincaba el único argumento adverso a su tesis, la legítima sería indudablemente *pure hereditaria*. Así lo entienden Guastavino, Borda, Maffía y Guillermo R. Garbino<sup>3</sup>. Sin embargo, en tanto Garbino afirma que ha quedado desterrada de nuestro sistema legal la "figura extraña" del legitimario no heredero, Maffía considera que no obstante la intención de los reformadores de suprimirla, ella aparece de nuevo, "de rodón" con la atribución de derecho sucesorio a la nueva viuda.

<sup>3</sup> ELIAS F. GUASTAVINO, *Interpretación del art. 3377 bis del Código Civil*, L. L. del 9-12-70 (t. 146), cap. IV; BORDA, *op. cit.*, 3ª ed., t. I, n.º 275 y t. II, n.º 911; *La Reforma del Código Civil - La Legítima*, t. 34, p. 885; JOSEPH G. MAFFÍA, *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, La Plata, 1969, cap. II, n.º 4; GUILLERMO R. GARBINO, *Protección de herederos forzosa*, Buenos Aires, 1970, p. 51.

11. *Doctrina según la cual la legítima continúa siendo "pars bonorum".* — Por el contrario, Guaglione afirma que si bien existió el propósito de hacer de la legítima parte de la herencia, al suprimirse el art. 3354, otros textos admiten la existencia de legitimarios que no son herederos: la nueva viuda, el descendiente del desheredado y el legitimario preterido. Se produce también la manifiesta desarmonía de que, no obstante la derogación del mencionado artículo, la legítima pueda quedar integrada sólo con donaciones —cuando no hay herencia y los legitimarios reivindican su porción sin título de herederos— y además subsisten o se crean otros legitimarios que no son herederos<sup>2</sup>.

Parcialmente coincidente es la opinión de Héctor R. Goyena Coppello, quien estima que la derogación del art. 3354 habría dado una tónica uniforme al Código; pero que, sin embargo, el nuevo art. 3715 introduce la figura del legitimario no heredero. Estima que si el legitimario puede ser desheredado sin justa causa y entonces no retoma su carácter de heredero sino sólo el de legitimario, también puede desproveerse a sí mismo del carácter de heredero y mantener el de legitimario; por lo tanto, a pesar de la derogación del art. 3354 subsistiría la posibilidad de renunciar a la herencia y tomar la legítima<sup>3</sup>.

12. *Opinión del autor.* — A mi juicio, toda la confusión existente alrededor de este tema proviene de un error fundamental, el de reducir la cuestión a la determinación de la posibilidad de renunciar a la herencia y recoger la legítima, caracterizando a ésta como *pars bonorum* si esa posibilidad existe y como *pars hereditatis* en caso contrario. El error comenzó con una tesis de principios de siglo, cuyo autor no entendió el problema y afirmó el diálogo de que el art. 3354 era un conjunto de palabras vacías de sentido, inasusceptible de aplicación; continuó con el descabido criterio interpretativo de Fornides y Borda, que concentraban contradictorio el artículo con el resto de las disposiciones del Código y proponían tenerlo *per se* abscrito; y concluyó con la jurisprudencia plenaria de la Capital Federal, que no encontró otra forma de reconocer el carácter de legitimario de quien no había sido instituido heredero que la de declararlo tal.

Lo cierto es que el carácter de la legítima no puede ser determinado por la existencia o inexistencia de la norma del art. 3354 sino

<sup>2</sup> AQUILLES H. GUAGLIONE, *La reforma del derecho sucesorio*, en *Rev. del Notariado*, año LXXII, n.º 703, oct./feb., 1969, p. 22, n.º 2.

<sup>3</sup> HÉCTOR R. GOYENA COPPELLO, *La derogación del art. 3354 del Código Civil y la creación del nuevo art. 3715*, *El Derecho* 23-848.

por lo que resulta del conjunto de normas que la reglamentan. Si del complejo de esas disposiciones resulta que es un derecho derivado de la calidad de heredero será parte de la herencia; si, por el contrario, surge que es un derecho distinto e independiente de tal calidad, será parte de los bienes. Y la posibilidad de renunciar a la herencia y tomar la legítima no resulta así el punto que determina la distinción sino una consecuencia del régimen general adoptado: evidentemente, si la legítima es un mínimo de herencia, la renuncia de ésta implica también la de aquella, pero si son figuras jurídicas diferentes no existe obstáculo legal para que se rechace una y se asuma la otra.

Claro está que si se pretendiese hallar en las legislaciones actuales la legítima puramente *pars honorum* del derecho romano, o la reserva *pars hereditaria* del derecho germánico, la caracterización sería imposible. La influencia de una sobre la otra que se ha producido en el curso de la evolución histórica, especialmente en la creación de la legítima consuetudinaria francesa y en la reglamentación del código español, hace que en rigor no pueda decirse que en determinada legislación actual la legítima — la reserva — sea estrictamente *pars honorum* o *pars hereditaria*, sino que sea predominantemente una cosa o la otra, ya que generalmente se recibe alguno de los caracteres de la otra institución. Así, la reserva francesa, predominantemente *pars hereditaria*, ha recogido caracteres de la legítima, tales como su cálculo no sólo sobre los bienes dejados al fallecer sino sobre ellos más los que fueron objeto de liberalidades en vida del causante, y su atribución a algunos y no a todos los herederos intestados. Por el contrario, la legítima española es predominantemente *pars honorum*; sin embargo, cuando hay donaciones, su cálculo se hace para todos los legitimarios computando todas ellas y no, como resulta en nuestro derecho del art. 1832 Inc. 1<sup>o</sup>, según distintas pautas según existiese o no el legitimario al tiempo de la donación.

Dentro de las actuales textos del Código Civil, entiendo que la legítima es esencialmente *pars honorum*, y queda así caracterizada por las siguientes circunstancias:

1<sup>o</sup>) *Por la posibilidad de ser legitimario sin ser heredero.* Dicha posibilidad se da en los siguientes casos, algunos de ellos derivados del Código Civil y otras de la ley de reformas 17.711:

a) *Legitimario legatario.* — Es posible que el testador deje al legitimario uno o más legados —de cuota o particulares— que coin-

cidan con su legítima o la supere, e instituya heredero a un extraño o disponga del resto de sus bienes de cualquier modo. En tal caso, el legítimario nada tiene que reclamar del heredero, ni de los demás beneficiarios, ya que el derecho del cual no puede ser privado queda cubierta y puede serle atribuido por cualquier título (art. 3600 del Cód. Civil); si al legado, en tanto cubre la legítima, el testador hubiera impuesto cualquier gravamen o condición, éstos serían nulos (art. 3598 del Cód. Civil).

Igual situación se produce en el caso en que el testador se limita a reconocer la existencia de uno o varios legítimarios y manifiesta que les atribuye lo que en tal concepto les correspondiera, instituyendo herederos a uno o más extraños o agotando sus bienes con otras disposiciones. Esta situación equivale a un legado de la cuota legítimaria, y los legítimarios nada tendrían tampoco que reclamar de los herederos u otros beneficiarios.

Puede ocurrir que el legado no alcance a cubrir la legítima. En tal supuesto, el art. 3600 del Código Civil establece en forma expresa que el legítimario sólo podrá pedir el complemento de su legítima, es decir, la porción de bienes que sea necesaria para dejar cubierta su cuota.

En todos estos casos el legítimario no es heredero. La calidad de heredero supone, en nuestro derecho, la reunión de dos características: la de sucesor universal, es decir, en el todo o en una parte alicuota del patrimonio (art. 3263 del Cód. Civil) y la vocación universal, esto es, la eventual posibilidad de recoger la totalidad de la herencia por desaseamiento de la vocación de los otros sucesores universales. El primero de los requisitos se da en los casos indicados, salvo en el de que se le haya hecho solamente uno o más legados particulares; pero el segundo no se presenta, y de ahí que no sea heredero.

Esta situación puede verse claramente cuando frente al legítimario o a los legítimarios hay dos o más herederos instituidos; si uno de éstos renuncia a la herencia o es declarado indigno, su parte acrece a la de los coherederos más no a la de los legítimarios no herederos, cuyas cuotas permanecen invariables. Y si se produjese la renuncia o indignidad de todos los herederos instituidos, los legítimarios recibirían la porción disponible no por efecto de la vocación universal derivada de su carácter de legítimarios, que no existe, sino porque entonces se abriría la sucesión intestada y aparecería la calidad de

herederos de la cual estaban privados porque la existencia de herederos testamentarios obstaba a ella.

También se aprecia con claridad la situación cuando además del legado en favor del legitimario y de la institución de heredero, el testador ha hecho otros legados; si éstos son renunciados o caducan, los bienes que fueran objeto de ellos son recogidos por los herederos, en virtud de su vocación universal, y no por el legitimario que tiene ya satisfecha su legítima.

b) *Legitimario beneficiario de cargo.* — El testador puede instituir herederos extraños, con cargo de hacer entrega al o los legitimarios de su porción legítima, sea en bienes de la herencia, sea en dinero —aunque no lo haya en ella—, sea en bienes de los propios herederos. Si de ese modo la legítima queda cubierta, el legitimario nada puede reclamar del heredero, ya que —como expresa el art. 3600— la legítima puede ser recibida por cualquier título, y si el cargo fuese insuficiente sólo cabría, de acuerdo con la misma disposición, la acción de complemento de la legítima.

La situación es bastante similar a la del legitimario-legatario, que no es heredero aunque pueda llegar a serlo en caso de que dejen de concurrir a la herencia la totalidad de los herederos instituidos.

c) *Legitimario donatario.* — El testador puede haber efectuado en vida donaciones en favor del legitimario que cubran su legítima, y en el testamento manifestar que ésta ha quedado cubierta con las donaciones o simplemente guardar silencio, distribuyendo la totalidad de sus bienes. En este caso, el legitimario tampoco puede reclamar nada de los beneficiarios del testamento, ni aun en el caso de que se hubiese dispuesto de todos los bienes sin instituir herederos, pues su derecho está a salvo.

Si las donaciones no cubriesen la legítima, sólo podría pedir lo necesario para completarla, sea que el testador hubiese considerado erróneamente en el testamento que su derecho estaba a salvo con las donaciones, por aplicación del art. 3600, o que lo hubiese omitido totalmente, pues aun cuando se considerase que en tal caso hay preterición, de acuerdo con el nuevo texto del art. 3715 el legitimario sólo puede pedir su legítima.

En todas estas situaciones, el legitimario no es heredero pues carece de vocación universal; su calidad de heredero sólo podría aparecer

si por no estar distribuidos todos los bienes en el testamento tuviese lugar la sucesión ab intestato.

d) *Legitimario preterido*.— De acuerdo con el nuevo texto del art. 3715, el legitimario preterido sólo puede reclamar su legítima, pero subsiste la institución de herederos. Por consiguiente, también es un legitimario no heredero.

Se vincula este problema con la posibilidad de concurrencia de herederos legitimarios con herederos instituidos no legitimarios. Tal posibilidad ha sido negada por Ribera, que no concibe que haya herederos sujetos a regímenes diferentes en cuanto a acrecimiento, colación, reducción, responsabilidad por el pago de legados, etc.<sup>20</sup>, pero la admite Passal, en especial después de la nueva redacción del art. 3715, ya que entiende que nuestro ordenamiento jurídico no impone la misma situación jurídica a todos los herederos<sup>21</sup>.

Por el contrario, entiendo que el legitimario preterido no es heredero. Lo mismo que en el caso del legitimario legatario, la renuncia o indignidad de alguno de los herederos instituidos no motiva el acrecimiento de su porción sino de la de los otros herederos instituidos; y si renuncia o es declarado indigno el heredero instituido único o todos los herederos instituidos, el legitimario no recibe la porción disponible por acrecimiento o vocación universal derivada de su calidad de tal sino porque la sucesión intestada reemplaza a la institución testamentaria.

e) *Legitimario desheredado sin justa causa*.— Nuestro código no contempla expresamente el supuesto de desheredación sin justa causa o cuya causa no haya podido ser probada, a diferencia del código español, que en tal caso establece la nulidad parcial de la institución de heredero —en tanto perjudique al desheredado— y la validez de las demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima (art. 851). Mas la solución no me parece dudosa: si la justa causa de desheredación es necesaria para privar de la legítima (art. 3714 del Cód. Civil), la falta de justa causa no es óbice para que el testador prive al legitimario de la porción disponible; por lo tanto, análogamente al supuesto de preterición, el legitimario desheredado

<sup>20</sup> RIBERA, t. II, § 324, texto y notas 2037 a 2042.

<sup>21</sup> SANTIAGO C. PASSAL, *Tratado de los testamentos*, t. I, Buenos Aires, 1970, nos. 618/23 y 642; *La preterición de herederos forzados en la reforma del Código Civil*, *El Derecho*, 22-248, n.º 24.

sin justa causa sólo puede reclamar su legítima. La solución es, pues, la misma que en el caso de preterición.

f) *Nueva viuda.* — En el trabajo publicado en el n.º 40/41 de esta revista, con el título "La sucesión intestada en la reforma del Código Civil", segunda parte, n.º 23, tengo expresos los fundamentos de las diferentes teorías acerca de la naturaleza del derecho que el art. 3576 bis del Cód. Civil acuerda a la nueva viuda sin hijos. Expresé allí que la nueva viuda es legitimaria mas no heredera, pero que existe una diferencia esencial con el típico legitimario no heredero, la de que en tanto éste puede llegar a ser heredero, aquella jamás puede llegar a serlo, ya que su derecho se detiene en el límite máximo que resulta de la ley, el cuarto de la herencia.

En todos los supuestos anteriormente enunciados, los legitimarios pueden hacerse herederos si la herencia se distribuye ab intestato porque los instituidos repudian la herencia o son declarados indignos, o porque el testador no ha distribuido la totalidad de los bienes. La nueva viuda, en cambio, no puede de ningún modo ser heredera pero es legitimaria. Lo que confirma con mayor fuerza aun que su legítima no es parte de la herencia.

g) *Porque la legítima es individual y no global.* — En la reserva para hereditatis del derecho francés, el cálculo es global para todos los reservatarios. Sobre el haber formado por el caudal hereditario y las donaciones hechas por el causante, se calcula la porción disponible sin distinción de la data de las donaciones y la reserva es una masa que se distribuye entre los reservatarios.

-- En el régimen del Código Civil, en cambio, la masa a tomar en consideración cuando hay donaciones puede ser distinta para cada legitimario, pues se tienen en cuenta sólo las hechas después del momento en que cada uno de ellos adquirió ese carácter; así resulta del art. 1332 loc. 1.º, que requiere, para el ejercicio de la acción de reducción, la existencia del legitimario al tiempo en que la donación fue hecha.

Si bien ese inciso fue modificado por la ley 17.711, que habilita también a los descendientes nacidos después de la donación a pedir la reducción de ésta cuando hay otras nacidas antes, ello importará la equiparación de la masa de cálculo entre los descendientes, mas subsisten las diferencias cuando ellos concurren con otros legitimarios. Así, por ejemplo, si concurren hijos nacidos antes de la donación y cónyuge que contrajo matrimonio después de ella, la donación se

computará para establecer la legítima de los hijos mas no la del cónyuge; si concurren padres legítimos e hijos extramatrimoniales nacidos después de la donación, la legítima de los padres se calcula computando la donación pero la de los hijos excluyéndola.

3º) Porque no es necesario que la legítima se transmita por vía de sucesión mortis causa. — En el supuesto de legitimario-donatario y en el de no dejar el causante bienes a su muerte, habiendo hecho donaciones, la legítima no se transmite por vía de sucesión mortis causa. En el primer caso, se transmitió por donaciones; en el segundo, por la reducción de las donaciones hechas por el causante, es decir, por transmisión del donatario o del tercer adquirente al legitimario.

4º) Porque no siempre la legítima se integra con bienes hereditarios. — Si se admite, como la mayor parte de la doctrina nacional, que cuando la acción de reducción se entabla contra el donatario ella es personal, el donatario estaría facultado para detenerla pagando la legítima con dinero propio. Cuando se instituye heredero y se hace al legitimario un legado de cosa ajena que el heredero debe adquirir (art. 3754), o de cosa fungible cuya cantidad se determina pero que no existe en la herencia (art. 3760), si esos legados cubren la legítima, el legitimario no recibe bien alguno de la herencia. Por consiguiente, es perfectamente posible que el legitimario vea satisfecha su porción sin recibir bien alguno que perteneciese al causante.

Estas consideraciones me inclinan a estimar que la legítima sigue siendo *pars bonorum* a pesar de la supresión del art. 3354. El único problema por resolver sería si la voluntad del legislador claramente expresada importa que ya el legitimario no puede renunciar a la herencia y tomar la legítima, o si, en cambio, por ser figuras jurídicas distintas y no existir prohibición expresa, esa posibilidad continúa existiendo. Creo que también hay razones para inclinarse por la segunda solución; aunque el asunto dista mucho de ser claro, cabe recordar que en opinión de García Goyena la disposición similar al artículo derogado que contenía el proyecto español era superflua.

Como consecuencia del carácter jurídico de la legítima en nuestro derecho, existen legitimarios no herederos, que pueden ser sucesores universales del causante (legitimario-legatario de cuota, legitimario preterido, legitimario desheredado sin justa causa, nueva viuda), sucesores particulares de él (legitimario-legatario particular, legitimario-donatario) o aun no ser sucesores del causante sino recibir su legítima

de terceros (legitimario-beneficiario de carga cumplida con bienes que no pertenecen a la herencia, legitimario legatario de cosa ajena o de cosas fungibles que no se hallan en la sucesión, legitimario que recibe la legítima por vía de reducción de donaciones). En cualquier caso, el legitimario no heredero carece de vocación al todo —aun cuando el monto de su derecho puede acrecer en caso de colegitimarios indignos o que renuncien a su legítima sin dejar descendientes que los representen— y de responsabilidad ultra vires aun cuando ejerciese actos vedados al heredero beneficiario.

## SEGUNDA PARTE

### CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

13. Régimen del Código Civil. — Disponía el art. 3602 del Código Civil, en su 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> parte: "*Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo.*"

El sistema de calcular el valor de los bienes donados al tiempo en que las donaciones habían sido hechas se fundaba en que era en ese momento en que se producía la transferencia definitiva de la propiedad del bien del donatario y el empobrecimiento del patrimonio del donante derivados de la donación, por lo que las alternativas ulteriores debían estar a cargo del titular de la propiedad; en que si el ocupante hubiese vendido el bien en lugar de haberlo donado, lo conservado en su patrimonio sería el valor al tiempo de la venta; en que favorece la buena explotación del bien donado, pues es el donatario el que se beneficia o perjudica por los aumentos o disminuciones ulteriores del valor; y, desde el punto de vista práctico, en que reduce los problemas derivados de la tasación y elimina los que crean los aumentos, mejoras, deterioro o perecimiento del bien donado. Su fuente era el art. 648 del proyecto español de 1851, que como el código argentino adoptaba el sistema de computar el valor de las donaciones al tiempo de su realización, tanto de las hechas a legitimarios que deben ser relacionadas, cuanto las hechas a ellos o a otras personas que deben ser tenidas en consideración para el cálculo de la legítima.

Ese régimen había sido criticado por Borda, quien afirmaba que si bien se trataba de una solución justa, en tiempos de estabilidad eco-

nómica, no lo era en los de inflación, ya que la computación del valor del bien al tiempo de la donación en una moneda anteriormente depreciada conduce a que no puedan reducirse donaciones hechas tiempo atrás que no excederían la porción disponible de tenerse en cuenta aquel valor pero sí al calcularse según el que tuviese la moneda a la muerte del causante<sup>12</sup>.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia hallaron la corrección de tales dificultades a partir del momento en que se generalizó la distinción entre las obligaciones de dinero y las de valor. Primero estuvo Casallo que el criterio de las deudas de valor debía ser aplicado para solucionar los problemas derivados de la colación y la reducción. Luego, Colombo señaló que entre los casos que debían ser contemplados estaba la determinación de la legítima. Pero quien examinó la cuestión con mayor detenimiento fue Guastavino, quien entendía que la locución legal incluida en el art. 3602 debía ser entendida en su sentido propio, diferenciando las variaciones intrínsecas y extrínsecas del valor. La variación intrínseca se produce cuando se alteran circunstancias concretas y particulares que configuran el contorno de la cosa y permiten su correlación con el valor de los restantes bienes; la variación extrínseca ocurre cuando la cosa permanece idéntica a sí misma, en sus elementos constitutivos y en las circunstancias que configuran su contorno, pero sufre las consecuencias de las fluctuaciones del poder adquisitivo del dinero, que afectan por igual a todos los bienes. Y el art. 3602 desechaba sólo las variaciones intrínsecas, con el fin de que el donatario asumiese los riesgos de la cosa donada, beneficiándose con su aumento de valor o perjudicándose con su depreciación, de modo de premiar su empeño o castigar su descuido. En cambio, en las alteraciones extrínsecas no hay una real alteración de la cosa, sino sólo contable o aritmética, como consecuencia de la modificación de la unidad de medida del valor<sup>13</sup>.

En el campo jurisprudencial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala U, resolvió el 22 de febrero de 1986 que "el juego armónico de las normas del Código Civil relativas a la legítima resultaba que la obligación de responder al cumplimiento de la ordenado

<sup>12</sup> BORDA, op. cit., 1ª y 2ª eda., t. II, n° 958.

<sup>13</sup> JUAN J. CASALLO, La deuda de valor, LL, 304-957, exp. VII; LEONARDO A. COLOMBO, La depreciación de la moneda y las "deudas de dinero" y las "deudas de valor", Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, t. I, p. 161, n° 4; ELLAS P. GUASTAVINO, El derecho civil ante la inflación, LL, 110-3889, exp. XVI, B, 1.

en la sentencia dictada en el proceso sobre reducción constituye una deuda de valor<sup>14</sup>.

14. *Régimen de la ley 17711*.—La ley 17711, al modificar el art. 3402 del Código Civil, reemplazó su segunda parte por la siguiente: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477". A su vez, los dos últimos párrafos del art. 3477, introducidos por la mencionada ley, dicen: "Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso".

La modificación introducida consiste, pues, en sustancia, en reemplazar el sistema de valuación de los bienes donados al tiempo de hacerse las donaciones por el que atiende al tiempo de la apertura de la sucesión. Es evidente que se inspira en las ideas de Berda, ya que coincide con su posición y es aprobada por dicho autor. En cambio, no se ajusta a la orientación del resto de la doctrina, ya que en lugar de disponer la actualización del valor de los bienes donados según la depreciación monetaria habida desde la fecha de la donación hasta la muerte del causante-donatario, establece la valuación al tiempo de la muerte.

Me parece una modificación inconveniente, pues aun cuando se halla sanamente inspirada en el propósito de evitar injusticias derivadas de la inflación, no ha advertido la antes apuntada diferencia entre la variación intrínseca y la variación extrínseca del valor de los bienes, ni tampoco la necesidad y posibilidad de que la legislación de fondo arbitre fórmulas que conduzcan a resultados justos tanto en épocas de estabilidad como en las de inflación o aun en las de deflación. Por otra parte, se dejan sin solución los problemas derivados de la pérdida, el deterioro, los aumentos materiales y mejoras que pueden haber acaucido en el bien donado entre el momento de la donación y el de la apertura de la sucesión.

El nuevo sistema puede dar lugar a graves injusticias. Supóngase el caso —tomado de la jurisprudencia francesa— en que el causante haya donado acciones cotizables en bolsa, que el donatario de inmediato haya vendido; en el citado supuesto, como consecuencia

<sup>14</sup> L.L. 120-117.

de la evolución económica de la sociedad a que pertenecían, las acciones habían decuplicado su valor al tiempo de la muerte del causante. De aplicarse en tal situación la norma del Código Civil adecuada por la doctrina, la legítima se computaría sobre el valor de las acciones al tiempo de la donación corregido según la depreciación monetaria; de aplicarse la de la ley de reformas, debe tenerse en consideración el valor de las donaciones al tiempo de la muerte. Como ese valor se ha incrementado por circunstancias ajenas al donatario y que él no ha aprovechado, en el caso extremo de no dejar bienes el causante a su fallecimiento, aquél sufrirá el serio perjuicio de responder por la legítima según un valor 10 veces superior al recibido.

No menos infuso puede ser el resultado si se trata de inmuebles valorizados intrínsecamente después de haber sido vendidos por el donatario; y todavía mucho más cuando la valorización proviene de la obra del propio donatario, que puede haber mejorado los bienes o, en el caso de las acciones, haber producido él mismo la valorización con su actuación en la dirección de la sociedad.

Respecto de la donación de créditos y sumas de dinero, opino —como Llambías— que no es satisfactoria la fluidez del criterio del nuevo párrafo 3º del art. 3477, que al autorizar a los jueces a determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso exagera la discrecionalidad del juez<sup>28</sup>. Ese poder de apreciación se justifica en cuestiones susceptibles de recibir diferentes soluciones según las particulares circunstancias de cada caso, más no en las que pueden resolverse en términos puramente matemáticos, como es la actualización de valores de acuerdo con la depreciación de la moneda.

15. *Condiciones que derivan del nuevo régimen.* — La apreciación del valor de los bienes donados al tiempo de la apertura de la sucesión plantea las siguientes cuestiones que requieren solución:

a) *Enajenación.* Si el bien donado ha sido enajenado, debe computarse su valor al tiempo de la apertura de la sucesión; así resulta del nuevo art. 3477, párr. 3º, *in fine* (no que exista o no en poder del heredero; en el caso, del donatario). La misma debe ser la solución en caso de enajenación forzada (por expropiación o ejecución), cualquiera sea el precio o indemnización obtenidos.

<sup>28</sup> JORGE J. LLAMBIAS, *Ley 17.211: reforma del Código Civil, J. A., 1966*, Doct., pág. 138, tomo, nota 428 y sus variantes.

b) *Pérdida*. Si el bien donado perece, se plantea el problema de si la solución será la misma que en caso de enajenación o si, en cambio, las palabras “*existe o no en poder del heredero*” —en el caso, del donatario— que incluye el art. 3677 significan que debe ser incluido en el cómputo aunque haya perecido. La segunda parece ser la solución más justa, ya que aunque se haya producido el percimiento hubo un valor salido del patrimonio del causante sin contraprestación; no es, sin embargo, la que más se adecua a la regla del cómputo al tiempo del fallecimiento, ya que no es fácil fijar el valor que tendría una cosa que ya no existe.

c) *Mejoras*. Si el donatario o los sucesivos propietarios introdujeron mejoras en el bien, el mayor valor que ellas le confieran debe ser descontado del importe de la tasación, ya que no se trata de un valor salido del patrimonio del causante; no así los aumentos naturales (aluvión o avulsión) porque igualmente habrían ocurrido si el bien hubiera permanecido en el patrimonio del causante.

d) *Deterioros*. Los deterioros causados por culpa del donatario o ulterior adquirente deberían tenerse en consideración a fin de tasar el bien como si ellos no se hubiesen producido, ya que importan disminuciones de valor imputables a los propietarios que no tienen por qué redundar en disminución de la porción de los legitimarios<sup>18</sup>.

### TERCERA PARTE

## PRETERICION DE LEGITIMARIOS

### I. PERCUMENTOS SUSTÓNICOS

18. *Derecho romano*. — Como expliqué más arriba (nº 1), la libertad de testar quedó, en el derecho romano, limitada muy pronto por la necesidad de desheredación expresa de los *sui heredes*, pero se trataba sólo de una limitación de orden formal, ya que no era necesario que esa desheredación fuese fundada. Sin embargo la preterición u omisión total de los hijos, sin instituirlos ni desheredarlos, ocasionaba la nulidad del testamento, y la de otros parientes, la concurrencia de ellos con los instituidos.

<sup>18</sup> Un desarrollo más extenso de este tema puede verse en mi artículo “El valor de las donaciones y los efectos de la calumnia y del error de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.311”, publicado en *La Ley*, 615-1261.

Justiniano, en la Novela 113, limitó los efectos de la sanción pero extendió el número de quienes podían requerirla. En este nuevo régimen, tanto la preterición como la desheredación sin justa causa de ascendientes o descendientes provoca la nulidad de la institución de herederos, pero se mantiene la validez de las demás disposiciones testamentarias.

17. *Derecho español.* — Las Partidas concedieron a los descendientes y ascendientes preteridos la acción de nulidad del testamento (Partida VI, tít. VIII, ley 1), pero la ley 24 de Toro, que pasó a ser la ley 8, tít. VI, L<sup>a</sup> X, de la Novísima Recopilación, se apartó de solución tan extrema y admitió en tal caso la validez de las mejoras.

El proyecto de 1851 recogió la solución justinianea en los siguientes términos: “La preterición de alguno o de todas las herederos forzosa en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero: pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas” (art. 444, primer párrafo). La norma pasó —con la supresión de la frase “sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después, aun muerto el testador”— a ser el primer párrafo del art. 814 del código español.

## II. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

18. *El art. 8715.* — Decía el art. 3715 del Código de Vélez Sarsfield: “La preterición de alguno o de todas las herederos forzosa en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero: pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”.

Como puede apreciarse, es la fórmula del proyecto español transcrita casi literalmente. La única diferencia estriba en haberse modificado la cláusula central (“sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador”), suprimiendo las palabras después y aun. Evidentemente la modificación fue errónea, pues si el artículo se hubiese interpretado literalmente habrían quedado privadas de acción las nacidas entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante; sin embargo, nadie dudó de que también ellos estaban incluidos, pues la distinción carecería de todo fundamento. Inclusive se decidió que había preterición si el legitimario tenía ese carácter al morir el testador aunque no la hubiese tenido al testar,

como en el caso de los hijos antes denominados adulterinos e incestuosos, a los cuales, antes del fallecimiento del testante, había conferido esa calidad la ley 14367<sup>17</sup>. Pero no la había si el legítimo, existente al tiempo de testar, fallecía antes que el testador<sup>18</sup>.

19. *Las diversas interpretaciones.* — A pesar de su claridad, la norma dio lugar a tres interpretaciones diversas, a saber:

1º) *Nullidad de la institución.* — La doctrina y la jurisprudencia tradicionales sostuvieron que la nulidad de la institución era total y absoluta, de modo tal que el instituido quedaba privado de toda participación en la herencia. Así lo afirmaron Machado, Llerena, Prayons, Lafaille, Rêdora, De Gasperi, Salvat, Díaz de Guisjarro, Coloma y Fassi, sin perjuicio de que señalase Lafaille que a su criterio otra solución debía prevalecer en el caso de una reforma<sup>19</sup>. Tal opinión rigió hasta hace algunos años en la jurisprudencia de la Capital Federal y persistió aun después de ser abandonada en tal jurisdicción en la de la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>20</sup>.

Los principales argumentos que abonaban esta interpretación eran los siguientes: a) los antecedentes históricos de la norma; b) la consideración de que la nulidad de la institución no era sólo un medio de defensa de la legítima sino también una sanción para el testador que omite al legítimo, manifestando así su desprecio por la ley y por el afrecho debido a éste; y de que en caso de que no conociera

<sup>17</sup> Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-12-55, LL. 82-268.

<sup>18</sup> Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-10-55, LL. 81-326.

<sup>19</sup> JOSE G. MACHADO, *Exposición y comentario del Cód. Civil Argentino*, t. X, p. 371; BALDOMERO LLERENA, *Compendio de y comentario del Cód. Civil argentino*, t. X, nota al art. 3713; HECTOR LAFAILLE, *Sucessiones*, t. II, n.º 454/25; PRAYONS, págs. 285/86; REDORA, t. II, n.º 327; DE GASPERI, t. III, n.º 332; SALVAT, nota en el fallo de la Cóm. Civ. 2.º 22-1-38, J. A. 19-963. E. DIAZ DE GUIJARRO, *La nulidad del testamento por privación de herederos forzosos: principios básicos*, J. A. 73-623; LEONARDO A. COLOMBO, *Efectos de la privación testamentaria del heredero forzoso*, L. L. 78-781; SANTIAGO C. FASSI, *El derecho hereditario del cónyuge que ha disuelto su matrimonio con el conyuge mediante divorcio vincular en el extranjero (privación del viudo o viuda)*, L. L. 105-276; *Tratado de los testamentos*, n.ºs. 628 y ss.

<sup>20</sup> Cóm. Civ. 1.º, 11/9/44, G. F. 173-241; 8-1-47, L. L. 46-265; Cóm. Civ. 2.º, 17-3-56, J. A. 19-440; 22-3-55, J. A. 18-463; 13-8-63, G. F. 164-257; Sup. Corte de Bs. As. 21-4-57, J. A. 528-II-27; 5-7-66, L. L. 24-224; 13-8-66, L. L. 191-97, J. A. 593-IV-82 (este tribunal había admitido otra solución en el fallo del 20-8-55, L. L. 81-178, J. A. 538-II-38); Cóm. 3.º civ. y com., La Plata, Sala II, 13-5-42, L. L. 26-628 Sup. Trib. de Santo Fe, sala I civ. y com., 21-12-57, Digesto Jurídico, t. I, vax "sucesión", com. 2456. Sup. Trib. Entre Ríos, 27-5-61, id., id., num. 2456; Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-12-55, L. L. 82-268.

la existencia del legitimario o su concepción al tiempo de fallecer, resultaba de la existencia de falsa causa en la disposición (art. 2832 del Cód. Civil); e) el carácter total de la nulidad estatuida en el art. 3715 con respecto a la institución, de modo que las mandas y mejoras eran válidas por ser independiente de ella, sin que la institución pudiese ser nula como tal y valer como manda o mejora.

2º) Válidas como mejora si el instituido es legitimario. — Segovia y Prayonnes entendían, en cambio, que si el instituido era a la vez legitimario podía recoger la porción disponible como mejora, pues tal solución permitía el cumplimiento de la voluntad del testador en lo posible; de tal modo, en ese caso la institución no se anulaba sino que se ampliaba para dar cabida a los excluidos<sup>21</sup>.

3º) Válidas como mejora o como legado de la porción disponible. — En los últimos tiempos surgió la tesis de que la institución, nula como tal, valía como mejora o como legado de cuota en la porción disponible, según que el instituido fuese o no legitimario, respectivamente. La sostuvieron Llanblàas y Bendersky; se plegó a ella Ferniñes, después de haber sostenido la solución tradicional, y la propiciaba Borda<sup>22</sup>. En el campo jurisprudencial fue sostenida primero por la jurisprudencia rosarina y luego obtuvo amplia acogida en la de la Capital Federal<sup>23</sup>.

Sus principales argumentos eran: a) que respetaba la voluntad del causante en la medida en que la ley asegura su respeto; b) que la nulidad, como sanción, debe ser de interpretación restrictiva; c) que la falla del acto no está en haber dispuesto sin mentar a los legitimarios sino en haber dispuesto también de la parte intangible de éstos; d) que cuando la ley invalida una transmisión de derechos

<sup>21</sup> LILANDRÓ SGOVIA, *El Cód. Civ. de la Rep. Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, p. 638, nota 19 al art. 3715 de su numeración; PRAYONNES, p. 386.

<sup>22</sup> JOSEPH J. LLANBLÀAS, *La preferencia de herederos forzoso y la nulidad de la institución hereditaria*, J. A. 223-IV-426. MAURO J. BENDERSKY, *Ineficacia del negocio jurídico cuando causa por preferencia de legitimarios*, L. L. 102-268. BORDA, *op. cit.* 1ª y 2ª ed., t. II, n.º 1362. FERNIÑES, *op. cit.*, 4ª ed., n.º 236 bis.

<sup>23</sup> Cám. Rosarina 4-11-26, J. A. 23-268; S.L. sala III, 3-12-43, J. A. 76-828. Cám. Civ. 1ª, 20-12-41, L.L. 22-373, J. A. 842-I-736. Cám. Mac. Civ. Sala A. 23-2-46, L. L. 102-268, J. A. 242-IV-261, E. D. 2-398; 4-11-46, L. L. 122-782. Sala D, 16-10-61, L. L. 104-131, J. A. 802-II-540, E. D. 2-362, 17-6-62, L. L. 112-242, J. A. 962-VI-343, Sala E, 22-12-66, L. L. 102-427, E. D. 2-583. Cámara Mac. Resistencia, 28-6-53, L. L. 74-782, J. A. 943-IV-427.

en razón de la magnitud de su objeto, debe estimarse que esa la sanción respecto de la parte menor que la ley autoriza; e) que no es razonable respetar la voluntad del causante en la medida de su porción disponible si se trata de legados y no si instituye herederos; f) que la teoría de la conversión de los actos jurídicos inválidos autoriza a considerar la institución, nula como tal, válida como legado de cuota en favor del instituido; g) que igual relevancia tienen o idéntica tutela jurídica merecen la porción legítima y la de libre disponibilidad.

A pesar del esfuerzo de los partidarios de esta tesis por fundar una solución que estimaban más justa, y del éxito que obtuvo en la jurisprudencia, estimo que era manifiestamente contraria al texto de la ley y a los fundamentos que la inspiraban; uno y otros sólo conducían a la invalidez total de la institución.

En cuanto a los proyectos de reforma, el de 1936 suprimía la norma del Código dejando que la situación se rigiese por los principios generales. El art. 762 del anteproyecto de 1954 propuso la siguiente norma: "*La preferencia de algunos o varios herederos forzosa que exista o estén concebidos en el momento de la apertura de la sucesión no perjudica la eficacia del testamento sino en la medida que resulten afectadas las porciones legítimas de los herederos omitidos*".

20. *Preferencia del cónyuge.*— La situación del cónyuge preferido dio lugar a opiniones encontradas. Para Segovia, Prayonca, Lafaille, De Gasperi, Ribera y Colombo, la solución del art. 8715 debía ser extendida a él<sup>24</sup>.

Pero en la jurisprudencia prevaleció el criterio sustentado por Machado, Fornieles, Borda, Fassi y Díaz de Guzmán, según el cual el cónyuge preferido sólo podía reclamar la entrega de su legítima y la institución valía en cuanto no afectaba a ésta, ya que en tal caso estaba excluida la sanción del art. 8715, que contemplaba sólo a los legítimos en línea recta, es decir a los ascendientes y descendientes<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> SEGOVIA, t. II, p. 445, nota 18 al art. 8717 de su numeración; PRAYONCA, p. 294; LAFAILLE, t. II, n.º 483; DE GASPERI, t. III, n.º 333; RIBERA, t. II, n.º 327, nota 382; COLOMBO, op. cit., n.º 6.

<sup>25</sup> MACHADO, t. X, p. 28; FORNIELES, t. II, n.º 216; BORDA, t. II, n.º 1302; FASSI, *El derecho hereditario del cónyuge...* cit. en nota 18. Cfr.

Para la generalidad de la doctrina la exclusión del cónyuge del texto del art. 3715 se debía a una inadvertencia del codificador, que habría transcrito a la letra el art. 644 del proyecto español, en el cual no tenía la calidad de legitimario. En cambio, Fassi negaba la existencia de tal error o inadvertencia, pues consideraba perfectamente posible que Vélaz Saratfield hubiese llevado más allá la protección de los descendientes y ascendientes que la del cónyuge, asegurando a éste sólo la integridad de su legítima pero permitiendo a aquéllos obtener la nulidad de la institución; tal fue, por otra parte, la solución que admitió más tarde el art. 814 del Código español, que niega al viudo o viuda la acción de nulidad de la institución sin perjuicio de las conferidas para mantener la integridad de su legítima. Esta explicación justifica cabalmente la solución aceptada por la jurisprudencia.

### III. RÉSUMEN DE LA LEY 17.711

21. *Sentido de la nueva norma.*— El nuevo texto del art. 3715 dice así: “La preferencia de alguno o de todas las herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; además que sea la legítima y pagada los mandos, el resto debe entregarse al heredero instituido.”

La solución no es la misma que la de la jurisprudencia de los últimos años. Para ésta, la institución —sola como tal— valía como mejora si se instituta a un legitimario y como legado de la porción disponible si favorecía a otra persona, y los legitimarios asumían el carácter de herederos. Para la reforma, en cambio, son los instituidos quienes tienen el carácter de herederos, extendiéndose así a todos los casos el criterio antes vigente en la jurisprudencia respecto de la preferencia del cónyuge. Por consiguiente, a mi juicio —coincidente con el de Guaglianone y Gayena Copello<sup>20</sup>— el legitimario preterido

Civ. 1°, 11-3-22, J.A. 28-180, Cám. Civ. 2°, 6-7-29, L.L. 16-7, J.A. 87-284; 12-4-47, L.L. 46-309; 28-3-49, L.L. 84-614, J.A. 949-111-81, Cám. Nac. Civ. Sala II, 28-2-55, L.L. 79-241, J.A. 263-11-30; 17-9-68, L.L. 112-145, J.A. 243-VI-868, Sup. Corte de B. A., 28-11-62, J.A. 263-11-434, Cám. 2° civ. y com. La Plata, Sala II, 13-1-62, L.L. 109-121.

<sup>20</sup> GUAGLIANONE, op. cit. en nota 8, n° 4; La preferencia de legitimario antes y después de la reforma civil, Buenos Aires, 1971, t.º 33 y ss.; GAYENA COPELLO, op. cit. en nota 8.

es un legítimo no heredero (supra, n.º 13, 1.º, d); otra es la opinión de Fassi y Garbino, quienes entienden que coexiste la calidad de herederos de instituidos y preteridos<sup>22</sup>, en tanto Guastavino estima que a pesar de los términos de la ley el instituido se comporta como heredero mejorado si es legítimo y como legatario de cuota si no lo es, en razón de que la falta de vocación universal queda demostrada en caso de renuncia de uno de los legítimos, caso en el cual su porción sirve a la de los otros legítimos y no a la del instituido<sup>23</sup>.

Difiente, por lo tanto, con la opinión de Fassi de que la pretensión ha sido despejada de efectos jurídicos; aún los tiene, aunque distintos de los anteriores a la reforma. Consisten en que el legítimo queda desprovisto de la calidad de heredero, la cual es atribuida al instituido; éste es un verdadero heredero, pues su vocación universal se pone de manifiesto tanto en el caso de dejar de concurrir alguno de los herederos cuando en el de suceder lo mismo con todos los legítimos. En cuanto a éstos, si reciben la porción disponible en caso de faltar todos los herederos no es porque el solo título de legítimos les acuerde vocación universal sino porque al fallar la institución —que les impedía asumir el carácter de herederos por no poder coexistir en una misma sucesión herederos testamentarios y abintestato— desaparece el obstáculo que impedía la distribución de la herencia según las reglas de la sucesión intestada.

En el aspecto formal, la nueva norma incluye en forma expresa a los hijos nacidos después del testamento y antes de la muerte del testador, corrigiendo así el error de transcripción del codificador.

22. *Supermasculencia a existencia desconocida de descendientes.* — Los descendientes nacidos después del testamento, son los póstumos, y aquéllos cuya existencia era desconocida al tiempo de testar, sólo podrán reclamar su legítima, de acuerdo con la nueva norma.

Tal disposición implica una desigualdad entre los instituidos y los preteridos, pues los primeros concurrirán en legítima y porción disponible y los segundos sólo en aquélla. Sin embargo, en tales casos puede arribarse a la igualdad mediante la nulidad de la institución por otro motivo: la falsa causa, a que alude el art. 3832, cuya apli-

<sup>22</sup> FASSI, *Festade*... 641/42; GARBINO, *op. cit.* en nota 7, págs. 44/53.

<sup>23</sup> GUASTAVINO, *op. cit.* en nota 7, cap. IV, n.º 2.

cción postulan Maffia y Boeda<sup>29</sup>, y sólo para el caso de hijo desconocido o póstumo, Garbino<sup>30</sup>.

A este respecto, juzgo —de acuerdo con Llambías— que la institución puede ser anulada por falsa causa siempre que el testador desconociera la existencia de los preteridos, como en caso de haber descendientes y no haberlo al tiempo de testar ni advertirlo antes de fallecer, o de nacer después de fallecido el testador cuando éste ignoraba la concepción; en tales casos, resulta admisible que la preterición derive del error del causante<sup>31</sup>. Pero si llegó a conocer la existencia antes de fallecer o sabía del embarazo, lo mismo que si el descendiente nace después de hecho el testamento y antes de la muerte, la preterición resulta hecha voluntariamente y con conocimiento de la realidad, por lo que produce los efectos que le asigna el art. 3715, favoreciendo a los instituidos con menzura de los preteridos. He aquí una inequitativa solución derivada del nuevo texto; para remediarla se ha propuesto adoptar una norma que disponga la revocación del testamento o de la institución por supervenencia de descendientes o desconocimiento de su existencia, como en el art. 687 del código italiano y el 752 inc. 1º del peruano<sup>32</sup>.

## CUARTA PARTE

### DONACIONES ENCUBIERTAS

22. *Antecedentes franceses.*—Uno de los propósitos de la Revolución Francesa fue el de abolir todas las desigualdades establecidas en la legislación anterior, no sólo en el orden político sino también en el civil. Con el fin de asegurar tal igualdad entre los coherederos dispuso el art. 26 de la ley del 17 de Nivoso del año II:

“*Todas las donaciones con cargo de una renta vitalicia o rentas ‘a fonds perdu’, en línea directa o colateral a uno de los herederos promitidos o a sus descendientes, quedan prohibidas, a menos que los parientes del mismo grado del adquirente o de los grados más próximos intervengan en ellas y las consientan.*”

<sup>29</sup> MAFFIA, op. cit. en nota 1, n.º 21, p. 114. BOEDA, *Reforma del Código Civil. La legítima*, El Derecho del 11-12-30, n.º 8.

<sup>30</sup> GARBINO, op. cit., p. 13/33.

<sup>31</sup> JOSÉ J. LLAMBIAS, *Ley 27.711. Reforma del Código Civil*, J. A. 1940, Doctrina, p. 127/28, texto y nota 223.

<sup>32</sup> MAFFIA, op. y loc. cit., GARBINO, op. cit., p. 64.

Todas las que hubiesen sido hechas desde el 14 de julio de 1793 inclusive, a las personas de la calidad arriba indicada, con anulación, salvo el derecho del adquirente de hacerse devolver por el donante o vendedor o por sus herederos todo lo que justificare haber pagado por encima de la justa renta de la cosa enajenada, y todo sin perjuicio de las costumbres o usos que hubiesen invalidado actas análogas otorgadas aún antes del 14 de julio de 1793<sup>28</sup>.

Con dicho precepto se impedía que mediante una enajenación "a fonds perdu" el causante violase la igualdad establecida forzadamente entre sus herederos presuntos. Pero el Código Napoleón admitió la dispensa de colación; por lo tanto, ya la prohibición no habría tenido sentido. Sin embargo, como las ventas hechas "a fonds perdu" o con reserva de usufructo generalmente encubren donaciones, arbitró la solución de presunciones así —presunción que la jurisprudencia consideró *juris et de jure*— pero establecer a su respecto la dispensa tácita de la colación.

En tal sentido dispuso el art. 918 de dicho código: "El valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, sea 'a fonds perdu', o con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea recta, será imputado a la porción disponible; y el excedente, si lo hubiere, será colacionado a la masa. Esa imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los demás herederos en línea recta que hubieran consentido las enajenaciones, y en ningún caso por los herederos en línea colateral" ("Le valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale").

<sup>28</sup> "A fonds perdu" es una expresión francesa que repasa en su forma original porque no tiene un equivalente exacto en idioma español: Machada y Bibiloni la traducen por "a fondo perdido"; Eñbora y De Guzmán por "a capital perdido". Significa que el precio de la enajenación no consiste en una suma fija sino en prestaciones periódicas y vitales, tales como una prestación alimentaria o una renta vitalicia, de modo que a la muerte del enajenante los herederos no encuentran en su patrimonio ningún capital en reemplazo del bien enajenado, ya que por lo común las prestaciones periódicas recibidas se habían consumido en vida del causante.

24. *El art. 3604 del Código de Vélez Sarsfield.* — Sobre la base del art. 918 del código francés, redactó Vélez Sarsfield el art. 3604 del código argentino, en los siguientes términos: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uso de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

En general, el sentido de la norma es el de establecer dos presunciones combinadas. La primera consiste en considerar que ciertas enajenaciones aparentemente onerosas efectuadas por el causante en favor de sus presuntos legitimarios no son tales sino en realidad donaciones; a mi juicio, coincidente con la opinión expresada por Vélez Sarsfield en la nota al art. 3604, con la jurisprudencia francesa y con la opinión de la mayor parte de la doctrina nacional, ésta es una presunción que no admite prueba en contrario. La segunda es la de que por vía de la donación encubierta bajo la forma de un acto a título oneroso, el causante ha tenido la intención de mejorar al heredero; por lo tanto, apartándose del principio del art. 3484 que impone a la dispensa de colación la forma testamentaria, lo que supone que sea expresa, establece un supuesto de mejora presumido por la ley. De tal modo, mientras las donaciones declaradas deben ser colacionadas íntegramente por los legitimarios donatarios, las encubiertas bajo la forma de enajenaciones onerosas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo sólo deben ser colacionadas en lo que exceden de la porción disponible. Finalmente, admite que los otros legitimarios reconozcan la onerosidad de la enajenación por pacto entre ellos y las partes de ésta, caso en el cual no rige la presunción de tratarse de una donación.

Pero la redacción del artículo fue muy poco feliz, ya que al modificar la redacción de la fuente incurrió en varios errores formales. Son ellos: 1º) El uso de la palabra "testador" en lugar de "causante", puesto que la disposición rige tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada; 2º) La antinomia de considerar posible la entrega "en plena propiedad" pero "con reserva de usufructo", cuando precisamente la existencia del derecho real de usu-

fructo hace a la propiedad menos plena (art. 2507). Nótese que el código francés no habla de transmisión de la plena propiedad del bien sino de imputar y colacionar el valor en plena propiedad, es decir, el valor de la propiedad plena o no gravada; 3º) La alusión en dos oportunidades a "herederos legítimos", cuando de lo que aquí se trata es de los legítimarios o "herederos forzosos"; 4º) La inutilidad de la frase final que prohíbe entablar la acción autorizada por el artículo a quienes no tienen asignada (aquí, además dice "designada" por "asignada") porción legítima.

Pero todos esos defectos podían ser salvados. Existía, sin embargo, otro que dio lugar a una honda controversia. Consistía en que, donde la fuente decía "sea con cargo de renta vitalicia, sea 'a fonds perdus', o con reserva de usufructo", el codificador escribió "aunque sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo". De la interpretación de esa frase, fuere literal o fundada en la fuente, derivaron dos posiciones: la primera, que entendió comprendidas en la norma todas las enajenaciones onerosas hechas a los legítimarios; la segunda, que estimó que sólo alcanzaba, como en el código francés, a las ventas con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo.

La discrepancia tenía lugar en razón de que la mala redacción del artículo dejaba en la incógnita la intención del legislador. En efecto, si su propósito hubiese sido comprender todas las enajenaciones onerosas, lógico hubiese sido que dijese "aunque no sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo", o que simplemente suprimiese este período; no tiene sentido expresar "aunque sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo" cuando no es en esos casos en que puede darse la duda sobre la aplicación del precepto sino precisamente en los demás. En sentido inverso, si el codificador quería comprender los mismos actos que la fuente, no tenía por qué utilizar la palabra "aunque".

Las posiciones quedaron fijadas ya en el debate suscitado en el Senado Nacional con motivo del tratamiento del proyecto que luego fue ley de fe de erratas del Código Civil. Allí, el senador Benjamín Paz—autor del proyecto— sostuvo la interpretación limitada, en tanto Gerónimo Cortés se pronunció por la interpretación amplia, esto es, porque la norma comprendía todas las enajenaciones hechas a los legítimarios.

Esta última posición fue compartida en la doctrina por Llerena, Fornicela, Cammarota, Arias, Laje, Horacio Povida y Argañarás, y a

poner de ser minoritaria en doctrina fue la aceptada por la jurisprudencia sin discrepancias hasta la década del 30. En sustancia, sus argumentos eran los siguientes: 1°) Que el empleo de la palabra "nunque" por el codificador amplía claramente el ámbito de aplicación que tenía el antecedente francés, y no constituyó un error de traducción sino una modificación deliberada; 2°) Que la nota al art. 3604 pone en claro el propósito de Vélez Sarsfield, pues alude a contratos onerosos que constituyen donaciones disfrazadas, sin distinciones; 3°) Que si la disposición se aplicase únicamente a las ventas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, bastaría una venta a vil precio para impedir su aplicación; 4°) Que de no aplicarse a todas las enajenaciones hechas a los legitimarios se impondría a éstos, en los demás casos, recurrir a la promoción de la acción de simulación, remedio complicado y difícil, que no satisface; 5°) Que la interpretación restrictiva tendría sentido en Francia, donde las enajenaciones con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo eran comunes, mas no en nuestro país, donde muy rara vez se efectúan. Cabe advertir que los autores que en los últimos tiempos sostuvieron esta posición atenuaron sus inconvenientes al sostener que la primera presunción emergente del artículo era *in rebus tantum* y no *in re et de iure*, de modo que si bien comprendía todas las enajenaciones onerosas hechas a los legitimarios, éstos podían probar la realidad del acto<sup>24</sup>.

La tesis según la cual el artículo, conforme con su antecedente francés, sólo era aplicable a las ventas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, fue sostenida por Segovia, Machado, Fraynes, Lafaille, Bilibioni, Bébara, Borda, De Gasperi y Orszjevich. En el campo jurisprudencial, la sostuvo primero Colma, en un voto disidente, y en los últimos años habé sido aceptada por varios tribunales nacionales y de las provincias de Buenos Aires y Santa Fe. Se

<sup>24</sup> LLERENA, t. IX, art. 3604, n° 1, p. 523/22; FORNTELES, t. II, n° 133; ANTONIO CARRAROTTA, *La colación y el art. 3604*, Buenos Aires 1934, p. 36; JOSE AELAS, *Derecho sucesorio*, 3° ed., Buenos Aires 1950, p. 123; EDUARDO J. LAJE, *La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios*, La Ley 37-910; HORACIO POTIERA, *Contratos onerosos celebrados entre el causante y uno de sus herederos legitimarios*, Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Año XII, n° 44/45, 1950, p. 25; MANUEL J. ANSARABAN, *Las enajenaciones de bienes al heredero forzoso y el art. 3604 del Cód. Civil*, La Ley 46-72, Cámara Civil, 18-7-1952, Jus. Civil 1-474; 21-7-1956, Jus. Civil 81-5, voto del Dr. Malloa Civil, 22-7-1952, Cámara Civil 1°, 22-4-18, Jurisprudencia Argentina 3-229; 26-6-53, Arrocas, p. 23, Cámara Civil 1°, 22-4-18, Jurisprudencia Argentina 3-229; 26-6-53, Jurisprudencia Argentina 49-714, Cámara Civil 1°, 6-4-57, Jurisprudencia Argentina 6-318, 27-7-55, Jurisprudencia Argentina 58-21-70, ambos manuscritos por Balvat.

fundaba en los siguientes argumentos: 1º) Que el uso de la palabra "aunque" representaba una mala traducción del texto francés, pues en lugar de traducir "ait" por "sea", el codificador escribió "aunque sea"; 2º) Que la aplicación del artículo a todas las ventas hechas a los legitimarios importaría una incapacidad de derecho para enajenar de padres a hijos, que no habría sido razonable que resultara por implicancia de este artículo y no hubiera sido establecida en las normas que rigen la capacidad para comprar y vender; 3º) Que la presunción de gratuidad tiene sentido en las ventas con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, en las que a la muerte del causante nada queda en su patrimonio, mas no en los demás casos, los que quedan sujetos a impugnación de acuerdo con las normas generales en materia de simulación, ya que de existir ésta no hay inconvenientes insalvables para acreditarla, máxime cuando el propio parentesco próximo entre las contratantes representa un indicio de su existencia; 4º) Que no se concibe que el codificador hubiese introducido una solución de tal modo innovatoria que no reconocía ningún precedente legislativo sin manifestarlo expresamente en la nota, la cual cita el antecedente del código francés; 5º) Que si el propósito hubiese sido aplicar la disposición a todo contrato oneroso, no existía necesidad alguna de mencionar los casos particulares enunciados en artículo; 6º) Que la aplicación amplia importaría injusticias notorias en los casos en que la reciprocidad de prestaciones es evidente, tal como en la permuta ó en la compraventa en que el precio debe pagarse a la muerte del enajenante, supuestos en los que no obstante ingresar la contraprestación en el haber hereditario se impondría la colación; 7º) Que la palabra "aunque" carente de sentido porque interpretado literalmente el precepto hace inútil el agregado; ya que éste sólo había tenido razón de ser si hubiese limitado el principio; 8º) Que la ineficiencia de la interpretación gramatical impone acudir a la interpretación lógica; 9º) Que es inconcebible que si el propósito del codificador hubiera sido el de comprender todas las enajenaciones onerosas, hubiese dicho en la nota que la presunción era *iuris et de iure*; 10º) Que la nota del codificador se refiere a contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas, pero no dice que todos lo sean<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> SAGOVIA, t. II, p. 533, nota 32 al art. 3606; MACULADO, t. IX, nota al art. 3604, p. 485/51; FRANTONER, op. cit., p. 247/53; LAFAILLE, t. II, § 12, nos. 12 y 13; JUAN ANTONIO BIRLOTTI, *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, t. IV, p. 415/19; RESORA, t. II, p. 390; BORDA, 1º y 2º

25. *Reforma de la ley 17.711.* — La ley 17.711 modificó el art. 3604 cambiando la palabra "suave" por "casado". Consagró así la interpretación de la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia más moderna, acorde con el precedente francés y que —a mi juicio— era la más razonable. Además corrigió la expresión "herederos legítimos" cambiándola por "herederos forzados" en los dos apartados en que el artículo, erróneamente, utilizaba la primera.

Se le han criticado, sin embargo, los siguientes aspectos: 1º) La persistencia de la palabra "testador" en lugar de "causante", pues el artículo es de aplicación en toda clase de sucesiones, no sólo en las testamentarias; 2º) La subsistencia de la antinomia conceptual entre la referencia a la entrega de los bienes por el causante "en plena propiedad" y la "reserva de usufructo"; se ha señalado la mayor concisión del precepto francés, donde "plena propiedad" alude al valor del bien que debe ser impuesto y colacionado, y no a lo entregado al legitimario beneficiado; 3º) La falta de supresión de la frase final "y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima", que resulta inútil frente a la aclaración de que son sólo los legitimarios quienes pueden ejercer la acción del artículo<sup>25</sup>.

## QUINTA PARTE

### LEGITIMACION ACTIVA EN LA ACCIÓN DE REDUCCION DE DONACIONES INOFICIOSAS

26. *Séptimo del Código Civil.* — Dispensa el art. 1832 inc. 1º del Cód. Civil que la reducción de las donaciones inoficiosas sólo podía

ed., t. II, nº 423; DE GASPERI, t. II, nº 184; OYBSEJEVICH, en *Enciclopedia Jurídica Omba*, t. XVIII, p. 181/2. Dificultad de Colón en el fallo de la Cám. Civ. 1º, 27-2-36, J. A. 12-122. Cám. 2º Rosario, 20-12-37, J. A. 62-252; Corte Suprema, 23-3-44, Fallos 198-123, L. L. 34-237, con disidencia de Sagarna. Cám. 1º Civ. y com. La Plata, 6-11-45, J. A. 947-I-255 con voto del Dr. Saenzú; Cám. Civ. 2º, 21-12-46, L. L. 46-72, J. A. 947-II-30; Cám. Naz. Civ., Sala A, 24-3-56, L. L. 83-511, J. A. 954-III-371 con votos de los Dres. Fiorini y Díaz de Guzmán; Sup. Trib. Santa Fe, sala 1º Civ. y com., 29-4-68, J. A. 981-III-46, con voto del Dr. Rodríguez Sager.

<sup>25</sup> Ver, en este sentido: MAFFIA, op. cit. en nota 7, p. 102; BORDA, 3º ed., t. II, nº 423, y *La reforma del Código Civil, La Legítima*, en E. D. del 21/12/79 (t. 24), cap. III; MARTÍN LUIS ERDOSEAN, *El art. 3604 del Cód. Civil; sus antecedentes y su reforma*, J. A. t. 1979, doctrina, p. 465; BOQUE GARIBO y LUIS ANDORRÓ, *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires 1969, p. 141/42.

ser demandada "por los herederos descendientes o ascendientes del donante, que ya existían al tiempo de la donación".

Esta norma, tomada del art. 2174 inc. 2º del proyecto de Freitas, contenía un error, el de referirse sólo a los ascendientes y descendientes del donante, dejando aparentemente desprotegido al cónyuge. Sin embargo, la calidad de legitimario de éste hizo que la doctrina unánimemente admitiera la acción de reducción de donaciones por él entablada, con tal que ellas hubiesen sido hechas después de la celebración del matrimonio.

En cuanto al requisito de la existencia al tiempo de la donación—obviamente referido sólo a los descendientes, pues no se conciben ascendientes nacidos después que su descendiente, y aplicable en forma antes indicada al cónyuge— era el que definía el carácter individual de la legítima, estableciendo así su cálculo independiente para cada uno de los legitimarios sobre la masa formada por el haber hereditario líquido más las donaciones realizadas por el causante a partir del momento en que había comenzado su existencia o había contraído matrimonio con el causante. Claro está que ello era así para descendientes y cónyuge, pues para los ascendientes la situación debía necesariamente ser uniforme.

Esta solución había sido aprobada por Borda sobre la base de que no habría sido lógico imponer limitaciones al derecho de disponer a título gratuito de sus bienes a quien carece actualmente de legitimarios<sup>21</sup>. La criticaban, sin embargo, Salvat y Acuña Anzorrena, que la consideraban inconciliable con el sistema de legítima adoptado por nuestro derecho, especialmente con el art. 3602, según el cual deben computarse todas las donaciones<sup>22</sup>. Pero la crítica no era justa pues, como ya lo había señalado Machado, una y otra disposición debían combinarse, entendiéndose que el 3602 se refería a las donaciones hechas cuando el donante tenía ya legitimarios<sup>23</sup>.

27. *Reforma de la ley 17.711.*— La ley 17.711 modificó el texto del art. 1832 inc. 1º. En primer lugar establece que la reducción puede ser demandada "por los herederos forzosos que existían en la época de la donación". Queda así salvada la falla formal de omitir al cónyuge.

<sup>21</sup> BORDA, *Decretos*, t. II, pº 574.

<sup>22</sup> SALVAT-ACUÑA ANZORRENA, *Fuente de las obligaciones*, t. III, nº 1849 y nota 128 a.

<sup>23</sup> MACHADO, t. V, pág. 94, nota al art. 1832, inc. 1º.

Además agrega lo siguiente: "...empere, si existieren descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener su reducción a los descendientes nacidos después de la donación".

Se crea así una excepción al principio del Código, por la cual si existen descendientes nacidos antes y después de la donación no sólo pueden ejercer la acción de reducción los primeros sino también los segundos. En cambio, si todos hubieran nacido después, ninguno de ellos tendría acción.

Consecuencia de esta modificación es que la legítima deba calcularse uniformemente entre todos los descendientes. En cambio, la masa de cálculo continuará siendo diferente cuando concurren legitimarios de distintos órdenes (descendientes y cónyuge; ascendientes y cónyuge; ascendientes legítimos e hijos extramatrimoniales; ascendientes legítimos, hijos extramatrimoniales y cónyuge), pues para el cónyuge deberán tenerse en consideración las donaciones hechas por el causante después del matrimonio y para los descendientes las realizadas después del nacimiento del mayor de ellos.

- -



## LAS FUENTES IDEOLÓGICAS DE MAYO: ¿SUÁREZ O ROUSSEAU?

HORACIO SANGUINETTI

Profesor adjunto de Doctrina Política

La historia del pensamiento político argentino, tensa y polémica, ofrece materia para numerosas controversias. Entre ellas destaca el problema de establecer las fuentes donde los próceres primordiales de Mayo nutrieron su ideología. Algunos autores entienden que Rousseau, y en menor medida otros escritores que durante el siglo XVIII habían criticado al absolutismo, determinaron aquel proceso. Otra corriente, en cambio, niega influjo alguno al liberalismo y asigna valor decisivo a la obra del jesuita Francisco Suárez.

Procuraremos resumir los argumentos que se esgrimen en uno y otro sentido, documentando rigurosamente cada afirmación, con el propósito de clarificar este panorama complejo y dialéctico.

### I. — Suárez y el contrato político de sujeción

Suárez nació al promediar el siglo XVI y murió en 1617. Su vida coincide con la afirmación del absolutismo, que ha encontrado teóricos en Bodin y Jacobo I, a quien Suárez procura rebatir. Para su época y condición, el pensamiento de éste contiene aristas audaces, y hasta una justificación académica de la democracia, que "podría existir sin una institución positiva, por la sola creación o resultancia natural" (Suárez, p. 35) \*.

Sin embargo, Suárez intervino en la polémica contra Jacobo "a instancias de la Santa Sede" (p. XV). Sería absurdo ver en él a un democrata, abata su preocupación por no dar "ocasión a rebeliones" (p. 46); su justificación de la esclavitud como castigo de culpa "introducida por el pecado de Adán" (p. 12), o de la "potestad del varón sobre la mujer" (p. 9). Verdaderamente, intentaba fortalecer

\* Las citas absten a la bibliografía indicada al final.

el poderío de la Iglesia. Lo hizo con inteligencia, rogando al Papa poder temporal, pero concediéndole, mediante ingeniosa construcción, uno espiritual tan inmenso, que por distinta vía abarcaba cuestiones civiles. "En el Sumo Pontífice —afirma, pág. 423— existe esta potestad como en un superior que tiene jurisdicción para corregir a los herejes, aun soberanos. Por lo cual si hay crímenes en materia espiritual, como es el crimen en materia de herejía, puede directamente castigarlos en el rey, hasta quitarle el reino si así lo piden la obstinación del rey y la previsión del bien común de la Iglesia".

Más aun: como el jesuita reconoce en los monarcas, posibles aliados de la causa católica, invierte el argumento y erige al Papa protector del rey y árbitro supremo de la política interna de cada nación. "Puede el Sumo Pontífice mandar a un reino que sin consultarle no se levante contra su rey o que no lo destruya sin antes conocer él mismo la causa y el motivo por razón de los peligros morales y la pérdida de almas que moralmente ocurren en esas revueltas populares y para evitar las guerras civiles y las rebeliones injustas" (p. 424).

El contexto histórico de Suárez explica la intención de su obra. Manjorará la antigua teoría contractualista, que tiene raíces hasta en Platón, para fortalecer el "poder indirecto" de una Iglesia en trance de perder el poder "directo".

Suárez examina la tesis del origen divino del monarca, y aunque acepta que "absolutamente hablando esta tesis es de fe, pues... no hay poder alguno que no venga de Dios" (p. 25), y además "no afecta directamente a los dogmas de la fe" (p. 30), prefiere estudiarla parsimoniosamente porque parece "inventada para exagrar el poder temporal y debilitar el espiritual" (p. 30).

Para Suárez, en efecto, el poder proviene de Dios. "Primeramente el supremo poder público, considerado en abstracto, fue conferido directamente por Dios a los hombres unidos en Estado" (p. 32). Es decir, los hombres constituyeron el estado por asociación, y automáticamente ese estado apareció dotado de poder, que "procede directamente de Dios" (p. 33).

Pero, ¿quién ejercerá este poder? "En virtud de razón natural no puede hallarse motivo por el cual el poder haya de corresponder a una persona o a un determinado grupo de personas más que a otro dentro de toda la comunidad del Estado... el poder político no ha sido conferido por Dios a una sola persona, príncipe rey o empera-

dor. De lo contrario, la monarquía habría sido instituida directamente por Dios" (p. 36).

Es el argumento más serio contra Jacobo<sup>1</sup>. Los reyes han recibido sus atributos no "por institución divina, sino mediante la voluntad y la constitución humana" (p. 36). Llegamos a la segunda fase del proceso: el contrato de sujeción, por el cual una comunidad ya constituida, transfiere su divino poder al monarca, ya sea por elección, sucesión o libre consentimiento. Es decir, "el poder del rey se basa en un contrato o cuasicontrato" (p. 43). Este último, cuando castiga "un delito", mediante guerra y conquista justa, o aun injusta si "los sucesores reinan de buena fe" (p. 44), y de tal modo purgan su ilegalidad originaria.

Pero Suárez se apresura a restringir los efectos revolucionarios de su doctrina, que aparentemente permitiría al pueblo denunciar el pacto y reasumir la soberanía. "Negamos en primer lugar que se dé al pueblo ocasión de rebeliones o sediciones contra los legítimos gobernantes —arguye (p. 46)—. Porque una vez que el pueblo trasladó su poder al rey, ya no puede legítimamente el pueblo, apelando a dicho poder, reclamar su libertad a capricho o siempre que se le antoje. Porque si se ha concedido su poder al rey, y éste lo ha aceptado, por eso mismo el rey ha adquirido el dominio.

"Por consiguiente, aunque el rey haya recibido del pueblo ese dominio mediante donación o contrato, el pueblo no puede ya quitar al rey este derecho ni reclamar otra vez su propia libertad. De la misma manera que la persona privada que ha renunciado a su libertad y se ha vendido o dado como siervo, no puede después liberarse a su antojo de la esclavitud, así tampoco puede hacerlo una persona colectiva o comunidad, una vez que se ha sometido plenamente a un príncipe."

"Además, si un pueblo ha entregado su poder a un rey, el poder deja efectivamente de pertenecerle. Por consiguiente, ya no puede, invocando el poder que ha dejado de pertenecerle, levantarse legítimamente contra el rey, no habría entonces uso legítimo, sino abuso de poder".

<sup>1</sup> Compartido por Rousseau, cuando afirma que el principio del libre consentimiento como fundamento del poder es indispensable. "Podemos discutir todo otro principio —añade, *Contracte de la société*, p. 74—, pero no éste. Incluso el de la voluntad divina, por lo menos en cuanto a su aplicación. Porque si bien resulta claro que el hombre debe querer cuanto Dios quiere, no es claro, en cambio, que Dios prefiera este gobierno a tal otro, y que se abdicara antes a Jacobo que a Guillermo. Y de eso se trata".

Sin embargo, Suárez admite que si el rey se convierte en tirano y además hace "actualmente una guerra injusta contra la comunidad que le está sometida" (p. 421), siempre "que la tiranía o la injusticia sea pública y evidente, porque si es dudosa no está permitido despojar al que tiene la posesión" (p. 418), el pueblo puede depurarla. A esta posibilidad dedica una extensa conclusión. Aunque partidario, como otras jesuitas, del tiranicidio, no aporta elementos satisfactorios para delimitar los umbrales del derecho a la rebelión. En última instancia, será el Sumo Pontífice la autoridad final que determinará la justicia o injusticia de una rebelión.

## II. — Rousseau y el contrato social

La doctrina suarista del contrato guardaba equilibrio inestable. Si el individuo crea al estado, resulta fácil sostener que el poder deriva también de él, y no de Dios.

Eso hará Rousseau, cuya posesión histórica es muy distinta. Como Suárez, impugnará el absolutismo; pero no para fortalecer al papado sino al renaciente movimiento democrático que inicia.

Rousseau agota la teoría contractualista, extrae de ella consecuencias últimas. Partiendo del estado de naturaleza, concluye que en determinado momento la sociedad civil se hace necesaria, porque "los obstáculos que afectan su conservación en el estado de naturaleza, desordenan la fuerza de cada individuo" (p. 65); es decir, la subsistencia se hace difícil. La solución es "formar por agregación una suma de fuerzas que les permita resistir" (p. 68).

En suma, "hallar una forma de asociación que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y bienes de cada asociado, y por la que cada uno, al unirse a todos, no obedezca sin embargo sino a sí mismo, y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental que el contrato social resuelve" (p. 66).

Se trata del contrato de asociación; no del de sujeción, que Rousseau descarta<sup>2</sup>. "Antes de examinar el acto por el cual un pueblo

<sup>2</sup> Inclusive, lo expone en términos grotescos: "Haré contigo una conveniencia toda en tu perjuicio y toda en mi provecho, que observaré cuando se me antoje, y tú observarás cuando me agrade" (Contrato, I-IV). En esta categoría incluían la Real Cédula de Carlos V, del 14 de setiembre de 1519, por la que vinculó América a la persona del Rey, Acto que de ningún modo consideramos "punto explícito y solenne entre los reyes de España y los pueblos de América" (Vida de Ruzbeah, p. 181), porque es una convención unilateral que tales pueblos nunca aceptaron. La sujeción de los indios fue producto de la fuerza, pese a cosas

elige a un rey —razona, p. 65—, será conveniente examinar el acto por el cual un pueblo es un pueblo; porque este acto, siendo necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad".

El pacto necesita "consentimiento unánime" (p. 171); quien no lo presta será considerado extranjero. Y si el estado ya se halla constituido, el "habitar su territorio es someterse a la soberanía... Fuera del contrato primitivo, la voz de la mayoría obliga siempre a los otros; es una consecuencia del contrato mismo" (p. 172).

Una vez formada la sociedad, ¿cómo se instituye el gobierno? Rousseau rechaza el contrato de sujeción. "Primeramente, la autoridad suprema no puede modificarse ni enajenarse; limitarla es destruirla" (p. 162).

En suma, el gobernante será un simple mandatario, estador o cónsueño, siempre revocable, sin derechos propiamente dichos frente al pueblo soberano. "Sólo hay un contrato en el Estado, el de asociación y éste excluye todo otro. No podríamos imaginar ningún contrato público que no fuese una violación del primero" (p. 163).

### III. — La presente posición marxista de Saavedra y Castelli

Los dos principales argumentos para sostener la influencia marxista sobre la ideología de Mayo, son los siguientes:

1º) Una "similitud extraordinaria" entre las tesis del "Doctor Eximio" y el voto de Cornelio Saavedra en el Cabildo Abierto del 22 de mayo. Dicho voto expresa:

"que consultando la salud del pueblo, y en atención a las actuales circunstancias, debe subrogarse el Mando Superior que obtenía el Excelentísimo Señor Virrey en el Excelentísimo Cabildo de esta capital, interin se forma la corporación o junta que deba ejercerlo; cuya formación debe ser en el modo y forma que se estime por el Excelentísimo Cabildo, y que no quede duda de que el Pueblo es el que confiere la autoridad o sueldo" (cf. Sánchez Viamonte, p. 43).

Tres días antes, Saavedra habría dicho a Cúzaros: "hemos resuelto resumir nuestros derechos y conservarnos por nosotros mismos" (*Memoria autobiográfica*, p. 55).

-----  
Alusión de resaca voluntaria —verdadero "cipayee"—, como los que señala Trueta (p. 24).

Ninguna de estas afirmaciones, a criterio nuestro, "alude claramente a la doctrina de Francisco Suárez sobre la fuente del Poder político" (Lanada, p. 68).

Saavedra no dice que el poder provenga de Dios, ni que el pueblo deba pactar con el futuro gobernante. No afirma que el rey de España se haya convertido en un tirano manifiesto, única causal admitida por Suárez para su remoción. Tampoco sugiere consultar al Sumo Pontífice, como es buena doctrina suarista. Para nada propone un contrato de sujeción. Simplemente el pueblo, depuesto el Virrey, confiere a la Junta una autoridad o mando que se sobreentiende revocable.

Los votos coincidentes tampoco autorizan a suponer influencia de Suárez. El presbítero Antonio Sáenz fue aún más claro: "Ha llegado el caso de resumir el Pueblo su originaria autoridad y derechos". Autoridad y derechos que son originarios, no derivados de Dios.

2º) Cuando Castelli al "fundar su voto" alude "a la potestad regia... puede inferirse que estaba haciendo referencia al contrato político de Suárez" (Lanada, p. 68).

El voto de Castelli adhirió al de Saavedra sin agregar nuevos elementos ideológicos. Ni siquiera se importantísima intervención en el debate previo, corroborara aquellas inferencias. Sólo conocemos ese discurso, del cual no se formalizó acta oficial, por reconstrucciones, más o menos coincidentes, que varios autores intentaron muchos años después. Según Vicente F. López (tomo 3, p. 32), Castelli repudió el derecho de conquista —que Suárez no rechaza—, pues lógicamente debería "someterse a Napoleón". Según Mitre (tomo 1, p. 243), limitó el compromiso de los americanos a la persona de Fernando VII, hacia quien dos años antes habían jurado fidelidad, concluyendo que "al pueblo corresponde resumir la soberanía del monarca, e instalar en representación suya un gobierno que vele por su seguridad".

En la doctrina suarista no hallamos nada semejante. Consultado a tiempo, el Papa seguramente habría desautorizado la revolución, contra un rey católico, prisionero e inofensivo; como la desautorizó el obispo Lué, que enfrentó airado a los patriotas. Más tarde, dos encíclicas papales ("Etsi longissimo" de Pio VII (1816) y "Etsi iam diu" de León XII (1824)—, apoyaron a la corona española en su pleito colonial.

Fidedignos documentos posteriores, emanados de Castelli, tales como el *Manifiesto de Oruro*, la *Circular* y el *Manifiesto de Huancú*, todos de 1811 (Chaves, p. 141), afirmarían que "es a los pueblos a quienes exclusivamente toca declarar su voluntad en este caso... porque el pueblo es el origen de toda autoridad, y el magistrado no es sino un precario cómplice de sus intereses". Ahí nada hay de Suárez. Estamos en la más pura concepción rousseauiana y robespierrista. Pueblo y gobernante en recíproca interacción. Autoridad "precaria".

#### IV. — *La difusión americana de Rousseau*

Analicemos ahora los argumentos por los que se intenta descartar "con toda certeza la influencia ideológica de Jean Jacques Rousseau en la Revolución de Mayo" (Lizada, p. 66):

1º) "El contrato social de Rousseau es el pacto mediante el cual un grupo de personas aisladas se unen en sociedad política. El pacto político de Suárez da por supuesta y constituida la sociedad política, y consiste en la relación contractual entre esa sociedad ya organizada y el gobernante... está claro que ningún sentido tenía acudir a la teoría de Rousseau, elaborada para justificar la existencia de la sociedad política, que en caso de 1810 estaba fuera de la cuestión".

Es que Rousseau no sólo atiende a la constitución social, sino al modo de investir el gobierno. Hacia 1810, la sociedad criolla estaba constituida. Pero según cómo se conciba su modo de constituirse surgirá la facultad rescisoria del pueblo. Ahí se trataba de la posibilidad, muy fácil para Rousseau y difícil para Suárez, de declarar caduca una autoridad y designar otra. El "pueblo" destituyó al virrey sin hablar de tiranía, ni consultar al Papa; e hizo designar la Junta sin pactar con ésta, tampoco, sujeción alguna. Porque entendía ser soberano, y esa soberanía emanaba del origen contractualista de su asociación.

2º) "Otra razón es de carácter práctico. Rousseau no estaba difundido en el Río de la Plata como para proveer la ideología de la Revolución" (Lizada, p. 67). "No se conoce la existencia de ejemplar alguno de la obra (de Rousseau) en nuestras tierras antes de 1810" (Videla Escalada, p. 181).

En cambio, "en las universidades de Chuquisaca, Córdoba y

Santiago (Chile), así como también en el Real Colegio de San Carlos (Buenos Aires), nuestros próceres estudiaron a fondo la doctrina del célebre jesuita Francisco Suárez" (Romero Carranza, p. 238).

Sin embargo, los jesuitas fueron expulsados en 1767. El Colegio de San Carlos llevó ese nombre en homenaje a Carlos III, el expulsor, y funcionó utilizando aulas, bienes y rentas de los expulsos. No es probable que los franciscanos que los sustituyeron y eran algo más liberales, insistieran demasiado en propagar la teoría de Suárez.

La Inquisición había prohibido, es cierto, las obras de Rousseau, Voltaire y otros librepensadores. Empero está probado que muchos de nuestros próceres las consiguieron, ya porque tenían dispensas o porque los leyeron furtivamente. El don Juan Funes obtuvo en 1779 licencia para tener y leer libros vetados, salvo los de Maquiavelo "y demás que trata ex profeso contra nuestra Santa Religión y de obscenidades" (Levene, p. XX). Belgrano fue autorizado en 1790 para "leer y conservar durante su vida todos y cualesquiera libros condenados aunque sean heréticos" (Caillet-Bois [b], p. 14).

En la biblioteca particular del cancelario y regente de los reales estudios del Colegio de San Carlos, Juan Baltasar Maziel, estaban el *Contrato Social* y *Los Discursos de "Rousseau"*, las *Cartas persas*, las *Consideraciones* y el *Espejo de las leyes* de Montesquieu, numerosas volúmenes de "Bolter" y de otros autores equivalentes, así como exérgos acerca de los mismos. No poseía libro alguno de Suárez ni de Vitoria. (cf. el inventario levantado por don Sebastián de Velasco, en Probst, p. 351 y sigtes.). Las obras de Montesquieu también figuraban en la biblioteca pública erigida por el virrey Arredondo sobre la de Facundo Prieto Pulido (Levene, p. XVI).

La biblioteca de don Francisco de Ortega contenía en 1780, cinco tomos "Monsieur de Montesquieu", cincuenta de "Bolter", y veintisecho de la *Enciclopedia*; contemporáneamente la librería de Moscazo disponía de Filangieri; el coronel Flores, de Montesquieu; el obispo Aznar de Montesquieu, Filangieri, Voltaire, Bayle, etc. (Caillet-Bois [b], p. 14).

Rivadavia poseía "casi todo Rousseau", cincuenta y cuatro tomos de Voltaire, trece de Necker; Montesquieu, Mably, D'Alembert, Condorcet y cantidad de autores iluministas (Caillet-Bois [b], p. 15). Muchas otras personas los tendrían secretamente. Algunas confesiones ordenadas por la Inquisición, sobre obras de Rousseau, Voltaire, Pascal, Pufendorf, etc. constan fehacientemente (Probst, p. 383).

Las ideas democráticas también llegaron a través de comentaristas, apologistas y sus traductores españoles, como Monteiro, Andrés Calzada, Peronda, Lapeña, Montegón, Cadalso y otros, para no citar a Jovellanos —que tradujo el *Contrato*— por quien Belgrano y Moreno expresaron gran admiración. Este último advirtió que “fue una ventaja para la América, que la necesidad hubiese hecho adoptar en España aquellos principios; pues al paso que empezaron a familiarizarse entre nosotros, presentaron un contraste, capaz por sí solo de sacar a los americanos del letargo” (p. 248).

Esa familiaridad era común en toda América. Antonio Naríño tradujo y publicó en Bogotá hacia 1798, los *Derechos del Hombre*. También Bolívar fue asiduo lector de Rousseau.

La Revolución Francesa —que en tantos aspectos materializó el pensamiento del ginébrino—, fue conocida en el Virreynato, despertando entusiasmo durante los primeros tiempos. Cailliet-Bois ha reseñado los planes de Léger Cottin, Kersaint, Miranda y el propio Beauguerre para liberar estas tierras, así como la avalancha de “impresos ediciosos” ([b], p. 29) que las reiteradas medidas prohibitivas, imponiendo requisis, confiscaciones y castigos (p. 2), Órdenes del 18 de septiembre y 1<sup>o</sup> de octubre de 1789, 5 de enero de 1790, 22 de agosto de 1792, etc.), no lograban controlar.

Fray José de San Alberto dolíase de hallar estas parajes “llenos de cartas y relaciones individuales de los Monstruosos asesinamientos de Francia” (Cailliet-Bois [b], p. 38). El hermano de Liniere tradujo una narración de los sucesos de París, y fue amonestado. Al francés Duclou Guyot, capitán de una corbeta surta en Montevideo, se lo vigiló como espía; y en los procesos Rubin de Cella, Nordenflicht, Caballero y Antonioni —reiteradamente torturado por Altaga—, hay elementos que permiten considerar que muchas activistas coincidían, en tierra americana, con los principios de la Revolución. Las actuaciones incoadas en 1809 con motivo de las revueltas de Chuquisaca y La Paz, los atribuyen a “principios democráticos que han publicado... los Filósofos Sediciosos Eversores de los Tronos” (Cailliet-Bois [b], p. 17).

Además de San Alberto, fray Baltasar Quiñones y Mariano Medrano intentaron refutar a Voltaire y Rousseau (Levin, p. 23). Y aunque con frecuencia los atribulan inexactamente ideas singulares, refutar es también un modo de difundir. En Córdoba el padre Guittian advirtió contra la afición de los alumnos del Colegio Monserrat

—donde estudiaban Castelli, Rodríguez Peña y Esquerrenza— hacia “doctrinas nuevas... de libertinos franceses” (Chaves, p. 30).

En 1809, el gobernador intendente denunció al profesor de geografía y francés de ese colegio, José M. Sancho, porque “los Santos Padres que citaba... eran Rousseau y Voltaire” (Cailler-Bois [b], p. 14).

El Dr. Funes, rector del Monserrat desde 1807 y un año después también de la universidad cordobesa, presume en su *Autobiografía*, de haber puesto “la primera piedra de la revolución, reconociendo la existencia del contrato social” (Levin, p. 20).

En efecto, su oración por Carlos III, que data de 1790, emplea un inequívoco acento, casi traducción textual de los capítulos I y III del *Contrato*: “¿Qué importa que el hombre haya nacido independiente, soberano y juez de sus acciones? Estos privilegios del género humano en su infancia, debieron cesar en su adolescencia; no habiendo en esto más ley que la que imponía el más fuerte” (Levin, p. 20).

En sus *Apuntamientos* asegura haber nutrido su espíritu en obras de Condillac, Mahly, Rousseau, Baynal y otros (Vedia y Mitre, p. 219). Parece abusivo pretender que “sólo tenía noticias tan confusas del autor que le llamaba: *Funes*” (Lozada, p. 67). Esta castellanización del apellido era tolerable entonces. La propia edición portefaña de 1810, desfigura el nombre, que aparece escrito: “Roseta”, como en tantos escritos e inventarios de época.

Historiando los antecedentes de 1810, el Dr. Funes afirma que “la revolución de Norte América, y la reciente de la Francia, habían resucitado entre nosotros los derechos naturales del hombre” (Bouquejis, p. 8). Algunas próceras estaban a la sazón en Europa y se aproximaron mejor a las fuentes del proceso democrático. Belgrano recuerda (*Autobiografía*, p. 9), que “como en la época de 1789 me hallaba en España y la revolución de Francia hizo también la variación de ideas y particularmente en los hombres de letras con quienes trataba, se apoderaron de mí las ideas de libertad, igualdad, seguridad, propiedad, y sólo veía tiranos en los que se oponían a que el hombre, fuese donde fuese, no disfrutase de unos derechos que Dios y la naturaleza le habían concedido, y aun las mismas sociedades habían acordado”. Pueyrredón, que luego de las invasiones inglesas representó a Buenos Aires en España, describía la situación en términos textualmente tomados de Rousseau: “Se vive tranquilo en los calabozos y no hay quien desee ir a ellos. Los griegos vivían tranquilos

en las cavernas del Cíclope, aguardando su turno para ser devorados" (Lewin, p. 69).

Montesquede, aunque idealógicamente voluble, afirma que a comienzos de su vida política, abrazó "con fanatismo el sistema democrático. El pacto social de Rousseau y otros escritos de este género, me parecían que aun eran favorables al despotismo" (p. 17). No seguía especialmente al ginebrino, aunque lo respetaba y conocía bien, como acreditó en la polémica que hacia 1812 sostuvo desde "El grito del Sud"; con un anónimo lector, ferviente rousseauiano (Lewin, p. 61)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Escudo nuestras intenciones, en este trabajo, analizar la ideología de las organizaciones secretas que alcanzaron importancia primordial en la independencia americana, al ya de su apóstol Francisco de Miranda, general venezolano en los ejércitos de Francia revolucionaria. Consecuencia de la política de estas logias, fue la actividad de nuestra Asamblea del Año XIII, preocupada por los derechos humanos, al modo del siglo XVIII.

Tampoco estudiaremos aquí las ideas de San Martín, aunque importa recordar el entusiasmo con que hacia 1820 acogió la Constitución liberal de la madre patria, manifestando que "la nación española ha recibido por fin el influjo irresistible de las luces del siglo... la restauración de España es de la misma naturaleza que la nuestra: ambas tienen la libertad por objeto y la opresión por causa" (San Martín, p. 142); trasparente referenda al federalismo.

Un trabajo más extenso debería evaluar también los primeros textos del constitucionalismo americano, calados de Rousseau. Procebo al caso:

1) Prolólogo de la *Declaración de Derechos de Massachusetts, 1780*: "El cuerpo político se forma por una asociación voluntaria de las Individuos; es un contrato social por el cual el pueblo entrega parte con cada ciudadano, y cada ciudadano con el pueblo entero, que todos serán gobernados por ciertas leyes, en beneficio común".

2) *Constitución mexicana, Apatzinga, 1814*: Art. 3º: "Esta (la soberanía) es por su naturaleza imprescriptible, inajudable e indivisible". Art. 4º: "Esta (la sociedad) tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera". Art. 5º: "Por consiguiente, la soberanía reside originariamente en el pueblo". Art. 18º: "La ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común". Art. 24º: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de esos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el fin de las asociaciones políticas"; etc.

Por último, en vistazo a la literatura compurgada de los primeros años de nuestra independencia, apuntará nuevas asociaciones a favor de la total razón. Así, Esteban de Luna exaltaba, en su *Castro Heroico a la Libertad de Lima* (1821), a los "genios ilustres" como Montesquieu, Bayard y Filangieri, que "a la luz de la gran filosofía", anunciaron "del Nuevo Mundo la libertad a todas las naciones", a través de "la escuela del bien, que al hombre un día le fue en vuestros escritos enseñada". En los *Castros de Hidalgo*, y otras composiciones, hay larga casucha republicana y liberal.

Pero el argumento más sólido para ratificar la presencia intelectual de Rousseau, reside en el influjo que ejerció sobre Mariano Moreno, figura clave del gobierno revolucionario.

Moreno estudió en Charcas, donde el canónigo Terraza le permitió "usar de sus libros" (Manuel Moreno, p. 43), entre los cuales estaban "los mejores autores de Europa sobre política, moral, religión, historia, que han pasado de cuando en cuando por entre las severas prohibiciones del despotismo inquisitorial... El gusto de la literatura francesa es el dominante, y hay muy pocas de profesión científica que no conozcan este idioma. Mariano se instruyó en él, y empezó a ensanchar sus ideas con la lectura de Montesquieu, D'Aguessseau, Raynal y otras célebres escritores de esta nación" (p. 44).

Lewin ha señalado, entre el material bibliográfico utilizado por Moreno en sus años estudiantiles, tres pruebas irrefutables del interés por Rousseau: en primer lugar, una copia de su puño y letra del *Discurso sobre las ciencias de Rousseau*, traducido seguramente por Victoriano de Villava. Otro cuaderno, "que no nos parece de su letra, con noticias sobre la Revolución Francesa" incluso la Apoteosis de Juan Jacobo. Y un escrito del propio Moreno, sobre *Religión*. Allí sintetiza opiniones de Pascal, Maquiavelo, Washington, D'Alembert, Montesquieu, Bayle y Rousseau (Lewin, p. 36).

Secretario de la Junta, en 1810 Moreno ordenó la impresión del *Centrato Social*, con el propósito de comunicar al pueblo "luzes y conocimiento". El prólogo contiene los mayores elogios imaginables. Ha dado al autor "el primer lugar", porque "este hombre inmortal, que formó la admiración de su siglo, y será el asombro de todas las edades, fue, quizá el primero que disipando completamente las tinieblas, con que el despotismo envolvía sus usurpaciones, puso en clara luz los derechos de los pueblos, y enseñándoles el verdadero origen de sus obligaciones, demostró las que correlativamente contraían los depositarios del gobierno.

"Los tiranos habían procurado prevenir diestramente este golpe, atribuyendo un origen divino a su autoridad; pero la impetuosa elocuencia de Rousseau, la profundidad de sus discursos, la naturalidad de sus demostraciones disiparon aquellos prestigios; y los pueblos aprendieron a buscar en el pacto social la raíz y único origen de la

obediencia, no reconociendo a sus jefes como emisarios de la divinidad, mientras no mostrasen las patentes del cielo", etc. (p. 235).

Suárez, español, esperó siglos para ser traducido del latín al castellano. En cambio Rousseau, censurado y prohibido, circulaba en esta lengua apenas diez años después de su muerte: presumiblemente en Londres, hacia 1799, se concretó la primera edición. Contemporánea como Ignacio Núñez y Tomás de Anchorena atribuyen al propio Moreno la traducción del *Contrato* que publicó. Todo hace presumir que efectivamente el Secretario de la Junta, fue, además de proleguista, traductor, pues no se indica otro nombre ni origen y la versión portefaña difiere de las anteriores hasta hoy conocidas.

El capítulo relativo a la Religión civil quedó suprimido en esta oportunidad. Moreno era católico, y como Robespierre, asignaba a la religión un alto valor político, en cuanto factor moderador y de cohesión. Aunque reconocía que "muchas veces... la catedral del Espíritu Santo ha sido prostituida con lecciones que confirmaban la ceguera de los pueblos, y la impunidad de los tiranos" (p. 254), no quiso escandalizar, en este tema, a nuestra sociedad colonial.

De todas maneras, alarmó a los espíritus reaccionarios. Hubo algunas protestas y devoluciones de ejemplares. Pero el viajero Brakenridge observaba, ocho años más tarde, que el libro "parece haber sido muy saboreado por la clase media del pueblo" (Levene, p. XLVI).

La devoción rousseauiana de Moreno no se acredita sólo con la difusión del *Contrato* en América. Todos sus escritos llevan el sello del ginebrino. Como a éste le preocupan "los pueblos salvajes" (p. 205); el "órgano legítimo de la voluntad general" (p. 207); las "diversiones públicas" (p. 225). Como éste, recuerda a los gobernantes que el pueblo puede decirles: "el poder que os conferimos dimana de nosotros, os lo damos en depósito y no en propiedad ni a título de herencia... mañana seréis relevados" (p. 226). No hay contrato político de sujeción, suarista, sino investidura transitoria. El poder no dimana de Dios, sino "de nosotros".

En réplica a Abascal, Moreno discurre sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, con argumentos de Juan Jacobo: "La naturaleza no crió a todos los hombres iguales: a unos dio fuerza, que negó a otros; aquéllos tienen salud de que carecen éstos... Si nos reducimos a este orden natural, que prevalece de los convencio-

nes de la sociedad, no sé en qué funda el señor don José que hemos nacido para vegetar en la obscuridad y abatimiento" (p. 210).

El ensayo más meduloso que Moreno publicó en "La Gaceta", es el titulado *Sobre la reunión del Congreso*. Comienza criticando a los pueblos bárbaros "en quienes nunca obró el pacto social" (p. 239), y recuerda que "la necesidad obligó a los hombres errantes a reunirse en sociedades". Se insinúa "aérrimo republicano" (p. 241). Cita a Rousseau cuando éste afirma que difícilmente ninguna "constitución sea duradera" (p. 244 y *Contrato*, libro III, cap. XI).

Más adelante, insiste en distinguir el contrato social de asociación (rousseauiano), del lazo político de sujeción (suarista). Importa el primero, no el segundo. "Los vínculos que unen el pueblo al rey, son distintos de los que unen a los hombres entre sí mismos: un pueblo es pueblo, antes de darse a un rey; y de aquí es que aunque las relaciones sociales entre los pueblos y el Rey quedasen disueltas o suspendas por el capricho de nuestro monarca, los vínculos que unen a un hombre con otro en sociedad, quedarán subsistentes, porque no dependen de los primeros; y los pueblos no debieron tratar de formarse pueblos, pues ya lo eran, sino de elegir una cabeza que los rigiese, o regirse a sí mismos" (p. 246). "Las Américas no se ven unidas a las monarcas españolas por el pacto social... ella(s) no ha(n) concurrido a la celebración del pacto social de que derivan las monarcas españolas los únicos títulos de la legitimidad de su imperio (sobre la nación española); la fuerza y la violencia son la única base de la conquista, que agregó estas regiones al trono español; conquista que en trescientos años no ha podido borrar de la memoria de los hombres las atrocidades y horrores con que fue ejecutada, y que no habiéndose ratificado jamás por el consentimiento libre y unánime de estos pueblos, no ha añadido en su abono título alguno al primitivo de la fuerza y violencia que la produjeron. Ahora, pues la fuerza no induce derecho, ni puede nacer de ella una legítima obligación que nos impida resistirla, apenas podamos hacerle impunemente; pues, como dice Juan Jacobo Rousseau, una vez que recupera el pueblo su libertad, por el mismo derecho que hubo para despojarse de ella, o tiene razón para recobrarla, o no la había para quitársela" (p. 256). Conceptos bien distintos a los de Suárez, para quien la conquista es un cuasi-contrato social.

De inmediato expone su idea del pacto, dentro de la más pura ortodoxia rousseauiana: "Aun la pluralidad de los sufragios no puede

arrastrar a la parte menor, mientras un pacto establecido por la unanimidad no legitime aquella condición" (p. 257). "Los pueblos —agrega, p. 258—, origen único de los poderes de los reyes, pueden modificarlos, por la misma autoridad con que los establecieron al principio".

En este artículo, Moreno citando a Jefferson, analiza los méritos e inconvenientes del federalismo, y aún de los Estados Unidos de América. Consagra el 20 de junio de 1789, día del Juramento del Juego de Pelota, como "el más glorioso para la Francia", que "habría sido el principio de la felicidad para toda la Europa" sin las ambiciones de Napoleón, al que reconoce sin embargo, "talentos extraordinarios" y haber logrado "el engrandecimiento de sus hermanos... el bien de su patria" (p. 251); censura a Jovellanos, y apartándose de Rousseau para aproximarse a Montesquieu, exhorta a imitar el sistema político de Inglaterra, "gran nación, modelo único que presentan los tiempos modernos a los pueblos que desean ser libres... equilibrense los poderes y se mantendrá la pureza de la administración" (p. 245). Tan luego Inglaterra, país no católico por excelencia.

Descartaremos el análisis del Plan atribuido verosímilmente a Moreno, porque se cuestiona su autenticidad. Cualquiera que ésa fuese, el Plan expone tácticas que el Secretario aplicó. Por algo Saavedra, masón, militar, admirador de Dumouriez, lo tildó de "jacobino".

## VI. — Conclusiones

Este "jacobinismo" aseguró el éxito de la Revolución. Apenas alejado Moreno, comenzaron los fracasos y los retrocesos. De todos modos, tanto en lo político como en lo económico y social, Mayo fue irreversible. Políticamente, aventó el sistema virreynal y dio paso al orden republicano<sup>4</sup>. Económicamente, rompió nuestra estructura feudal y patriarcal, y creó un régimen precapitalista. Socialmente, des-

<sup>4</sup> La división en turnos a sí España nos consideraba colonias o provincias no parece bien entendida. El término "provincia" tiene, etimológicamente, un sentido preparativo muy semejante al que hoy afecta a la palabra "entidad". En Roma, era el territorio lejano que se conquistaba y gobernaba con procedimientos. Siempre, unidad administrativa en un sistema crudamente centralizado. Sólo en Argentina, la expresión "provincia" se ha dignificado a través del proceso histórico iniciado en 1853, hasta convertirse en máximo de "estado miembro" de una federación, o inclusive de una confederación.

plazó a los mercaderes monopolistas y a la nobleza hispana, para abrir camino a las haciendas criollos como clase dominante.

La ideología revolucionaria no coincide con Suárez y sí con Rousseau. Los intérpretes suaristas de Mayo no han logrado encontrar una sola cita expresa, donde algún prócer representativo, en tramos de fundamentar el cambio que asbrevino, invoque al exálmio jesuita. Sólo vagas presunciones. Cuando hubo que transcribir o editar, no fue Suárez el elegido. No lo fue, porque abunda más en argumentos para mantener la sujeción, que para escudarla.

Sin desconocer los valores de su obra, parece seguro que intenta combatir el absolutismo de reyes no católicos, pero justificar el de monarcas católicos inclusive en aventuras imperialistas. Sus áridos latines y el método basado en objeciones, réplicas, preguntas y testimonios de fe, difícilmente inflaman las mentalidades juveniles.

En cambio, el efecto expansivo de la literatura rousseauiana abraza al mundo. Suárez es un episodio en la historia del pensamiento teológico. Rousseau, pese a sus contradicciones, significa mucho más: es un creador de nuevas formas de vida, que centró en el hombre la responsabilidad por su propio destino social, y afirmó definitivamente sus esperanzas y posibilidades.

#### BIBLIOGRAFÍA \*

- MANUEL BELGRANO, *Autobiografía*, C. Pérez ed., 1948.
- RICARDO R. CAILLET-BOIS, *Ensayo sobre el Río de la Plata y la Revolución Francesa*, Facultad de Filosofía y Letras, 1929. (a)  
"Las corrientes ideológicas europeas del siglo XVIII, y el Virreinato del Río de la Plata", y "El Río de la Plata y la Revolución Francesa", en *Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, tomo V, p. 3, 1928. (b)
- ROMULO CARRIA, *La Revolución de Mayo y la Iglesia*, Huemul 1945.
- JULIO CESAR CHAVES, *Cartón, el cadáver de Mayo*, Ed. Ayacucho 1944.
- GREGORIO FUNER, *Bosquejo de nuestra Revolución*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 1941.
- GUILLERMO FURELO, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*, 1922.
- RICARDO LEVENE, "La edición austríaca de 1799 de *El Contrato Social* de Rousseau y la reimpresión realizada por Marcos en Buenos Aires en 1810", nota preliminar a JUAN JACOBO ROUSSEAU: *El contrato social*, Perrot 1921.
- BOLESLAO LEWIN, *Rousseau y la independencia argentina y americana*, Eudera 1937.
- VICENTE FIDEL LOPEZ, *Historia de la República Argentina*, C. Guzmán, tomo 3, 1883.

\* Sobre indicación en contra, el lugar de impresión es Buenos Aires.

- SALVADOR M. LOPELDA, *Instituciones de Derecho Público*, Macchi 1906.
- BARTOLOME MITRE, *Historia de Bolgrano*, La Nación, tomo I, 1902.
- BERNARDO MONTEAGUDO, *Escritos políticos*, La cultura argentina, 1910.
- MANUEL MORENO, *Memorias de Mariano Moreno*, C. Pérez 1908.
- MARLANO MORENO, *Escritos políticos y económicos*, OCEBA 1901.
- JUAN PROBST, *Juan Balthasar Manuel, el maestro de la generación de Mayo*, Facultad de Filosofía y Letras, 1948.
- AMBROSIO ROMERO CARRANZA, ALBERTO RODRIGUES VARELA, EDUARDO VENTURA FLORES PIRAN, *Historia política de la Argentina*, Panedilla 1910.
- JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Ed. Sociales, París 1903.
- CORNELIO SALAVEDRA, *Memorias autógrafa*, C. Pérez 1903.
- ADOLFO SANCHEZ VAZQUEZ, *Resumen en México*, Gujálba, México 1909.
- CARLOS SANCHEZ VILAMONTE, *Historia institucional de Argentina*, Fondo de Cultura Económica, México 1948.
- (JOSE DE) SAN MARTIN, *El pensamiento vivo de...*, presentada por AR-TURO CALDEVILA, Losada 1945.
- FRANCISCO SUAREZ, *Selección del "Defensor fiel"* y otras obras, De-palma 1906.
- JOSE TORRE REVELLO, *El libro, la imprenta y el periodismo en América*, Financ 1948.
- FRANCISCO EDUARDO TRUSSO, *El derecho de la revolución en la em-pañada americana*, Emecé 1963.
- MARLANO DE VEDIA Y MITRE, *El León Financ*, Kraft 1904.
- FEDERICO VIDELA ESCALADA, "Contrato político" en *Los ideas políti-cas de Mayo*, Omba 1963.
- CARLOS A. VILLANUEVA, *Napoleón y la independencia americana*, Guvies, París 1911 (F).



## ESCUELAS PROCESALES \*

DR. FERNANDO DE LA RUA  
Prof. adj. de Derecho Procesal I

Cuando el distinguido amigo Oscar Serantes Peña, Director de este nuevo Centro de Derecho Procesal, me confirió el honor y la responsabilidad de pronunciar esta Conferencia inaugural, acordamos que el tema no habría de limitarse a la evocación de una sola figura de la ciencia procesal sino que, más ampliamente, y aunque se resistiera la profundización, convenía que abarcáramos un panorama general de su evolución. De allí surgió el título de estas palabras, y de allí también mi temor. Que pretender en el prudente tiempo que la discreción impone a una disertación como ésta, resumir y exponer críticamente los desvelos de los más altos pensadores del derecho procesal, es intento que puede reputarse presuntuoso y seguramente osado para mí.

Pienso, sin embargo, que el atrevimiento me será excusado si explico la dirección que quiero dar a mis palabras. Sé que me toca hablar ante un calificado concurso, donde los nombres de viejos y nuevos amigos traen consigo el recuerdo inevitable de obras esjundiosas y profundas. Pero sé también que están aquí los jóvenes alumnos que vienen con su inquietud de investigadores incipientes, dispuestos a iniciar, a partir de hoy, una fecunda tarea en este Centro. Para ellos, sobre todo, son estas palabras. Que no será, pienso, fatiga inútil ésta de que al iniciar la tarea, juntos releemos los grados alcanzados para señalar el punto de partida al esfuerzo inmediato. A todos cuantos hemos emprendido, con mayor o menor intensidad, el camino del proceso, nos ha destimbrado, en la hora inicial, la celebridad de algún nombre. Y sólo después, en sucesivos tramos de preocupación y estu-

\* Conferencia pronunciada en el acto inaugural del Centro de Estudios Procesales de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

die, fuimos ubicando, como en un tablero de ajedrez, a cada autor y a su sistema, para descentrar su enseñanza.

Algo de todo eso procuraremos resumir aquí; y muy sentidamente pido ser perdonado, por los especialistas, en cuanto implique retranzar senderos conocidos, pero más aun en cuanto pueda atreverse a señalar alguna discrepancia —por otra parte, a veces inevitable— con algún autor que tenemos siempre en la perspectiva del recuerdo admirativo. Que al fin, mi inolvidable maestro en Roma, Salvatore Satta, tenía razón cuando explicaba que “si la fuerza de las matemáticas es la de no ser una opinión, la fuerza del derecho es, en cambio, la de ser una opinión. Por eso se precisa de tanta gente, es decir, de tantas opiniones para formarlo. Una de ellas es la verdadera. ¿Cuál? He ahí el problema”.

### *Fe en el Derecho*

Pero eso sí, cada vez que formulamos una opinión sobre un tema de derecho, con el anhelo de contribuir, aunque sea en pequeña medida, al desarrollo de la ciencia jurídica, lo hacemos con apasionamiento que implica una profesión de fe. Fe en el derecho, a pesar de sus vicisitudes, en este siglo en el que alguien, con escepticismo, descubre una cabal ausencia de vocación por él<sup>1</sup>; fe en el derecho, que es “el cemento cohesivo de la sociedad humana, sin el cual todas las construcciones de la convivencia caen trituradas en el caos”<sup>2</sup> y sobre todo cuando parece derrumbarse; fe en el derecho, como fuente insustituible e immanente de la paz, la seguridad y la libertad del hombre; y, finalmente, fe en el proceso como instrumento típico de la libertad garantizada por la legalidad.

El proceso ha sido, precisamente, el espejo donde se trabajaron las deformaciones políticas que conducían a una restricción de los valores fundamentales. Y el mundo pudo contemplar en Rusia, por la Revolución que conmovió al viejo sistema, la aparición del juez político creador del derecho en cada caso singular; y en Alemania, donde la ciencia del proceso tiene su origen científico, la crisis del proceso, bajo el nazismo, en la legislación y en la doctrina; la desaparición del deber de motivar las sentencias, la jurisprudencia de los intereses y la doctrina del derecho libre basada en los sofismas de

<sup>1</sup> Cfr. S. SATTÀ, Prefacio a su *Diritto Process. Civile*.

<sup>2</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*, y CHIOVENDA, *Recuerdo de Justicia*.

Ehrlich, no eran sino reflejo del cesar de la libertad y el derecho, que ocurría mientras James Goldschmidt, el Decano de Berlín, se consumía en el exilio.

Es bueno recordar estas cosas cuando emprendemos la tarea de resumir la evolución de la ciencia procesal para fijar luego la perspectiva de su futuro. Y decir, con sincera convicción, que más allá del método, de los conceptos jurídicos y aun de los fines, creemos descubrir que el esfuerzo de los maestros, aun con sus errores, fue dirigido siempre a reafirmar las bases de lo jurídico como estructura fundamental del orden social.

### *Los orígenes*

Cuando la venganza y la composición privada son reemplazadas por una suerte de tutela pública en que aparece la figura de un intermediario o árbitro, nos encontramos con el primer atisbo de un orden jurídico que encuentra en el proceso la garantía de su realización. Pero pasaremos por alto la larga evolución que así se inicia para buscar los primeros elementos de la ciencia del proceso.

Estos se encuentran en los procedimientos germánicos y romano. El primero, caracterizado por fórmulas solemnes en las que se creía descubrir el influjo immanente de la divinidad, dependiendo su resultado más que del convencimiento del juez, del desenvolvimiento de un estrecho formalismo, al que no eran ajenos los azarosos métodos de la cordalla y el duelo judicial.

El proceso romano, en cambio, concedió al juez un papel más intenso: a él correspondía, como árbitro de la contienda, la dirección de la causa, y la prueba tendía a formar su convicción sobre la cual emitiría su sentencia<sup>2</sup>. Los sistemas de las *legis actiones*, el formulario y la *cognitio extraordinaria*, en lo civil, y la *cognitio*, la *accusatio* y la *cognitio extraordinaria*, en lo penal, más o menos correspondientes a las sucesivas épocas de la monarquía, la República y el Imperio, van señalando, en su evolución, una mayor preeminencia de la función pública del magistrado. Se advierte desde entonces la tendencia que después ha sido condensada en la fórmula "publicación del proceso".

La moderna ciencia procesal no ha renegado de ese origen y precisamente la obra de Chiovenda, aun no removiéndola de su cénspide, hubo

<sup>2</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civile*.

de partir del profundo estudio de esos elementos históricos. Bástenos recordar, como de pasó, su "Romanticismo e Germanismo en el proceso civil" y "La Idea Romana en el proceso civil moderno", y su categórica afirmación: "El proceso romano es el alma y la vida del proceso civil moderno".

La fusión de los elementos romanos y germánicos, que caracterizaron por su vigencia, alternada o conjunta, buena parte de la Edad Media, y la influencia del Derecho canónico, dio lugar a la formación del llamado proceso común y a la obra de los glosadores, comentaristas y prácticos que reunieron elementos tan heterogéneos y variados, adecuando los textos romanos a las necesidades de la práctica, consagrando de ese modo las costumbres jurídicas que se habían venido estableciendo. El proceso común tuvo influencia decisiva, especialmente en Francia y Alemania. Pero mientras en Alemania se adoptaba en su integridad con los caracteres del derecho romano común, en Francia coexistieron dos tendencias: una de proximidades germánicas, románica la otra, que se fundieron en un ordenamiento único de base romano-canónica<sup>4</sup>.

Con estos elementos y sobre el campo ocupado por los prácticos, glosadores y comentaristas, que tomaban a la ley por objeto único y frío de conocimiento, vinieron a influir de manera decisiva los políticos y filósofos del siglo XVIII, lo que culmina con el Código Napoleón de 1806, para el proceso civil, y el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, en lo penal, vastamente extendidos en Europa tras el empuje de las bayonetas napoleónicas y el prestigio de la nueva cultura.

Es claro que la difusión de esos códigos llevó consigo la expansión de la doctrina francesa y sus métodos. El derecho procesal fue, pues, mera procedimiento. No existía como ciencia, y los comentaristas eran netamente prácticos, con explicaciones más o menos prolifas del mecanismo procesal, concebido como un mero conjunto de fórmulas encerradas en la absoluta accesoriadad de cada rama con el derecho sustantivo al cual servía. La obra de Faustín Hélie, en Francia, y la de Scialoja, Mancini y Pisaneselli, en Italia, son expresivas del carácter de aquellos estudios.

<sup>4</sup> Cf. UGO BOCCO, *El Proceso Civil*.

El gran avance habría de producirse en Alemania. Con Windshied (La acción del derecho romano desde el punto de vista moderno, 1856) y la polémica que suscita la réplica de Muther, se echó las bases de la autonomía del derecho procesal al desentradarse, aunque todavía en atisbo, los conceptos de acción y pretensión. Wash (La acción de declaración) y Degenkolb completaron esas ideas.

Otro momento liminar lo marca von Bulow (La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales, 1868), cuando revela en el proceso la existencia de una relación jurídica procesal independiente de la relación material que se somete a la decisión del juez.

Estos son los dos grandes acontecimientos en los que habría de basarse más tarde Chiavenda para fundar, en Italia, la ciencia del derecho procesal. Conviene que los remarquemos. Hasta el momento en que Windshied y Muther sostienen su famosa polémica, la acción era considerada como un aspecto del derecho sustancial, con el que formaban "dos caras de una misma moneda", y aun se acudía al grafismo expresivo que la definía como "el derecho puesto en movimiento" o "el derecho tocado con su casco y preparado para la guerra". Esa identidad, que determinaba la inevitable accesibilidad del derecho procesal con el sustantivo, que le transmitía también su naturaleza privada, se destruyó a partir de la Polémica, cuando Windshied y Muther revelaron, desde distintos ángulos, la existencia de la acción como un derecho autónomo e independiente del derecho sustancial, cuyo carácter publicístico surgía de la dirección hacia el juez señalada por Muther. Este movimiento en torno a la autonomía de la acción fue decisivo para configurar la autonomía del derecho procesal. Del mismo modo, cuando von Bulow sostuvo que el proceso constituía una relación jurídica entre los sujetos que en él actuaban, distinta de la relación sustancial cuya decisión se procura, marcó el otro momento fundamental para proyectar la autonomía científica del derecho procesal; independientemente de que esa teoría —muy difundida en su hora— sea hoy aceptable (y bastenos, para discrepar, decir que además de relación el proceso es actividad).

La teoría de la relación jurídica de von Bulow fue transplantada al proceso penal por Jahn en 1884 y desenvolvió más ampliamente por von Krieg al año siguiente. Porque conviene señalar aquí que el derecho procesal penal surgió como resonancia del derecho procesal

civil. El primer impulso correspondió a éste, mientras los procesalistas penales, siguiendo sus pasos, iban aceptando las nuevas doctrinas; que bien pudo Carnelutti, parafraseando el cuento infantil, llamar al proceso penal "La Conciencia". En cuanto a la autonomía de la acción, los teóricos del proceso penal fueron también tras la huella de los procesalistas civiles, pero a un cierto punto penetraron más hondo en la raíz del problema, y aceptaron, más uniformemente, la concepción abstractista.

### *La Escuela Italiana*

A partir del impulso de esa nueva perspectiva, la escuela alemana estaba formada. Francia, España, Italia, persistían en el opaco panorama procedimental, donde el objetivo de estudio era la sola exégesis de los textos legales. Por eso Carnelutti designa a este período de la ciencia procesal italiana como *exegético*.

Una segunda etapa, llamada por Carnelutti "de las teorías pre-fundadas", muestra ya una incipiente búsqueda de principios. La obra de Mattiarello y sobre todo el Comentario de Mortara (1905) quien, justo es reconocerlo, había sido el primero en reclamar el derecho procesal para el derecho público, marcan el límite en que comienza el cientifismo.

Pero la doctrina —como advertía Chiovenda— "descansaba en el amplio colchón que había preparado para sus sueños el Tratado de Luigi Mattiarello... Ninguna original investigación histórica; ningún intento de revisión y de construcción de los conceptos fundamentales; ninguna noticia de la literatura germana que, sin embargo, en otros campos había contribuido ya al progreso de nuestros estudios..."<sup>8</sup>.

### *El sistema de Chiovenda*

Fue entonces cuando Giuseppe Chiovenda, "después de haber tomado contacto, en el derecho romano y en el derecho común, con el filón más genuino de la tradición nacional", impulsado por el magnífico espíritu de Vittorio Scialoja que impregnó de fervente romanismo a todas las ramas del derecho, sometió a una prolija revisión a la ciencia procesal alemana.

<sup>8</sup> CHIOVENDA, *Segg.* vol. I.

En 1901 pronuncia la Proclusión sobre "Romanesimo e Germanesimo nel processo civile"; y en 1903, en Bologna, la más famosa: "L'azione nel sistema dei diritti". Nunca un solo discurso produjo tanto revuelo en el campo científico. A tal punto, que de ella ha podido decirse que constituye el acta de nacimiento del moderno derecho procesal. Milenios de evolución quedaron separados para lo futuro, cuando Chiovenda reclamó: "Y dígame de una vez derecho procesal".

En 1906 publica sus "Principii di diritto processuale civile" que son "el magno aunque inconcluso desenvolvimiento de su concepción sistemática. Este libro rompe con el pasado en su aspecto fundamental —como ha denotado Couture— en que no describe el proceso siguiéndolo en sus etapas, sino que lo fundamenta a través de una orientación lógica, superior a un mero sentido descriptivo".

Este gran cambio que se inició bajo los auspicios de Chiovenda se extendió a toda Italia; sus Principii, justamente famosos, lo fueron de Derecho Procesal Civil, y sobre la misma huella siguieron los demás. Ya no se hablará de derecho judicial, ni de procedimientos; es el derecho procesal que tiene legitimada su existencia científica.

Completada por sus "Saggi", y luego por sus "Istituzioni" aparecidas en 1933, la obra de Chiovenda reclama el derecho procesal para el derecho público, partiendo de la noción de acción entendida en sentido concreto como derecho potestativo tendiente a la actuación de la ley (lo que le conduce también a su idea de jurisdicción), y en el concepto de relación procesal que, trayendo a primer plano la figura del juez, reafirma la preeminencia, también en el proceso civil, del interés público y de la autoridad del Estado".

Carocutti, en su división episódica de los estudios procesales en Italia asigna íntegramente la tercera etapa a los estudios de Chiovenda, denominándola de la Teoría General Del Proceso De Conocimiento, y reserva una cuarta etapa donde se pueda incluir él mismo, con independencia del sumo maestro. Cristofolini, por su parte, denominó como "sistemática" o "histórico-dogmática" a la nueva Escuela que nació con Chiovenda, para indicar que "en él la dogmática no es nunca fin en sí misma, sino que es siempre considerada como un medio para interpretar la realidad histórica del propio tiempo".

\* E. COUTURE, en el Prólogo a la versión española de los Procedimientos Civiles, de Calamandrei.

† Cf. CALAMANDREI, Chiovenda..., etc.

La escuela chiovendiana ha considerado siempre la experiencia y la observación como fundamento indispensable de toda construcción teórica, y la teoría como instrumento para mejorar la práctica. Más que a la crítica de las ideas generales se dedicó a la reconstrucción histórica dogmática, y a la colocación, dentro de su sistema, de los institutos singulares del derecho procesal positivo (Calamandrei).

¿Por qué se ha considerado a Chiovenda como fundador de la Escuela, y no a Mortara, por ejemplo, que introdujo en sus obras elementos liminares para la concepción moderna del proceso? Allorio considera que lo fue porque inició investigaciones del proceso en relación con el derecho sustantivo, que por primera vez se estudia desde afuera y no solo en sus aspectos internos. Sin embargo, la propia formación espiritual y cultural de Chiovenda, que perteneció a la Escuela de Scialoja, sufre la influencia de sus orígenes románticos y privatísticos, lo que no le permitió distinguir plenamente el fenómeno de las relaciones del derecho procesal civil con el derecho sustantivo (Rocco), seguramente por ausencia de una teoría general.

En la teoría de la acción, concebida como derecho potestativo, la consideró dirigida contra el adversario, lo que venía a empalidecer su naturaleza pública, y de carácter concreto, correspondiente al actor que tiene razón, con lo que en el hecho se negaba su autonomía. Esta limitación, y el no haber logrado encuadrar el proceso en la teoría general del derecho, constituyen sus defectos.

Su verdadero mérito está, sobre todo, en el método, histórico dogmático, que renovó y aun revolucionó la ciencia procesal, y en haber afirmado — pese a los puntos discutibles que ahora, a más de 50 años, vemos con más claridad — la idea de separación entre el derecho procesal y el derecho privado a través de la defensa de la autonomía de la acción, elevando con ello el estudio del proceso, limitado por los comentaristas franceses a una mera práctica de formas, a la dignidad de una ciencia<sup>2</sup>.

Con Chiovenda había nacido un sistema, donde la realidad era reducida a principios (Satta), como ponderación meditada de toda la materia bajo algunos supremos principios, capaces de abrazar en una unidad orgánica a todos los institutos del derecho positivo y de dar a cada uno de ellos la colocación más adecuada en consonancia con su función. Este reordenamiento de todo el derecho procesal en

<sup>2</sup> Cf. CALAMANDREI, *Chiovenda...*, cit., pág. 32.

torno a dos grandes principios —el concepto de acción y el de relación procesal— fue realizado por él (Calamandrei).

### *La Escuela*

La Escuela adquiere plena fisonomía en la que Carnelutti llama cuarta etapa, que es la de la Teoría general del proceso. Aquí se incluye él mismo, junto a Calamandrei y Redenti. Posteriormente se suman Satta, Segni, Liebman, Jaeger, Costa, Andrioli, Allorio, Furus, Carnacini, Cappelletti, Micheli y muchos más. Y esta Escuela llega a tan alto vuelo, que estando en Viena en 1929 Carnelutti y Calamandrei para una Conferencia en la Asociación de Estudios del Proceso Civil de Alemania, el Presidente de la Asociación Mendelson Bartholdy, declaró en su discurso: "Ay de mí, señores! Nosotros los alemanes, hemos cedido el cetro del derecho procesal a los italianos".

El desarrollo de la nueva Escuela, conviene remarcarlo, fue favorecido singularmente por la fundación, en 1924, de la "Rivista di diritto processuale civile", dirigida por Chiavenda y Carnelutti, de la cual fue Redactor Jefe Piero Calamandrei, luego su codirector.

Hemos hablado de los continuadores de Chiavenda. Cuando la muerte lo sorprende, luego de una penosa enfermedad, en 1937, ya la Escuela había adquirido el singular relieve que seguiría acentuándose en años posteriores. Fue la obra, principalmente, de Calamandrei, el más fiel seguidor de Chiavenda; de Redenti, convertido al nuevo sistema, según él mismo lo confesara, por influjo de Calamandrei y Asariti; de Carnelutti, a pesar de su independencia; de Satta, con su espíritu de contradicción. Y junto con ellos, toda la nueva generación de juristas formada en el método científico y metódica de los instrumentos lógicos y sistemáticos predicados por Chiavenda.

Calamandrei y Redenti son tenidos por los continuadores más próximos del sistema chiavendiano; y sin embargo, aunque no fueron fundadores de escuelas nuevas, existen profundas diferencias de método y contenido, que señalan su originalidad.

### *Calamandrei*

Calamandrei, autor de insuperables monografías sobre vastas zonas del proceso, fue "antes que procesalista, un hombre. Tenía la vocación del científico junto con la formación del humanista y la amabilidad del ciudadano. Ha sido, sin duda, uno de los espíritus

más singulares de este tiempo", ha dicho de él Couture. Su obra más famosa, "La Cassazione Civile" (1920) fruto de juventud y de apasionado impulso de investigación, constituye aun hoy la fuente a donde deben acudir, en peregrinación, cuantos quieran ahondar ese tema. Escultista finísimo, su obra transitó de las más puras páginas literarias ("Inventario de la casa di campagna", o "Elogio de los jueces escrito por un abogado"), a la más profunda elaboración científica, reflejada en sus "Studi sul processo civile" (1930) donde, pese a la concentración de trabajos dispersos resulta el método y la unidad de dirección y una aguda capacidad de conectar los problemas del proceso con las más vivas contingencias de la política, en siempre renovada profesión de fe libertaria. Y en esta tarea, lo vemos como uno de los principales autores de la Constitución republicana de Italia.

#### *Redenti*

Enrico Redenti, cuya obra se caracteriza por un amplio y particularizado análisis de las instituciones procesales que demuestran y sistematiza para ser "prácticamente útil" a quien deba emplear el derecho, fue el más notable discípulo de la nueva Escuela. No se detuvo, empero, en la mera descripción de los institutos —que implicaría esto retrotraerlo a los superados esfuerzos de un Mattioli— sino que en su particular concepción de la jurisdicción (que vincula a la idea de sanción), y en los trabajos sobre litis consorcio, expropiación y costas, por ejemplo, exhibe una irreductible tendencia a una fisonomía absolutamente personal, con una visión nueva de cada problema, bajo un anhelo crítico persistente. De las jornadas del Congreso Internacional de Venecia, en 1962, recuerdo su figura patriarcal y sencilla, abierta a todos los afectos, y dos lágrimas suyas que rodaron en el momento de la despedida como si presintiera su próxima muerte, ocurrida el 1° de enero de 1963. Su obra principal, fueron los "Profili pratici di diritto processuale civile", de 1939.

#### *Carnelutti*

Francesco Carnelutti, a quien Rocco pudo calificar como un auténtico "dinamitero del derecho", vino al derecho procesal luego de transitar por casi todos los campos de la ciencia jurídica, del derecho civil a los accidentes del trabajo, del derecho comercial al corporativo, de la teoría de la circulación a la teoría del delito (Ca-

lamandrej) dejando siempre su impronta inconfundible. El llamado casualidad a aquel impulso que para optar a la Cátedra de Padua lo llevó a indagar sobre "La Prova Civile", en 1915, y a ponerse allí en contacto con la íntegra realidad del proceso. Fueron después sus "Lezioni..." (1929), refundidas más tarde en el "Sistema..." (1936), y luego en las "Istituzioni..." (1941), al tiempo que escribía sus "Lezioni sul processo penale". Sobre esa obra integral edifica la gran pirámide, y pasando por la teoría general del proceso civil llega a la teoría general del proceso, para culminar con la teoría general del derecho (1940) que constituye su vértice.

Su originalidad reside en que asigna importancia menor a los conceptos de acción y relación que constituyeran la piedra basal de Chiovenda, imprimiendo a su obra, al decir de Cristofolini, una dirección realística o naturalística, en cuanto quería dar importancia predominante a la finalidad práctica de los institutos y poner en evidencia, como en la disección de un dogano, la estructura estática del derecho junto a la función dinámica que vive en la experiencia. Siempre sobre este esquema estructura-función, poco propenso a aceptar supremacías o reconocer preeminencias, plantea su gran discrepancia y crea su propio y personal sistema, rico en neologismos y nuevas imágenes, como queriendo agitar las ideas para suscitar problemas, para descubrir insospechadas comunicaciones entre diversos sectores del derecho, y para demostrar, en vasta síntesis, la fundamental unidad de la ciencia jurídica\*. Pero aunque su pensamiento procurara nuevos caminos, los instrumentos lógicos y sistemáticos de que se sirve para refutar a Chiovenda, son, sin embargo, los mismos que Chiovenda enseñó a todos<sup>16</sup>.

"Su 'Sistema' —ha dicho Costare— es un libro extraído de la inteligencia; una increíble maquinaria de conceptos, poco conocidos y muchos inventados por el autor, ha sido montada. El magno interrogante de este libro consiste en que es tal su potencia imaginativa, que bien puede acontecer que la primeriza maquinaria sólo funcione cuando la maneje el autor. Cuando aparecieron sus "Istituzioni"<sup>17</sup> —agrega— apoyadas de nuevo sobre la realidad y destinadas a explicar descriptivamente, como en los buenos viejos tiempos, el código de 1940, los lectores que carecían de una preparación anterior por no haberlo seguido a lo largo de su trayectoria, tuvieron la sensación de

\* V. CALAMANDREI, *Los Estudios...*, cit., pág. 21.

<sup>16</sup> V. CALAMANDREI, *Chiovenda. Escritos de jurista...*, cit., pág. 63.

que el aeróbico abandonaba el reino de las nubes y volvía a posar sus plantas sobre la humilde tierra".

Ha dicho de él Merceder, en no lejana conferencia: "Carnelutti fue el protagonista más discorde que la ciencia jurídica de Italia haya tenido en lo que va de este siglo. Porque discorde significa también y equivale a disconforme, y él fue el más rebelde de todos, ya que su currículum lo exhibe en una larga, continua y tenaz insurgencia contra todas las premisas venerablemente consagradas. Por eso no perteneció a ninguna Escuela y tampoco llegó a formar una nueva".

Fue siempre un agitador de ideas. Por eso tal vez su verdadero valor resida, como lo ha dicho Satta, en aquellas partes que pueden decirse felizmente anticientíficas y que por eso han sido naturalmente criticadas. A él se debe especialmente el haber llamado la atención sobre el proceso de ejecución para el que siempre reclamó, con insistencia, la debida importancia, y el acentuamiento de las diferencias entre el derecho procesal y el derecho sustancial, y también un gran avance en la publicación del proceso, con su teoría de la acción concebida como derecho cívico, como una función pública de ejercicio privado, y la gran importancia que reclama para la jurisdicción, "llave de vuelta de todo el sistema". Su gran autoridad científica, impregnada en los últimos tiempos de un persistente misticismo evangélico, fue indiscutible. Desde sus recensiones en la *Rivista* podía y quitaba prestigio, y a veces dos líneas sejas bastaban para proyectar una obra nueva o sepultar esfuerzos de mucho tiempo. Murió como vivió, en plenitud, predicando el derecho como el instrumento de la paz y el amor entre los hombres. Esa fue su aspiración de todos los tiempos, cómo lo explica en su Carta final a los amigos.

Satta.

No podemos omitir a Salvatore Satta, finísimo espíritu que sabe encontrar —casi diría— la poesía del proceso, y que fuera mi maestro en Roma. Abierto a todas las inquietudes renovadoras, tiene la agudeza y humildad de un Calamandrei, y el instinto revolucionario de un Carnelutti. Su "Teoría e pratica del processo", su "Diritto processuale civile", obra pequeña y luminosa, constantemente renovada a través de sucesivas ediciones, y su "Commento", aun en publicación, amén de inencontables ensayos y monografías fundamentales como las que ha escrito sobre la acción y la casación, lo colocan en un plano preeminente, y —como ocurre a todo pensador de proyecciones avan-

sedas— discutido. De él se ha dicho que es "el hijo pródigo de la Escuela, que no ha emprendido aun los caminos del regreso" (Couture).

#### *Otras labores.*

El tiempo sería insuficiente para referirnos ahora en particular a Liebman, Cristofolini, Segni, Zanaruchi, Ugo Bocca, Allorio, Andrioli, Michelli, Cappelletti, Fursi, Carnasini y tantos otros, que constituyen la realidad magnífica de la Escuela italiana de derecho procesal que nació bajo el estro luminoso de Chiovenda. "El suministró el método, la orientación, el criterio de equilibrio entre la investigación histórica y la construcción dogmática, la coherencia entre la teoría y la práctica" (Calamandrei), y ante todo, la *honestidad científica*, probablemente el más alto mérito de Chiovenda y el mejor ejemplo que ha legado a las jóvenes generaciones.

#### *Su influencia.*

Es importante destacar la decisiva influencia que la Escuela tuvo en la vida práctica del derecho. Los cultores del proceso en Italia pudieron ver, como satisfacción suprema, que sus especulaciones descendieron del limbo de la teoría para infiltrarse en la realidad de la vida. Cuando el Guardasellos Solmi, en 1937, preparó un proyecto de reforma del proceso civil inspirado en el autoritarismo reinante, con amplísimos poderes discrecionales concedidos al juez, la rigurosa disciplina impuesta a los abogados y el predominio del principio de oficialidad en detrimento del dispositivo, aproximándose a la idea de inquisición que comenzaba a afirmarse en Alemania, las Facultades de Jurisprudencia no le ahorraron críticas. Y fue por eso, por el impulso de la doctrina, que el nuevo Guardasellos Grandi inició el camino del retorno a las directivas de la ciencia chiovendiana. Ocurrió así que entre los códigos fascistas figuró este nuevo código, que pudo ser calificado de oposición porque en sustancia era una enérgica reacción contra aquel deslucimiento de la justicia hacia la jurisdicción voluntaria y hacia la ilegalidad policial y paternalista que se llevaba a cabo en Alemania (Calamandrei). Sus redactores, Carnelutti, Calamandrei y Redenti, plasmaron en el Proyecto las elaboraciones de la doctrina procesal: la jurisdicción civil como centro del sistema superando la teoría privatística, complementando lo individual con lo

social y ubicando al proceso civil en el puesto de las garantías constitucionales. Y pudo decir el Ministro Grandi que el nuevo código tenía, "en la literatura jurídica de estos últimos tiempos, su anticipado comentario".

#### *El derecho procesal penal.*

En el *proceso penal*, aunque marcándose siempre en una rigurosa separación de lo civil, aparecieron el *Trattato* de Manzini y los *Elementi* y más tarde los *principii* de Eugenio Florián, enfrentados en alguna medida por la tendencia liberal de éste y el tenaz estatismo del primero. Tuvo también gran importancia el *Comento*, aparecido de 1913 en adelante del que participaron Mortara, Stoppatto, Vacca, Settú, De Notaristefani y Longhi. Y es preciso citar a Civoli, Lanna, Aloisi, Pergola, Fazzolini, Sabatini, Messina, Altavilla, el propio Carnelutti, Gabrielli, Tolomei, De Marsico. Y más modernamente, a Conso, Foschini, Ranieri, Bellavista y Giovanni Leone, autor de la última obra integral sobre la materia: su *Trattato*, recientemente aparecido en castellano, obra de la cual hicéramos en su tiempo una amplia reseña.

Manzini y Florián, los más altos expositores del derecho procesal penal, se sirvieron de la nueva imponente autonomía y concibieron a la acción como un poder abstracto, y al *proceso* como una relación jurídica, desarrollando sus ideas sobre el *método sistemático*. La reforma en 1980 del código liberal de 1913, llevada a cabo casi principalmente por Manzini, marca en cierto modo un retroceso. Bajo el código de 1913 el principio de inviolabilidad de la defensa, reflejado en el régimen de las nulidades, tenía amplia y positiva vigencia; con la reforma, se relativizan todas las nulidades, y se da al juez una preeminencia excesiva. El juez es, para Manzini, la mejor garantía con que cuenta el imputado. Y esta exaltación del defensor por el juez, trasuntaba nomás un cierto espíritu autoritarista. Fue así que en 1955 se introdujeron importantes reformas que a la vez que agilizaron el proceso penal, le devolvieron los caracteres de instrumento de garantía que habían quedado desdibujados. Es precisamente Giovanni Leone, profesor en Roma, quien ha reunido en su *novísimo Trattato* el estado actual y las nuevas ideas de la ciencia italiana del proceso penal.

¿Qué ocurría mientras tanto en Alemania? La cura del derecho procesal autónomo y científico había cedido su cetro a Italia. La dirección iniciada por Windscheid, Muther, Bulow, Wach, Köhler, Stein, John y Kricz, se sucede en auteros de la talla de Goldschmidt, Klach, Rosenberg, Schönke, Bölling. Pero la influencia negativa del nacional-socialismo detuvo el esfuerzo científico para ponerlo a su servicio. La política autoritaria quiso poner también el proceso a merced de la voluntad del Führer y transformar a la justicia en una magistratura de partido. Fue abolida la independencia de los jueces, desapareció el deber de motivar las sentencias, se restringieron los recursos y se abrió paso a la revisión de la cosa juzgada, de oficio y por razones de interés público, o sea políticos; se abolieron las formas procesales que quedaron libradas al arbitrio del juez, y se tendió a hacer desaparecer toda diferencia entre justicia y administración. Pero para mayor tristeza, la desorientación causada por la enfermedad del proceso en la legislación contagió su fiebre a la doctrina, y sobre la base de la jurisprudencia de los intereses se desarrolló la teoría del derecho libre que convertía al juez en creador del derecho (el *frei Rechtsfindung*) respondiendo, desde luego, a las ideas políticas imperantes. James Goldschmidt, mientras tanto, era consuetudino al exilio.

#### Goldschmidt.

Goldschmidt había sido quien, advirtiendo que el proceso es esencialmente actividad, opuso a la teoría de la relación jurídica la concepción del proceso como una situación, o sucesión de situaciones, con lo que marcó en el camino de los estudios del proceso "una piedra miliar" (Calamandrei). Su teoría de la situación jurídica, sería, en otros términos, el principio de autorresponsabilidad de las partes: los litigantes, más que derechos, tienen una serie de expectativas y posibilidades, de las que deben valerse para defender su interés, creando una situación de ventaja para sí y de desventaja para el adversario que, si no quiere permanecer inerte bajo la desventaja de esa carga, debe reaccionar valiéndose de las posibilidades que el proceso le ofrece. Dejamos para otro momento la crítica que esta teoría puede suscitar; mas no sin señalar que significó el último paso trascendente de la ciencia procesal alemana, hasta el posterior restablecimiento de la

libertad. Es la última expresión de un sistema que fue después continuado, especialmente por Eberhard Schmidt ("Los fundamentos teóricos y prácticos del derecho procesal penal") quien, sobre aquella impronta y la dolorosa experiencia pasada, la explica fundamentalmente como un instrumento de la libertad.

#### FRANCIA.

El derecho procesal había quedado demorado en Francia, en aquel procedimentalismo que se difundió en un tiempo por toda Europa y que no obtuvo los beneficios del reflejo renovador. Sus autores persisten en los comentarios pragmáticos, sin separar la acción del derecho y aplicando, por el contrario, los principios del derecho civil. Así se advierte en las obras de Bouter (1834), Boitard (1834), Colmet-Daage, Glacou et Tisier (1906), Garsonnet y César Bru (1887), y aun Le Japiot en 1916. Es con René Morel (Tratado Elemental, 1903) que se inicia el examen de la acción como institución autónoma, siguiéndole Le Japiot (1935). Pero no se alcanza, de ninguna manera, un desarrollo siquiera aproximado al logrado en Italia.

En la doctrina procesal penal tuvo gran influencia la figura de Foussin Hélie, autor del "Traité de instruction criminelle" (1906) que constituye la obra cumbre del procedimentalismo en esta materia, sólo superada en Alemania e Italia cuando se orientaron en la etapa científica. La obra de Garraud pertenece a este siglo, y se destaca por la enorme ilustración de su autor y la profundidad de la indagación histórica, pero no por su carácter científico. Sólo últimamente, con la reforma introducida por la ordenanza del 23 de diciembre de 1938, aparece un comentario brevísimo, pero científicamente elaborado, debido a Stefani y Levasseur.

#### ESPAÑA.

La autonomía del derecho procesal en España sobreviene hace relativamente pocas años. Bajo la influencia francesa, los autores seguían la tradición civilista del proceso. Y hablamos de obras de las cuales aun nosotros, por los orígenes históricos de nuestras instituciones, no podemos prescindir: Caravantes, Gómez de la Serna y Montalbán, Méndez y Reus, Hernández de la Rúa, Ortiz de Zúñiga, y las

obras posteriores a la ley de injuiciamiento de 1881 debidas a Reus y Bahamonde, Manresa y Navarro, Fábrega, Miguel y Ramera. Algo similar ocurría en el proceso penal, con las obras generales de Fábrega y Cortés, Lantres, Covián.

La nueva doctrina tuvo amplia difusión por obra de Leonardo Prieto Castro, Jaime Guasp —quien elabora un sistema propio constituyendo al proceso como una institución, elimina la idea de acción reemplazándola por la de pretensión, y señala los fines del proceso—, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Manuel de la Plaza, Santiago Sentís Melendo, Víctor Fairén Guillón, Carlos Viada y López Puigserver, Pedro Aragonés, Miguel Fenech y Jiménez Asenjo.

#### DERECHO ARGENTINO.

Pero aproximémonos, en este giro casi geográfico, a los confines de nuestra propia experiencia para ver, en rápido examen, los orígenes de nuestra ciencia procesal y la recepción del empuje reconvador de la nueva doctrina. Bien lo ha señalado Sentís Melendo: la ciencia procesal argentina evolucionó también del precedimentalismo al procesalismo, al librarse de la influencia francesa y española y recibir la doctrina italiana.

#### Los precursores.

En los orígenes, como precursor, encontramos la figura consular de Manuel Antonio de Castro, autor del "preludio de Prácticas Forenses" publicado en 1834, dos años después de su muerte, con notas y ampliaciones de Víctor Sanfield. De él ha dicho Levene que, "como todos los buenos libros, conserva un eco que los tiempos repiten". Los estudios iniciados por Castro tuvieron ilustres autores: Miguel Esteves Sagui (Tratado Elemental, 1830), Malaver (Curso de procedimientos en materia civil y comercial, 1865), Salvador de la Colina (Derecho y legislación procesal, 1909 y 1915), Casarino (Procedimientos judiciales, 1917), Parody (Derecho procesal argentino, comentarios al código de Santa Fe, 1912). Y en materia procesal penal: Canale, Castilla, Castellanos, Gamas, Sobral, Tejedor y Malagarriga y Sasso.

Pero es con la obra de Tomás Jofré, autor del Manual de procedimiento civil y penal, aparecido en 1919, que se inicia la etapa científica. Sin él, ha dicho Sentís, el derecho procesal argentino no tiene explicación, y por eso Pedetti lo ha llamado con razón el fundador del derecho procesal argentino. No llegó a elaborar una teoría integral del proceso, pero difundió la necesidad de su estudio, auspició su modernización y aplicó elementos científicos en su proyecto de Código. A través de Jofré empiezan a conocerse en nuestro país, y aun en América, las nuevas directrices schiavendianzas, y su código de procedimiento penal para la provincia de Buenos Aires es un alarde de ciencia y técnica, donde supo combinar, pese a las observaciones que después habrían de sugerir los años y la experiencia, la moderna doctrina con las exigencias de la tradición y de la práctica.

Por esos mismos años, el Dr. Máximo Castro dictaba también su cátedra y lo mismo que Jofré, y aun en mayor grado, no alejó a iniciarse en el nuevo culto procesalista, mas no por ignorancia de la nueva teoría, sino porque no consideró llegado el momento de abandonar los antiguos valores de la tradición hispánica en cuyo esquema procedimentalista se había formada.

Ellos dos fueron —Jofré, principalmente— quienes adhiriendo o no a la nueva corriente, repitieron y difundieron la convocatoria. A partir de ellos se entra plenamente en el procesalismo. Después de un lapso no muy breve, durante el cual madura el fermento, aparecerán las cuatro obras que marcan de manera decisiva la nueva etapa científica.

#### *El procesalismo argentino.*

Aparecen, en efecto: el Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial de Hugo Alsina; los Fundamentos de Derecho Procesal Civil de Eduardo Couture, uruguayo pero incorporado por vejeidad y sentimiento a nuestro procesalismo, en una suerte de comunidad rioplatense; la obra sobre Jurisdicción y Competencia de David Lazzari y el Proyecto para la provincia de Buenos Aires que reconoce su inspiración, y las obras de Ramiro Pedetti: sus Comentarios al Código de Mendoza primero, después la Teoría y Técnica del Proceso Civil y luego la Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil. Continuaron su obra interesamente, Alsina, con sus

sucesivas reediciones del Tratado y la dirección de la Revista de Derecho Procesal, impulsada por su Redactor Santiago Sentís Melendo; Costure, con sus "Estudios"; Pedetti, con su "Derecho procesal civil, comercial y laboral", y dividido en "Tratados".

Y se suman a ellos Reimundín, que publica su "Derecho Procesal Civil", y José Sartería, casi identificado con "La Ley 50". Se oye hablar ya de Eduardo B. Carlos (Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica, 1939) quien culminará su esfuerzo sistemático con su "Introducción al Estudio del Derecho Procesal", 1958, donde procura la formulación unitaria del íntegro derecho procesal. Y surgen los nombres de Carlos J. Colombo (La negligencia en la producción de las pruebas, 1942; La Corte Nacional de Casación, 1943); Ibáñez Frocham (Los recursos en el proceso civil, 1943); Amílcar Mercader (La Acción); Malaver (Acción de justicia y acción declarativa, 1944). Y ocupando un puesto preeminente en la doctrina procesal debemos citar también a Raymundo Fernández, Carlos Agarragaray, Mauricio Ottalenghi, Luis Juárez Echegaray, Clemente Díaz, Miguel A. Besas Lichstein y otros. Es preciso destacar, además, las magníficas obras de Dalecio y Yáñez, Serantes Peña-Clavell Borrás, Palacio y Morello, los trabajos de Juan Carlos Acuña sobre perención de instancia, la amplia producción monográfica de Leonardo J. Arenal, N. Enrique Amaya, Fernando H. Payá, Isidoro Eisner y muchos más, y nuevamente Colombo con una obra que representa un magnífico esfuerzo<sup>12</sup>.

Y en torno a ese movimiento, incansable y generoso, el más alto

<sup>12</sup> Con posterioridad, han aparecido: el *Manual de Derecho Procesal de ARENAL y PENOCHEFFTO*; el *Derecho Procesal Civil* y luego el *Tratado de Derecho Procesal Civil* de LINO E. PALACIO; el *Sistema de Derecho Procesal Civil* de CLEMENTE DÍAZ; los *Estudios de Derecho Procesal* de SANTIAGO SENTÍS MELENDO; una nueva edición —adaptada al reciente Código Procesal— de la obra de COLOMBO; y obras dedicadas a comentar el nuevo efímeramente procesal de la Capital y Provincia de Buenos Aires, como las de AYARRAGARAY y DE GREGORIO LAVIE, la de REIMUNDÍN, la de JESUS CUADRADO, la de MORELLO, PASTI LANZA, HERINOWSK, y otras. Además también a la publicación reactualizada por VÍCTOR A. GUERRERO LEONSTE de los "tratados" de RAMIRO FODETTI. La nación del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación suscitó una cantidad de monografías, artículos y comentarios, que sería imposible resumir aquí. Pero cabe destacar que la nueva ley procesal, pese a las críticas que pueden haberse en ciertos aspectos y a que no adoptó la unidad, siguió parcialmente, refina y sintetiza las mejores costumbres del movimiento procesal científico a cuya evolución nos referimos en el texto. En materia laboral se sancionó, pese no entró a regir, una nueva "Ley de Organización y Procedimiento" que en su art. 155 declara aplicables al proceso laboral numerosos artículos del Código procesal civil y comercial.

embajador de nuestra ciencia procesal: Santiago Sentia Molando, quien en multitud de ensayos, monografías y estudios, reunidos la mayoría de ellos en "El Proceso Civil" y en "Teoría y Práctica del Proceso", y a través de no demoradas e incesantes traducciones e ediciones, viene orientando el desarrollo de nuestro derecho procesal civil, y asegurando su permanente actualización y modernización y su difusión en el extranjero. Hacia él tenemos los argentinos una deuda de gratitud que no podemos pagar sino con moneda de afecto. Fue el número inspirador de la Revista de Derecho Procesal, cuya reaparición procura en laboriosa fatiga, y el fundador, junto con Merceder, del Centro de Estudios Procesales donde se nuclean, junto a muchos de los ya nombrados, estudiosos como Hugo Almada, Martha P. Bazzi, Carlos A. Fenechietto, Víctor A. Guerrero, Julio C. Ledesma, César Stábila, y muchas otras.

#### El derecho procesal penal argentino.

También en Jofré encuentra su origen la ciencia procesal penal. Sin embargo, aun después de él aparecen obras inspiradas en el proceduralismo, tales las de Frías, Máximo Castro, Cobello, Gil Elizalde, Pizarro Migutna. Si bien fue conocida, especialmente por Jofré y Castro, la doctrina italiana, la española y la francesa, carecieron de la gran producción de la sistemática científica de Alemania e Italia, principalmente Manzini, Florián y Belling que han servido de fuente doctrinaria a nuestra moderna legislación procesal.

La gran revolución adviene cuando a partir de 1939 entra a regir en Córdoba el Código de Procedimientos Penales preparado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, despejándose esa provincia del viejo y perimido sistema inquisitivo y escriturista para reemplazarlo por un código moderno, inspirado en los italianos de 1913 y 1930, de base mixta y preeminencia oralista. El debate parlamentario y las notas al código, constituyen exponentes fundamentales de la nueva doctrina, jerarquía que tienen también las que Vélez Mariconde escribe para el Código de Mendoza, del cual es autor.

La diversidad de sistemas en las distintas provincias demora el desarrollo de la ciencia. Aparecen las obras de Artemio Moreno (Doctrina y práctica, 1946), Alcázar Zamora y Castillo y Levene (Derecho procesal penal, 1945), Mario A. Oderigo (Derecho procesal penal, 1952), Abraham Bartoloni Ferro (El proceso penal y los actos jurí-

dicos procesales penales, 1944) y Alfredo Vélez Mariconde (Estudios de Derecho Procesal Penal, 1956), que constituyen las mínimas expresiones en la materia. Cabe citar además los códigos comentados, como el de la Capital, por Barberis y el de Buenos Aires, por Lomas Beadón.

Mientras tanto, el avance legislativo ha prosiguído sin pausa. La prédica incansable de Vélez Mariconde rinde sus frutos. La experiencia fecunda de los nuevos códigos, su enseñanza en la cátedra, en conferencias, en publicaciones, y las adhesiones que concita, lo llavan al más alto prestigio y las provincias empiezan a incorporarse al nuevo sistema. Mendoza, Santiago del Estero, Salta, La Rioja, y más tarde San Juan, La Pampa, Jujuy, y otras provincias se enrolan en la moderna corriente representada por el Código de Córdoba. Corrientes se apresta ya a la reforma, y la Capital Federal viene estremechándose de tanto en tanto ante los reiterados anuncios y proyectos concretos de reemplazar al viejo código, de ya perdida gloria, por uno moderno, y las opiniones se dividen entre oralistas y escrituristas. Dificultades materiales han postergado una aspiración generalizada, aunque no unánime, y el debate prosigue. Pero los ecos de la resistencia comienzan ya a extinguirse. Y en Mar del Plata, el IV Congreso aprueba el Proyecto oralista debido a Jorge Clariá Olmedo, Ricardo Levene (h) y Raúl E. Torres Bas.

A partir de 1960 empieza a publicarse la primera obra orgánica integral de derecho procesal penal: es el Tratado de Jorge A. Clariá Olmedo, profesor en Córdoba y en esta Universidad, en el cual tuve el honor de colaborar. El autor presentó a su obra con modestia: "No ha de alcanzar la jerarquía de un Tratado, en sentido estricto", dice en el prólogo; y se debió al editor que, superándose esa advertencia, se le asignara la designación de "Tratado" que sin ninguna duda le corresponde. Ya ha aparecido el Vº tomo, está en prensa el VIº y en preparación el VIIº. Con criterio científico, claramente enraizado en la corriente moderna, procurando la sistematización de principios y conceptos a través de un método riguroso, abarca la íntegra realidad procesal penal argentina, en un amplio panorama que no se reduce a un código en particular, sino que los contempla a todos.

Hay también una importante producción monográfica, de la que recordamos ahora la de Mariano Gómez Liferona, Francisco D'Albera, Raúl E. Torres Bas, Julio B. Maier, Víctor A. Guerrero y Mario Chichisola, entre otros.

Y bien, mis amigos. Llegamos al final de esta descripción resumida de nuestra ciencia, inevitablemente insuficiente, que hemos querido traer al acto inaugural de este nuevo Centro de Estudios de Derecho Procesal, a manera de prólogo para la tarea que ha de emprenderse. Pienso que este nuevo Centro, debido a una iniciativa cabalmente feliz, trabajará fecundamente en la cooperación entre maestros y alumnos, como un verdadero instituto universitario, donde la investigación seria y atenta prepare los elementos necesarios para que no se detenga la ciencia del proceso entre nosotros.

Nace bajo un signo auspicioso. No sólo por las prestigiosas figuras que se han congregado esta tarde, rodeándolo con su afecto, sino especialmente porque las autoridades de la Casa y de la Cátedra, percibiendo agudamente la moderna tendencia de nuestros estudios, lo han destinado al *Derecho Procesal*, sin aditamentos, como queriendo expresar una aspiración de unidad científica que haga más fecundo el esfuerzo.

La ciencia del proceso nació como tal en el ámbito civil, y el proceso penal se desarrolló como reflejo, receptando y adaptando los nuevos conceptos. Por eso Carnelutti llamó al proceso penal "La Cenicienta", y Sauer dijo que el proceso civil era al penal no ya su hermano mayor sino su hermanastro, y Satta, refiriéndose a los manuales, tratados, sistemas y cátedras de derecho procesal penal los calificó —no sin disculparse sentidamente— como calcos, *soffiprodotti* del derecho procesal civil, "ciencia no espontánea y por lo tanto inútil".

Figuras y excesos aparte, lo cierto es que los procesalistas civiles no tuvieron en cuenta al proceso penal, que si lo hubieran hecho, no habrían enunciado doctrinas que no tienen posibilidad de aplicársele y se hubieran ahorrado muchos errores que después tuvieron que ser rectificados. Los procesalistas penales, a su vez, y no obstante haber extraído del proceso civil la base para su sistemática, rechazaban enfáticamente toda idea de unidad y tomando lo que precisaban, prosiguieron luego su marcha sin contemplar la realidad paralela del otro proceso. Así Florián, y con mayor énfasis Manzini quien sólo admitió "relaciones de intercambio".

En ese clima, debieron parecer extrañas las postulaciones de Rende

L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale, 1921) y *Diakna* (L'unità del processo e delle dottrine processuali, 1914). Pero como la decantación purificador de tiempo obra con eficacia sobre todo en el campo de la ciencia jurídica, la dirección de los estudios hacia la formación de una teoría general del proceso, dentro de la teoría general del derecho, fue acortando distancias. A esto se sumó el fenómeno de la llamada "penalización del proceso civil" que eliminó viejos formalismos en aras de su eficacia y función social (Fairén Guillén) dando más preeminencia a la figura del juez. A su vez, en el proceso penal, se advirtió paralelamente una progresiva intensificación del acusatorio.

Sauer, Goldschmidt, Grigógní, Calamandrei, desde luego Carnelutti, y Dante Angelotti en 1951, defendieron la unidad, y procuraron delinear una teoría general comprensiva de los dos procesos. Entre nosotros, Alcalá Zamora y Eduardo B. Carlos sostienen con énfasis la unidad, cuya posibilidad admite también Clariá Olmedo.

"Existiendo, sin duda, hondas diferencias entre el proceso civil y el penal —dice Alcalá Zamora— no bastan a destruir la unidad esencial de todo el derecho procesal porque... el derecho procesal penal como el civil, es ante todo y sobre todo, derecho procesal". Y dirá después Carlos: "Una primera respuesta afirmativa la concreta este trabajo por el que se procura la exposición de los conceptos y principios generales del derecho procesal, sin referencia a ningún ordenamiento positivo determinado. En nuestro sentir —agrega— se da una ciencia que postula conceptos generales aplicables por igual a todas las disciplinas procesales"<sup>22</sup>.

Esta dirección había tenido ya experiencia entre nosotros en la *Revista de Derecho Procesal*, de la cual pudo decir Carnelutti al esbozar una teoría general del proceso: "El primero de los motivos que me impresionó cuando llegó a mis manos esta magnífica Revista, fue su título, donde no se encuentra ningún límite al estudio del derecho procesal. Aunque el modelo italiano fuera, el tiempo de su fundación, nuestra "*Rivista di diritto processuale civile*", mis amigos americanos tuvieron el atrevimiento de dedicar su esfuerzo científico no al proceso civil tan sólo sino también al penal y, más ampliamente,

<sup>22</sup> ALCALÁ ZAMORA y CASTELLÓ Y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, t. 41.

<sup>23</sup> EDUARDO B. CARLOS, *Introducción*, *ib.*, págs. 22/23.

al proceso de cualquier especie. Hay en este propósito —conclusa— un signo del ímpetu juvenil de la cecrosis procesal de la América latina, y a la vez un auspicio de sus destinos<sup>14</sup>.

Las ideas unificadoristas han encontrado en el Código Procesal de Suecia de 1942, en vigor desde 1948, único para lo civil y lo penal, con su unificación de normas sobre tribunales, representación y defensas, actos procesales, pruebas y recursos, y en el Códex iuris canonici ecclésiastico de 1917, de vigencia ecuménica, con su procedimiento común para lo civil y lo penal, una valiosa experiencia que demuestra la posibilidad de aproximación y aun de unificación legislativa.

La última prédica unificadorista ha sido formulada por Víctor Fairén Guillén, desde la Revista Procesal Española, en un esbozo de futuras elaboraciones publicado bajo el título de "Ideas sobre una teoría general del derecho procesal, donde reclama se terminen las "agresiones a la economía legislativa", afirmando que el separatismo está a punto de extinguirse.

La tendencia unitaria se ha manifestado en las teorías que han procurado superar la teoría de la relación jurídica, y que son aplicables a ambos procesos, como de la de la situación jurídica de Goldschmidt, la de la institución de Guasp, y aun la de Carnelutti que concibe el proceso según su fin de composición de la litis, trasladando el concepto de litis al proceso penal. Y también en las desvelas por formular una teoría general que, a nuestro juicio, constituye el principal reclamo de la hora. Es necesario arribar a conceptos básicos, de vigencia universal, sistematizados en principios, que expliquen la acción, la jurisdicción y el proceso, teniendo en cuenta el íntegro ámbito del derecho procesal, sin reticencias particularizadoras, dentro de la unidad fundamental del orden jurídico.

Y el primer paso en ese camino debe darse en la Cátedra<sup>15</sup>. En España, el derecho procesal se enseña en dos cursos, sin calificar la disciplina por los aditamentos de "civil" o "penal". En Córdoba, el antiguo Instituto de Derecho Procesal Penal suprimió el último adjetivo, y hoy se cumple una fecunda tarea, en unidad y —lo que más cuenta— en armonía. Y este Centro, que hoy dejamos inaugu-

<sup>14</sup> La unificación en la cátedra (teoría general) fue postulada por ALCALÁ ZAMORA en el reciente Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal (Caracas, 1947), y aprobada por éste. Con igual criterio hemos redactado el programa de Derecho Procesal I en la cátedra a nuestro cargo en la Universidad Católica S.M. de los Buenos Aires.

rado, adquiere por el acierto de su intención la categoría de un nuevo símbolo en el camino emprendido.

Hagamos votos porque, bajo esa orientación, se traduzca en realizaciones fecundas que afiancen el progreso de la ciencia procesal. Que cuanto más intensa y lúcida sea la conciencia del proceso, entendido como instrumento de la libertad y expresión de la suprema vigencia de la ley, más protegidos y seguros estarán los derechos de los hombres, cuya felicidad constituye, en definitiva, la máxima aspiración del jurista.



## ERRORES Y OMISIONES DE LA REFORMA DE 1968 EN MATERIA DE OBLIGACIONES EN GENERAL.

DR. AVELINO ANIBAL ALBERDÍ  
Prof. adj. de Derecho Civil II

La noche del 28 de abril de 1968, como si se hubiera desecorrido el velo del Santasanciorum en el que se conservaban las Tablas de la Ley, se dieron a conocer las pautas fundamentales de la Reforma al Código Civil. El pueblo de la República supo, entonces, que los tres miembros que continuaron su trabajo en la Comisión redactora, doctores Bidau, Fleitas y Martínez Ruiz, con "la vallosa y eficaz colaboración" del entonces Ministro del Interior, doctor Borda, habían plasmado la ley 17.711.

Se concretaba así un viejo anhelo argentino. Desde que, en 1936, se encargó a Bibiloni que preparara el primer Anteproyecto de Reformas, se habían elaborado también —como obras orgánicas— el Proyecto de la Comisión revisora de 1936, y el Anteproyecto de 1954, aunque este último sólo tuvo difusión efectiva dos meses después, cuando en junio de 1968 concluyó sus tareas de impresión la Universidad Nacional de Tucumán.

El vocero de la nueva ley, doctor Borda, anunció esa noche algunos de sus lineamientos. Y, por su cuenta, supuso que hablase "tendido desde hace tiempo un piadoso manto de olvido" sobre las producciones de Bibiloni y de la Comisión de 1936, incomprensible inexactitud que no condice, ciertamente, con la ilustración de quien lo afirmaba.

En materia de obligaciones él mismo reseñó así la regulación de la ley 17.711: "se han introducido múltiples reformas —dijo— entre las que cabe destacar las referentes a los hechos ilícitos. Se ha modificado el anacrónico artículo 43, del que la jurisprudencia había prescindido; se ha clarificado y modernizado el artículo 1113, introduciendo la idea dinámica del riesgo creado como complemento del

sistema tradicional de la culpa; se admite ampliamente la responsabilidad por el daño moral, tanto en materia contractual como extra-contractual...". Hizo referencias a la prescripción liberataria, y puntualizó asimismo que se introdujera el "principio de la mora automática en las obligaciones a plazo".

Nada más en lo relativo a obligaciones, salvo la incidencia general —también anunciada en esa oportunidad— del nuevo espíritu que se quiso insuflar en el Código de Vélez, ajeno a su filosofía que entonces se calificó como "liberal, individualista, positivista"; la recepción normativa de la teoría del abuso del derecho, en calidad de "regla capital de la reforma"; la exaltación del principio de la buena fe; la modificación del régimen de transmisión del dominio inmobiliario; o las nuevas reglas en cuanto a la indivisibilidad de la unidad económica.

Nada más, pero bastante en ese momento para llenar de inquietud la espera ansiosa del texto legal, difundido por los diarios al día siguiente y publicado en el Boletín Oficial el 26 del mismo mes de abril de 1968.

El conocimiento del nuevo texto normativo creó, en quienes dedicamos nuestras inquietudes a la dogmática del Derecho de las obligaciones, real decepción y grave perplejidad. La ley 17.711, en el tratamiento de dicha área específica del Derecho Civil, incurre en errores y omisiones que perturban el equilibrado sistema de una disciplina que fue elaborada, desde siglos atrás y, más aun, en el Código de Vélez, con la rigurosa precisión de un teorema, con la impecable armonía de lo geométrico. No es que lo antiguo sea intangible. No, pero está dotado de autoridad. No es que lo nuevo sea por sí deleznable. Pero lo nuevo, para imponerse, debe tener razón suficiente que le dé sustento.

En mi modo de ver el balance pertinente de dicha ley de reformas en el sector aludido es desfavorable. Ella cristaliza a veces soluciones que eran ya comunes en la jurisprudencia, por lo que no innova; y otras, cuando introduce novedades, lo hace con graves deficiencias. Comúnmente con muy serios errores de técnica legislativa interna, que la ley 17.940 quiso achacar —en cierta proporción— a erratas de linotipo, pero que traducen la desprolijidad general que es pauta de la nueva regulación normativa.

El balance es desfavorable porque no se trata de sumar dispositivos buenos y malos, y contar cuáles arrojan una cifra mayor, sino

de ponderar la trascendencia de modificaciones, muchas veces incon-sultas, que desquician un sistema cuyo análisis, dos años después, puede hacerse ya con la visión de perspectiva que permite captar la totalidad del conjunto y apreciar sus imperfecciones e incongruencias.

Pero antes de penetrar la zona específica de los derechos creditorios, hay que poner de resalta tres circunstancias perturbadoras de la comprensión general del sistema, pues inciden en la interpretación de sus regulaciones.

En primer lugar la ley 17.711 no trae precepto alguno que derogue genéricamente los dispositivos incompatibles; sólo se ha previsto, en su artículo 1°, la derogación "expressa verba" de una veintena de preceptos del Código de Vélez. Este modo de legislar coloca al intérprete en graves dificultades, pues sólo cuando se realisa una reforma al Código hay, en estricto Derecho, una ley posterior que deroga —aun implícitamente— la norma anterior incompatible. En cambio las reformas en el Código, porque entran a formar parte de un sistema que se ha de estimar armónico, deben completarse con una disposición que, cuando menos, declare implícitamente derogadas los preceptos antinómicos con los nuevos textos; y la ley 17.711 ha sido concebida —por la particular técnica que eligió el legislador— como una reforma en el Código a la que no se ha agregado norma genérica alguna que derogara los preceptos incompatibles. Pero frente a ese defecto de técnica el intérprete —y sobre todo el juez, constreñido a fallar razonablemente— habrá de apartarse de los principios antes expuestos, y habrá de hacer una obra de artesanía para calibrar si el nuevo artículo adecúa o no a otros textos que habían sido concebidos como mecanismos del sistema que se vino a modificar. Ocurre, empero que si el Derecho es arte, los hembra de Derecho debemos tener vocación de artistas, no de meros artesanos.

En segundo lugar la ley de 1968 no ha previsto un adecuado tránsito de la norma vieja a la norma nueva. La "vacatio legis" —dos meses— fue extremadamente breve, sobre todo por la ignorancia anterior acerca del contenido de las modificaciones, pero, más gravemente, el art. 3 reformado no cubre de regulación completa los inevitables conflictos de las normas jurídicas en el tiempo. Piénsese de qué distinta manera trató la cuestión el sistema italiano de 1942 que, en débita de los derechos creditorios, dedicó los arts. 159 a 194 del Real decreto del 30 de marzo de ese año con disposiciones transitorias para la aplicación del Código Civil.

Además, como tercera objeción previa, algunos textos de la ley 17.711 pueden llegar a ser manejados como normas interpretativas de la regulación del Código de Vélez. Esto ya ha sido estimado en algunos fallos. ¿Cuántas normas, según ese criterio, serían consideradas interpretativas, con el alcance propio de ser aplicables aun a las controversias judiciales en trámite al tiempo de entrar en vigencia? El texto actual del art. 3, es claro, establece que las nuevas leyes no son retroactivas y que no se aplican a las situaciones jurídicas consumadas antes de que rijan como tales; pero los preceptos interpretativos, por su índole específica, son aplicables inclusive a situaciones ya cumplidas y pendientes de juzgamiento, es decir, no hay óbáculo a su retroactividad.

La ley 17.711, en la materia en análisis, muestra algunas regulaciones acertadas. Pero otras, en cambio, son indudablemente criticables y, en general, técnicamente defectuosas. Ciertas modificaciones resultaban innecesarias porque había jurisprudencia firmemente establecida en igual sentido que el adoptado por ella; y, a veces, la reforma ha venido a oscurecer un panorama interpretativo transparente. Otras reformas resultan equivocadas, inclusive porque en algunas casos convierten en precepto opiniones singulares que, cuando menos, carecen de sustento en el consenso doctrinario general. La raíz, en las plantas o en las leyes, aporta al organismo más vida que el injerto; el injerto es recomendable para mejorar cierta especie, para aumentar sus virtudes, para eliminar sus deficiencias. Pero con el injerto no puede cambiarse lo vital de una raíz. Ni es procedente que, en trunco de injertar, se omita el tratamiento de temas que la Ciencia Jurídica ha elaborado como institutos nuevos, o que el viejo sistema había olvidado prever: es —en tema de obligaciones— el caso del estado de necesidad y de la legítima defensa, que constituyen reconocidas causas de justificación del obrar que, de no mediar esos extremos, sería anti-jurídico; de la masa del acreedor mencionada por Vélez al final de su nota al art. 509; de la teoría de las obligaciones de valor, implícada por algunos nuevos preceptos, pero arruinada —como veremos luego— por una regulación disímil e inorgánica; de la cesión de las herencias que, en la nota al art. 1484, Vélez prometió tratar en el Libro IV de su Código, sin hacerle luego. Pero es más: reiteradamente, al reformular los preceptos relativos a un tema, los dispositivos nuevos incurren en omisiones. Se omite a veces, y se omite también cuando no se quiere omitir.

Sin embargo, como dije, ciertas reformas en el sector de las Obligaciones en general resultan plausibles. Comenzaremos por mencionárselas porque ello es saludable; los estudiosos del Derecho queremos a las leyes porque constituyen el modo de expresión de lo jurídico, con afecto semejante al que sentimos por el "habitat" cotidiano, pues las leyes constituyen el "habitat" de nuestra vocación. Más aún al Código Civil, porque debemos acudir a él en busca de respuesta y lo descubrimos, y redescubrimos, cada día. Por eso mismo constituye motivo de íntima satisfacción señalar positivamente cuáles reformas pueden considerarse acertadas. Como en el teatro clásico, el primer acto plantea el tema; el segundo lo desarrolla; el tercero contiene el desenlace. La primera parte, pues, la dedicaré a plantear las nuevas normaciones más o menos acertadas. La segunda, a desenvolver la crítica a las que constituyen errores o incurren en omisiones, con la justificada esperanza de que el Código de Vélez sea expurgado alguna vez de ellas. El desenlace, en cambio, ya es conocido: un balance que, repito, es desfavorable; que no tiene, como ciertas obras de teatro, mensaje valioso; que trata una cuestión, o varias, y deja el tema sumido en la confusión y al espectador inmerso en el desencanto. Lo más grave, cuando se trata —como en el caso— de leyes y no de teatro, es que no hay espectadores, sino destinatarios de la norma, que son los justiciables, y es nuestro deber de abogados procurar que regulaciones desacertadas no recaigan indebidamente sobre ellos.

Dentro de las reformas el agregado hecho al art. 907 consagra una solución compartible. De acuerdo con el art. 921 del Cód. Civil se reputan hechos sin discernimiento los actos ilícitos de los menores de diez años y de los dementes, así como "los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón". De modo correlativo el art. 907 plasmado por Vélez, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes tienen a su cargo dichas personas (art. 908), hacía aplicación en el caso de las reglas de restitución del enriquecimiento indebido: "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". Si el infante, o el loco, se apropiaban de una cosa ajena, correspondía que la restituyeran; pero si lesionaban, o mataban, por no haber consecuencia incremento patrimonial para ellas, no cabía reclamo alguno. De allí que la ley 17.711 haya acertado al consagrar en el caso, sin perjuicio de la

aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, una indemnización de equidad: "Los jueces —establece— podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundadas en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima". La línea de ideas, acorde con la iniciada por el art. 1310 del Código austriaco de 1812, y seguida por múltiples precedentes hasta el art. 489 del Código portugués de 1967, no conmueva los principios rectores de la responsabilidad civil, pues se limita a consagrar una equitativa distribución de daños en ciertos supuestos especiales evitando situaciones aberrantes como las que se planteaba la doctrina: el demente rico que mataba al trabajador pobre, sostén de su familia, por aplicación del Código de Vélez no tenía obligación alguna ante los deudos porque con el acto no se había enriquecido.

Otra feliz solución de la reforma de 1968 admite la equitativa atenuación judicial del monto indemnizatorio cuando no promedia dolo; el agregado hecho al art. 1049 dispone: "Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola(s) si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable". Otra vez la equidad irradia su luz, y a tenor de ella los jueces pueden poner un tope razonable al monto indemnizatorio cuando el deudor quedaría arruinado si lo cubriera íntegramente. En el orden jurídico se consagra el deber de satisfacer una reparación plena, según la plenitud propia de cada sistema; como no es dable reparar todo el daño, que se despliega en consecuencias insuspechadas, el Derecho pone un tope que, entre nosotros, es brindado en general por la noción de previsibilidad: se reparan los daños que se previeron o pudieron prevenirse al momento de la transgresión nociva. Pero la determinación de esta plenitud no es ciega; no lo es con respecto a la cuantía de los daños para el deudor común porque se cargan en su cuenta sólo los que previó o pudo prevenir, ni lo es ya para el deudor culposo que sería sometido a la indigencia si debiera responder por todo el monto de la indemnización fijada según las pautas ordinarias. Sin embargo, y también con correcto criterio, la ley 17.711 inhibe de prevalerse de esta facultad cuando el daño es atribuible a dolo del responsable, porque sería inconcebible que en un delito civil —ocrido, por deficiencia del art. 1072, a saltendos y con intención de dañar— cupiera

preocindir de la subjetividad del autor, dándole algo así como un premio a su malicia.

Me complace, asimismo, destacar la reforma del art. 1063. Este precepto tiene dos implicaciones básicas: en primer lugar, a la manera del sistema alemán y distintamente del sistema romano que siguió Vélez, consagra la reparación en especie del daño extracontractual; en segunda, al disponer la reposición de los cosas al estado anterior, deja inequívocamente sentado que la deuda generada por un hecho ilícito importa una obligación de valor. Sabido es que el Código argentino, en el texto subrogado, dispuso que toda indemnización de daños se resolviera en el pago de una suma de dinero, precepto que la jurisprudencia trató alguna vez de sortear estimándolo vigente sólo en la órbita de los delitos civiles, no en la de los cuasidelitos, con el abance de que, en tren de paliar su operatividad, llegaba a soluciones impropias: así, verbigracia, quien rompía dolosamente una pared, por haber cometido un delito, quedaba sometido exclusivamente al deber de reparar en dinero, y quien lo hacía con culpa podía quedar obligado a reparar en especie mediante la reconstrucción de la pared destruida. La reparación, desde la reforma, consiste pues en la reposición al "status quo ante", salvo que el acreedor opte por reclamar la indemnización pecuniaria, o que no se trate de cosas, o que la reposición al estado anterior resulte total o parcialmente imposible, o que sea de aplicación la facultad judicial consagrada por el art. 1069 que se acaba de ver, o que la pretensión de que se le repare en especie implique un abuso de derecho de parte del acreedor al exigir gastos desproporcionados, como si porfia en que se le repenga una poca valiosa alfarería indígena sólo conseguible luego de costoso viaje a una lejana región; esto último, cabe agregar aquí, no surge expresamente del nuevo texto legal sino del sentido impreso por el art. 1071, y el IV Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba el año pasado recomendó que, con tal abance, se modificara la reforma. Es cierto que en la mayoría de los casos seguirá haciéndose la reparación en dinero, porque comúnmente el acreedor optará en esa dirección, y así se ahorrarán discordias acerca de cómo se efectuaron los arreglos debidos, se evitará que deudores conformes posterguen injustificadamente la obra específica que les compete, y se hará en suma más fluido el modo de cumplimiento de la obligación de reparar, pues debe pensarse qué intranquilidad tendrá el acreedor si descarga en el responsable la reparación de la dirección de su auto-

móvil dañado en un accidente, y cuántas renovaciones de incidencias podrán generarse si no está de acuerdo con el material empleado, o con la calidad de la obra de mano, etc. Con todo, insiste, no puede haber ya duda acerca del carácter de obligación de valor de la deuda del responsable extracontractual, sin que cuadre hacer el viejo distinción entre daños reparados por la víctima o subsistentes en la cosa afectada por el hecho.

En tema de obligaciones indivisibles la reforma de 1968 ha introducido este párrafo al art. 2326: "No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica". Congruentemente el nuevo art. 3475 bis, que sienta el principio de la división y adjudicación en especie de los bienes de la herencia, hace salvedad del caso en que se "convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el artículo 2326", en tanto el subsistente art. 3715 da igual solución para los supuestos de división de condominio. Sabido es que la cosa se reputa jurídicamente divisible cuando es susceptible de fraccionamiento material en porciones reales homogéneas y análogas al todo (arts. 667 y 2326), y tal división no afecta su utilidad o productividad; éste era el criterio de Vélez, asentado en la parte final de la nota al art. 669 que conducía a estimar jurídicamente indivisible una piedra preciosa, pues el bien ésta es materialmente divisible en tales porciones el fraccionamiento afecta el valor total: un diamante de diez quilates vale más que diez piedras de un quilate. La ley 17.711 ha captado la noción de unidad económica para el caso de inmuebles, definiendo su determinación a las autoridades locales. Se trata de un resguardo contra el minifundio, y ese concepto apareció ya en 1940 en las leyes de colonización, y asimismo en la legislación de arrendamiento de tierras fiscales y en la de arrendamientos agrarios. En la ley 17.253, verbigracia, el arrendatario o aparcerero que lo adquiriera puede subdividir el predio en unidades económicas y, en caso de sucesión "mortis causa" o división de condominio, el mínimo divisor es también dicha unidad económica (art. 13, inc. d). El concepto de unidad económica que fluye de esos dispositivos denota al predio que, por su superficie, calidad de tierra, ubicación, mejoras, y demás condiciones de explotación normal en la zona, mediante un trabajo racional, permite subsistir a las necesidades familiares y a

una evolución favorable de la empresa; esto es, se alienta la explotación racional y unificada de la tierra.

Otra modificación capital de la reforma de 1968 consiste en la incorporación normativa, en el Código Civil, de la doctrina del abuso del derecho, que había sido ya recogida por la legislación de emergencia en materia de locaciones urbanas: art. 62 de la ley 15.775, art. 70 de la ley 16.739, y que no plasmó antes en la ley 14.821 porque el Senado modificó la sanción de Diputados, cuyo art. 71 traía una fórmula equivalente. Todo cuerpo de normas como un Código gira en torno de algunos pilares fundamentales; en materia de obligaciones, por ejemplo, de la fuerza obligatoria de las convenciones y de la exigencia de un objeto moral y lícito en ellas, del principio según el cual no debe dañarse injustamente a los demás ni enriquecerse indebidamente a sus expensas. Un eje fundamental del sistema es, también, el principio de relatividad de los derechos subjetivos: desde que estas facultades se dan en el orden social la pluralidad de sujetos presupone una estructura imbricada, como si se conformase un sistema celular proteico en el cual cada célula del tejido se expandiera o se comprimirá hasta llegar a otra célula, a otra facultad de un sujeto distinto. La relatividad de los derechos subjetivos —principio de toda indiscutible evidencia— desemboca en la doctrina del abuso, que no es ciertamente del Derecho con mayúscula y en singular en cuanto denota al sistema jurídico, sino de "los derechos", en minúscula y con número plural, que denominan a las potestades o pretensiones de sus titulares respectivos. En la zona de las obligaciones el acto abusivo ingresa en el terreno de la ilicitud concebida como proceder contrario a las pautas que señala el sistema jurídico; está descripto como el ejercicio que contraría las fines que la ley tuvo en mira al reconocer la facultad, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y con ello la directiva del art. 1066 del Cód. Civil —que exige la trasgresión normativa para configurar la ilicitud— se ensancha en forma vivificante al estimarse expresamente como injustas una serie de actitudes exorbitantes de ejercicio de pretendidas facultades, cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo, y que se patentizan por apartarse en la convivencia social de la regla moral. Sólo el ejercicio regular de una facultad está jurídicamente permitida, y esto —según pónese— estaba implicado ya por el Código de Vélez que, si bien autorizaba "el ejercicio de un derecho propio" en el

vicio art. 1071, correspondía a la interpretación en el idéntico sentido de que no había ya derecho propio, esto es, había un injusto, cuando quería penetrarse fuera de su órbita propia, regular o típica. Pero la ilicitud del acto abusivo no es idéntica a la de los actos ilícitos "stricto sensu" como el delito o el cuasidelito: en un delito civil, por ejemplo, la trasgresión normativa es franca, a cara descubierta, mientras en el acto abusivo es solapada pues se invoca un derecho y al hacerlo se le desbarba; quien atropella a un peatón jamás tuvo facultad alguna para atropellarlo, de allí que la trasgresión normativa sea franca, pero si el propietario de un fundo —invocando el art. 2629 del Cód. Civil— corta por sí las raíces de árboles que crecen en el terreno vecino y se extienden en el suyo, tal investidura de una facultad, si se ejerce abusivamente, implica una trasgresión solapada. He dicho diez años atrás, a propósito del ya mencionado art. 62 de la ley 15.375, y lo reitero: la teoría del abuso del derecho, como generadora de obligaciones, derivada del concepto de relatividad de los derechos, y consecuencia de la conducta antinormativa del titular de la facultad que la ejerce con exceso, pone al jugador en delicada disyuntiva que lo fuerza a encontrar un término medio entre el uso de los derechos como armas ofensivas para los demás por un lado, y la necesidad de no caer —so pretexto de humanizar el Derecho— en el dominio de la caridad; teniendo en todo caso presente que habrá de velarse por no afilar al hombre al reducir hasta un mínimo demasiado estrecho su libre actividad.

Una sexta reforma digna de encomio es la incorporación de los postulados de la doctrina de la imprevisión. Hay tiempos en los cuales lo anormal se hace normal, como si el curso natural y ordinario de las cosas a que alude Vélaz en el art. 901 saliera de su cauce para irrumpir en lo inesperado, en lo imprevisible. Corresponde, entonces, tomar en cuenta ese dato de la realidad; a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época —lo imprevisible de ayer llega hasta ser lo previsible de hoy—, otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal. Debe establecerse como premisa, en ámbito de los contratos, el respeto al principio "pacta sunt servanda" (art. 1197 del Cód. Civil), pero con el alicance de mantener la equivalencia de las prestaciones —como presuposición o base del negocio jurídico—, de manera que adviene valiosa la teoría que, haciendo pie en la imprevisibilidad, da lugar al reajuste de las prestaciones que las

circunstancias tornaron groseramente distintas de las queridas. Por ello, en seguimiento de la opinión doctrinaria y jurisprudencial dominantes, la ley 17.711 ha reformulado el texto del art. 1198 recogiendo la llamada teoría de la imprevisión que, a mi entender, cabía en los pliegos del Código de Vélez en la medida en que el culpable responde sólo de las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 929), siendo injusto atribuir a la responsabilidad de quien no es siquiera culpable, consecuencias del tipo de las causales, claro está que a manera de efecto de la convención, no del incumplimiento. El nuevo texto legal da lugar a la parte perjudicada para demandar la resolución del contrato si la prestación a su cargo se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a condición de que no haya obrado con culpa o esté en mora, y siempre que la otra parte no ofrezca "mejorar equitativamente los efectos del contrato". Semejante —sino idéntico— supuesto fáctico subyace al caso fortuito y a la teoría de la imprevisión. Sin embargo los efectos de uno y otra son diversos: aquél hace imposible la prestación debida, genera imposibilidad de pago; ésta opera cuando la prestación no es imposible sino excesivamente onerosa, siendo jurídicamente posible satisfacerla aunque de ella pueda derivar hasta la ruina del deudor. La imposibilidad de pago proviene de la imposibilidad jurídica de cumplir la prestación; en la doctrina de la imprevisión juega, en su caso, la imposibilidad económica.

Las seis modificaciones que se acaba de reseñar constituyen el núcleo más rescatable y, por ello, importante de la reforma de 1968 en materia de obligaciones, porque incorporan institutos apropiados, o porque dan el imperio legal a otros que con variaciones más o menos señaladas, recogían ya los Tribunales. Algunas imprecisiones de la regulación que se les ha atribuido son superables con poco esfuerzo hermenéutico, y son absorbidas por el valor que imperta el sentido que con ellas se ha dado a la normativa civil. Veamos aquí, en seguida, otras reformas que pueden estimarse aceptables, aunque algunas hubieran sido innecesarias y, por ello, incongruentes con la tónica de una reforma parcial que se dijo limitada estrictamente a lo que se consideró imprescindible modificar, y aunque también comúnmente se hayan plasmado con omisiones o incongruencias.

En ámbito de la acción por simulación ilícita, el texto reformulado del art. 109 del Cód. Civil establece que la acción entre las partes sólo cabe si tiene por objeto dejar sin efecto el acto y aquéllas no pueden

obtener ningún beneficio con la declaración. Esta, ni más ni menos, era resuelta en seguimiento del criterio de Bibiloni: la acción, en el caso, sólo procede cuando se quiere dismantelar el acto simulado perjudicial para terceros o violatorio de la ley, y no tiene lugar —por ejemplo— si alguien para disminuir su activo ante la certeza de que será declarado en quiebra, simula vender bienes y, una vez liquidado el activo viable y rehabilitado, quiere accionar contra su cómplice en la simulación ilícita, pues de tal manera vendría a consumar azabadamente la maniobra dilusoria del activo. La reforma, además, respecto de la acción entre partes cuando la simulación es, en cambio, lícita, formuló un agregado al art. 360: puede prescindirse del contradecimiento si promedian circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

En tema de obligaciones de dar la reforma de 1968 modificó el art. 2505 e introdujo así el requisito de la inscripción registral para la transmisión por acto entre vivos de derechos reales sobre inmuebles. Pero lo hizo tan defectuosamente que, antes de empezar su vigencia, la ley de Registro 17.801 debió poner las cosas en su lugar y sortear la contradicción lógica que contenía el art. 2505 reformulado: esa inscripción, aclararon especialmente sus arts. 2 y 30, se exige para la publicidad del acto traslativo y su oponibilidad a terceros porque —con criterio similar al que ya consagraba el art. 3135 en materia hipotecaria— las partes, sus herederos, y los demás intervinientes en la formalización del acto, como el escribano y los testigos en su caso, no pueden prevalerse de la falta de inscripción. Ahora, pues, la transmisión del dominio inmobiliario reclama la inscripción registral para ser oponible a terceros —con lo que, diría, se “constitucionalizan” las disposiciones de las viejas leyes locales de Registro—, y ese requisito se agrega al de la tradición que no ha sido suprimido (art. 577). De ello se sigue que no basta para acreditar el dominio la continuidad en el tracto de titulares registradas, pues simultáneamente es menester demostrar las tradiciones necesarias en la cadena de adquirentes sucesivos, con las obvias dificultades de investigación de actos que, muchas veces, permanecen en la clandestinidad. Y se sigue también la desarmonía de los arts. 594 y 595; para estos preceptos, que permanecen ineluctables, basta que el deudor haga tradición de la cosa inmueble a un tercero de buena fe para que el acreedor esté inhibido de reclamar nada a este tercero, lo que implica una contradicción en el sistema: la oponibilidad del derecho del tercero al acreedor presu-

pone —como se ha visto— la inscripción registral, que para nada contemplan los mencionados arts. 594 y 595.

En lo atinente a la solidaridad, el párrafo agregado al art. 715 dispone que “la cosa juzgada recaída en juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores —agrega— pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio”. Esta solución es acorde con el principio de que la cosa juzgada afecta sólo a quienes tuvieron la garantía del debido proceso, y adocúa al criterio expresado por Véliz en el art. 853 y su nota, en seguimiento de Aubry y Rau, y concordante con los arts. 2030 y 2033: el codeudor puede mejorar, no agravar, la situación de los demás. Pero la ley 17.711 habría hecho bien en repetir asimismo el resto sentido de los textos concebidos por Bihlani, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1934, según los cuales un codeudor no podría invocar la cosa juzgada contra el acreedor solidario, recaída en juicio seguido contra otro codeudor, cuando la sentencia absolutoria se fundara en una causa personal para el deudor litigante, como ocurre si la demanda es rechazada porque éste se había obligado bajo condición suspensiva no cumplida.

En cuanto a la confusión producida respecto de uno de los acreedores y uno de los deudores solidarios, los arts. 707 y 866 del Cód. Civil contenían regulaciones distintas. Aquél, tomado del Código chileno, prevalece la extinción de la obligación, y éste, que vino del Cód. francés, la limitaba a la porción del objeto a cuyo respecto se había operado, con exclusión de “las partes que pertenecan a los otros coacreedores o codeudores”. La correcta interpretación de esos preceptos, de apariencia antinómica, concluye que el art. 707 daba la regla cualitativa (la extinción) y el art. 866 la cuantitativa (en la parte correspondiente al coacreedor y codeudor a cuyo respecto se produjera ese modo extintivo). La reforma de 1938, al no mencionar ya la confusión en el art. 707, lo ha esclarecido debidamente.

La cláusula penal tiene una función compulsoria y otra indemnizatoria. La primera coadyuva al cumplimiento de la obligación contractual, pues el deudor se siente inclinado a cumplir la prestación que prometió antes bien que pagar la pena o multa. Pero, además, la cláusula penal avalúa anticipada y convencionalmente los daños y perjuicios; de allí que, en principio, el acreedor no tenga derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es suficiente al

efecto, si cuadre al deudor eximirse de satisfacerla tras demostrar que el acreedor no sufrió pérdida alguna. La cláusula penal es, pues, inmutable, y así lo establecía categóricamente el Código de Vélez en el art. 522, y lo repetía en el art. 656. El remplazo de aquél por un texto que stañe a otra cuestión, y el agregado hecho al art. 656, ubican el tema en la dimensión en que lo había colocado la jurisprudencia; algunos fallos de fines del siglo, es cierto, llegaron a admitir cláusulas penales que importaban intereses del diez por ciento mensual, pero principios rectores prevalentes del orden civil, como la exigencia de moralidad en el objeto del acto jurídico —implicada, asimismo, por el art. 653— trasladaron nuestro sistema de la inmutabilidad absoluta que parecía consagrar, a la inmutabilidad relativa. Al igual que nuestros Tribunales, y como el Código alemán y quienes lo siguieron, el agregado de mención hace decir hoy al art. 656 que los jueces podrán "reducir las penas cuando por su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

En lo que hace a la repetibilidad del pago hecho antes del cumplimiento del plazo, el Código trazaba en los arts. 571 y 791, inc. 1.º las siguientes reglas: se suponía que el deudor conocía el plazo, y era entonces irrepetible, pero si aquél demostraba haber pagado anticipadamente por ignorancia del plazo, la repetición cabía con el efecto de que, una vez llegado el término, debía volver a pagar. La reforma modificó el art. 571 y dejó inelucta el art. 791, inc. 1.º, de manera que "el deudor que ha pagado antes del plazo no puede repetir lo pagado". Se vuelve así a la regla del Código francés, y a la interpretación mayoritaria de la doctrina gala, y se deja de lado el criterio de Marredé que invocó el Codificador en la nota al art. 571, con el efecto de que el pago antes de vencido el plazo implica renunciarlo. De cualquier manera habrá supuestos en los cuales el deudor ignore la existencia del plazo, como si paga un legado en función de un testamento y, luego, descubre otro testamento posterior que manda pagarlo pero sometido a un término; si bien puede aceptarse la solución a que arriba la ley 11.711 en esta cuestión, habría sido conveniente que dejara a salvo el derecho del deudor para reclamar al acreedor el enriquecimiento que su pago antes de tiempo le hubiera procurado, o los intereses o frutos que la cosa hubiera producido en

el tiempo anticipado, como lo establecen respectivamente los Códigos de Venezuela y del Distrito y Territorios Federales de México.

En lo pertinente a la ruina de edificio el art. 1132 del Cód. Civil dispone, y dispone, que el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenaza ruina no puede pedir al dueño de éste garantía por el daño eventual, ni exigirle que lo repare o haga demoler. Pero el agregado que se formuló al art. 2499 establece que quien tema un daño derivado "de un edificio o de otra cosa", puede formular denuncia ante el juez para que se adopten las oportunas medidas cautelares. El ensamblaje de ambos textos genera dificultades: es inequívoco que sigue vedada, en nuestro Derecho, la caución "damni infecti", que conocieron los sistemas romano y español antiguos y se concedía con el alcance de que el vecino debía afianzar el pago del perjuicio virtual que se produjera; pero hay contradicción entre la parte final del art. 1132 y el párrafo agregado al art. 2499. A tenor de estos preceptos se niega, y se autoriza, respectivamente, la pretensión de que el juez ordene la reparación o la demolición del edificio ruinoso, y literalmente queda a salvo de la contradicción el supuesto de cosas que no son edificios, como los árboles, cuyo corte, indudablemente, puede reclamarse en función del art. 2499, nuevo texto.

En lo que respecta a la prescripción liberatoria la ley de 1968 ha introducido varias modificaciones. Por de pronto debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en juicio que haga quién la articula (art. 3962), texto que puede haber traicionado la intención del legislador: el rebelde en juicio podría plantear la prescripción cuando se presentara en los autos, después de vencido el plazo para contestar la demanda, con tal de que no dejara de aducirla en esa primera presentación, porque la fórmula legal no es como la de las leyes procesales en tema de recusación sin causa, que imponen recasar "al tiempo" de contestar la demanda, y excluyen así que el rebelde pueda ejercer dicha facultad en su presentación ulterior. Respecto de los incapaces, si tienen representante legal, corre la prescripción liberatoria (art. 3966), con lo cual se adecúa la solución al criterio de Vélez expuesto en el art. 68 y en la nota respectiva; si carecen de representación los jueces podrán liberar a los incapaces acreedores de los efectos de la prescripción cumplida "por razón de dificultades o imposibilidad de hecho", con tal de que después de cuarenta días hubiesen actuado los derechos "en el término de tres meses" (art. 3960). Advertíase que la carencia de representantes

no suspende el curso de la prescripción sino que lo prolonga, para el art. 3980 presupone una prescripción cumplida en el momento en que el incapaz no tiene representación, lo que puede llevar a situaciones desiguales que habrían desaparecido si se hubiera adoptado el distinto criterio del Cód. Italiano, que continuó el Anteproyecto de 1954; como reguló el tema la ley 17.711 puede ocurrir que alguien se incapacite apenas comenzado a correr el plazo de prescripción liberatoria contra él, que permanezca sin representante durante todo el tiempo de prescripción —digamos diez años—, sumado entonces en imposibilidad de obrar, y que una vez designado el representante disponga entonces sólo de tres meses (y no diez años útiles) para accionar. El art. 3982 bis, por su parte, establece que la querrela criminal de la víctima de un acto ilícito contra los responsables del hecho "suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños", y que "cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela"; en general se resolvía que la querrela no afectaba por sí el curso de prescripción de la acción civil, que de ahora en más se suspende por virtualidad de dicha querrela, con el efecto de que se aprovecha el tiempo anterior a su promoción (art. 3983), pero también con el sorprendente alcance de que, por la reversa redacción del precepto, el reclamo de indemnización en sede penal comporta una demanda que suspendería, no interrumpiría, la prescripción de la acción civil, contrariamente a lo que prevía y prevé el art. 3986. Este último artículo, desde otro punto de vista, en su segunda parte corregida por la ley 17.940, consagra el efecto suspensivo de la "constitución en mora" que, por una sola vez, se extiende "durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción"; y da pie a pensar que, admitida por el art. 509 la mora sin interpelación en las obligaciones a plazo, pudiera volverse a constituir en mora a un deudor que está ya, automáticamente, en ese estado, lo que determinó al Congreso de Córdoba del año pasado a declarar que, en el caso, se ha querido hacer referencia a la interpelación, a la intimación de pago. Además, como última cuestión de este tema, el art. 4037 prolonga a dos años el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual; el deficiente tratamiento del Derecho transitorio ha creado, ya, a propósito de este texto, desinteligenias interpretativas por la operatividad de los arts. 3 y 4051 del Cód. Civil, y el argumento

que se extrae del art. 2 de la ley 17.840, con relación a prescripciones comenzadas antes del 1° de julio de 1968 y no cumplidas a esa fecha, de modo que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se inclina por aplicar el viejo plazo anual, en tanto la Cámara Civil de la Capital Federal opta por el nuevo plazo bianual.

El pronunciamiento judicial que constituye un mandato debe ser asertado, inclusive a la fuerza. Pero es problemático el caso en que el uso de la fuerza no resulta idóneo para controlar al deudor a que cumpla. Los tribunales franceses idearon al efecto una solución ingeniosa: las "astreintes" (del latín "astringere": compeler), que comportan una condena cominatoria y constituyen un modo de coerción de tipo económico, a través de sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, y que son aplicadas —aun sin texto permisivo expreso— en función de las potestades implícitas de los jueces. La clara toma de conciencia de ese remedio por parte de los tribunales argentinos arranca diez años atrás, y tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37) como la reforma del Código Civil (art. 686 bis) consagraron legislativamente el instituto, de manera que los jueces pueden graduar las "astreintes" según el caudal económico del deudor, y hasta dejarlas sin efecto, pues lograda la satisfacción de la prestación debida no es siempre justo ejecutar la sanción pecuniaria, ya que si bien es inadmisible la burla al mandato judicial, una vez vencida la resistencia se impone ponderar en qué medida obedeció a la contumacia del deudor o a factores ajenos momentáneamente insuperables. Esta solución legal, cabe acotar, ha venido a reforzar el criterio jurisprudencial dominante, y es parte de un panorama de reforzarse en la protección legal del crédito, al que concurren —en su medida— la reforma civil, la reforma penal, y el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Se han ampliado los deberes y las facultades de los jueces en la conducción del proceso; se ha sancionado la inconducta procesal maliciosa; se ha regulado la acción subrogatoria; se han precisado y ampliado las medidas cautelares; se han tipificado los delitos penales de insolvencia fraudulenta y de desobediencia procesal fraudulenta; se ha aumentado la pena del delito de estafa, y aclarado o ampliado la regulación de la apropiación indebida, el hurto impropio, la usurpación, la administración fraudulenta, la presentación de balances falsos, la autorización de actos sociales indebidos, el estelionato; y, muy fundamentalmente por la cuantía

económica en juego en las transacciones respectivas al caso, se ha plasmado la nueva figura penal de desbaratamiento de derechos acordados que incrimina a quien por cualquier acto hace imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación que a él se refiere, con inequívoca vigencia en el caso de boletas de compraventa de inmuebles cuando el vendedor suscriba sucesivamente varios boletos a favor de distintos adquirentes de la misma casa, o la dé en locación a un tercero, o hipoteque en bloque la totalidad del edificio.

Señoras y señores: Hasta aquí hemos venido analizando las pautas de la reforma de 1968 en materia de obligaciones, a propósito de temas que ha tratado de manera plausible o aceptable si se pasan por alto ciertas imperfecciones técnicas. El sentido general de ellas es valioso, y por eso merecen en todo caso un juicio sintético aprobatorio. Tal es, así, lo positivo de la reforma en el área de esta exposición. Sin embargo la ley 17.711 contiene graves errores cuando regula otras cuestiones, que merecen y exigen la crítica severa, y cuyo sentido dialéctico hace preoconizar enfáticamente la modificación de lo mal reformado. Toda nueva ley inicia, desde su sanción, un proceso de renovación de ella misma: la crítica, el ajuste a que da lugar, constituyen logros beneficiosos porque tienden a la perfección de una obra que, por ser humana, resulta naturalmente perfectible. Desafortunadamente, y con profunda incidencia en la estructura de un sistema normativo que se quiso mantener a través de la reforma parcial y, peor aún, echando a perder principios establecidos, que son principios y son buenos, esa ley de 1968 ha enturbiado el panorama del Derecho de las obligaciones que se presenta hoy con la insólita variación de la imagen que se refleja en un espejo roto, y que llega a exigir al intérprete la tesonería estéril de pretender armar una rompecabezas con piezas que no encajan.

La reforma de 1968 derogó el inciso 1º del art. 515 del Cód. Civil, según la cual eran reconocidas como obligaciones naturales las contraídas por los menores adultos, dotados de discernimiento pero ineptos para obligarse civilmente por carencia de capacidad. Si un menor, digamos de quince años de edad, contrae una obligación, la ley civil sale en su defensa y le abre la posibilidad de plantear la acción de nulidad del acto. La sanción de nulidad que corresponde a este acto viciado no es, ciertamente, incompatible con la existencia de una obligación natural que, en los términos del 1er. párrafo mantenido

del mismo art. 515, se funda "así en el Derecho natural y en la equidad"; si bien desde el enfoque del Derecho positivo hay un acto nulo (art. 1042 del Cód. Civil) es indudable que sí, a pesar del anquilamiento del voto por la ley, tal menor se siente instado a cumplir, en conciencia y en justicia, el pago que realice satisfará una razón de deber, y será, por ello, irrepetible (art. 731, inc. 5°). El legislador, con grave confusión conceptual, barrió con el inciso en análisis, pero la derogación es ineficaz pues deja las cosas como estaban: desde que la mínima del art. 515 no importa un "numerus classes", pues se aceptan otras obligaciones naturales aparte de las allí anunciadas ejemplificativamente, como la deuda de los saldos impagos por el quebrado o concursado, o la de alimentos respecto de parientes a quienes por ley no se le deben, resulta que, pese a la ley 17.711, las deudas contraídas por los incapaces de hecho que están dotados sin embargo de discernimiento seguirán generando obligaciones naturales.

Una de las funciones de la moneda es servir como medida común de los valores, a la manera del metro, el litro, el gramo, etc. En el sistema métrico decimal, verbigracia, el metro tiene asignada una longitud estable, que se asegura a través de prófesionales de índole diversa adoptadas con respecto al patrón de cédula guardada en la "Oficina Internacional de Pesas y Medidas" de Sévres; diez metros son diez metros aquí, allá, en cualquier parte, y en cualquier tiempo. No ocurre lo mismo con la moneda que, sirviendo como medida común de los valores, representa además un valor en sí misma, pero está sometida a oscilaciones que escarcean sobre los vaivenes económicos, que abarcan o afectan la posibilidad de adquirir bienes a través de su entrega: así, en épocas de inflación, idéntica unidad monetaria paulatinamente sirve para obtener menores cantidades de bienes, porque "disminuye su valor". Ahora bien; factores de diversa especie —económica, política— presionan sobre la moneda, distorsionan su medida en función comparativa, y llevan a la búsqueda de soluciones para contrarrestar desequilibrios. El sustrato de la cuestión estriba en determinar el objeto de prestación: si se debe un "quid", la obligación es de valor; si sólo se debe un "quantum", la obligación es dineraria. En la obligación de valor se atiende "in obligatione" a una determinada porción patrimonial, y el dinero puede hallarse en el pago, "in solutione"; en cambio, en la obligación pecuniaria o propiamente dicha de dar sumas de dinero, éste actúa "in obligatione" e "in solutione", se debe dinero y se paga dinero. Claro está que el

"quid" de la obligación de valor se cuantifica en algún momento, a partir del cual se debe el monto de dinero que cristaliza la deuda. La ley 17.711 se ha desentendido de la teoría general de las obligaciones de valor, aunque algunos de sus dispositivos la implican: los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal en trance de liquidación se reajustan teniendo en cuenta la fecha de la inversión y circunstancias del caso (art. 1316 bis); si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, su dueño puede conservar lo hecho si paga el mayor valor adquirido por el inmueble (art. 2569); en la medianería se computa el valor a la fecha de la demanda o constitución en mora (art. 2736); los valores o relaciones deben determinarse al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477); igual criterio rige para establecer el valor de las donaciones en la determinación de la legítima (art. 3602). De esta manera aparecen como manifestaciones de un noble criterio, el que admite las obligaciones de valor, soluciones específicas para supuestos particulares: sin embargo se carece de la unidad esencial de regulación —y esto es de por sí criticable— pero, mucho más gravemente, se estropea la construcción doctrinaria al fijar momentos inadecuados para la cristalización de la deuda: la fecha de la inversión, la de constitución en mora, la de apertura de la sucesión. Señalado error, porque debió tomarse en cuenta la fecha de la sentencia que determina el valor, ya que no es posible extenderse hasta el momento del pago en el cual el acreedor es satisfecho en su interés. El prudente silencio del legislador en la regulación del art. 2569, que también guardó al elaborar el antes visto art. 1083 que atañe a los hechos ilícitos, permitirá, sólo en estos casos, usar apropiadamente las decantadas soluciones al respecto de la doctrina y de la jurisprudencia dominantes.

El viejo art. 43 del Cód. Civil contenía una regulación seriamente criticada: literalmente estableció que no podían ejercerse acciones de responsabilidad extracontractual contra las personas jurídicas. la doctrina realizó diversas interpretaciones de este dispositivo, que arrastraron de entender el texto al pie de la letra, y luego estimaron sustituible —a tenor de la fuente del artículo, el Esbozo de Freitas— la conjunción "aunque" por la conjunción "cuando", o atribuyeron responsabilidad a la persona jurídica en caso de cuasidelitos, o sólo responsabilidad indirecta por hechos de sus dependientes o las cosas, o, inclusive, optaron por prescindir del texto legal. A todo esto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir

del año 1921, en el caso "Mihanovich", admitió la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, con un criterio integrador que atribuyó en lo establecido por otros preceptos del Cód. Civil (art. 1109, 1113, 1133 y conc.). Ciertamente que no derogó el art. 43, porque los jueces que fallan contra Derecho cometen prevaricato, y porque en todo caso la interpretación que subyugó la conjunción "asimismo" por la conjunción "cuando" limitaba la irresponsabilidad de esas personas a los casos de delitos civiles, extremo respecto del cual no se ha difundido fallo alguno. La doctrina de los autores, y el criterio de los tribunales, habían llegado a comprender el precepto según correspondía, pero la ley 17.711 optó por modificarlo; y no lo mejoró —según habría sido de desear— sino que lo desajustó. Ahora las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, solución que ha llevado excesivamente lejos la vigencia de los postulados de la teoría de la realidad como explicativa de la naturaleza jurídica de esos entes, y que conduce a situaciones inconcebibles: la persona jurídica, puta, responderá por el daño si la función se limitó a darle lugar, como cuando el director de la sociedad atropella y lesiona a otro peatón al ir a cobrar una cuenta social, o cuando lleva por delante a la vendedora de flores al salir caminando del club nocturno al que acudió con directivos de la casa matriz extranjera. El sentido común sólo admite que se responda de ciertos daños que se presentan en una peculiar relación con el hecho generador y, tratándose de responsabilidad por hecho de otro, sólo si la función es causa o condición de esos daños. En estos casos hay una relación significativa entre la función desempeñada y el daño que se provoca, pero no la hay, de ninguna manera, cuando la función ha sido sólo la ocasión del daño, cuando el daño no ha sido determinado ni favorecido en su operatividad por la función, que se limita a darle lugar: tal director fue a cobrar la cuenta social, o fue esa noche de fiesta, porque era director; la referencia del ente colectivo con el hecho dañoso es remota, y el nuevo art. 43 queda en contradicción ideológica con el también nuevo art. 906 que excluye la responsabilidad por las consecuencias remotas, y así aparta del deber de reparar las situaciones que comportaron meras ocasiones para la producción del daño.

En el Código de Vélez los partícipes en un delito civil son solidariamente responsables, sin que cuadre la acción de regreso, mientras los intervinientes en un cuasidelito soportaban una obligación

simplemente mancomunada. Luego de la ley de reformas, a través de la derogación del art. 1108, de la remisión genérica del 2º párrafo del art. 1109, y del agregado hecho a este último precepto, resulta consagrada por implicancia la solidaridad de los cointervinientes en un cuasidelito, sin perjuicio de la correspondiente acción de regresos; se trata de cointervinientes, cabe señalar, no de coautores según los nomina la ley, porque la coautoría presupone el concierto que sólo es concebible en el delito civil actuado por varios, que está descartado en el cuasidelito en el cual sólo una contingencia coloca a varios sujetos en la situación de causantes del daño. Es cierto que la jurisprudencia, aún con los textos primitivos, había establecido la responsabilidad solidaria en los cuasidelitos, pero esa solución no se correspondía con los textos legales ni era justa. No se correspondía con los textos legales porque el ahora suprimido art. 1108 remitía, expresamente, a varios artículos del texto anterior dedicado a los delitos, entre los cuales no estaba comprendido el art. 1081, y no bastaba la remisión genérica del art. 1109 porque la solidaridad debe ser establecida expresamente (art. 701); de cualquier manera no era normativamente explicable cómo se hacía uso del art. 1081, y no del art. 1082, también comprendido en la remisión; y Vélez fue claro en su pensamiento desplegado en la nota al art. 1121, y no estableció responsabilidad solidaria en supuestos particulares de cuasidelitos (arts. 1121 y 1135) y, cuando en el art. 1081 determinó la responsabilidad solidaria de los miembros de la sociedad ilícita, tanto repitió el principio del art. 1081 que a éste se remitió la nota respectiva. Desde la reforma de 1968 la solidaridad de los cointervinientes en un cuasidelito tendrá base normativa, pero no puede considerársela una solución de justicia, porque no lo es hacer pasar sobre quien interviene en un cuasidelito la obligación de reparar "in totum" frente a la víctima (art. 699 del Cód. Civil), cuando no existe el reprochable concierto doloso de los partícipes de un delito que, entonces sí, hace digna de elogio la disposición —mantenida— del art. 1081. Esto no se compadece con el sustento moral de la responsabilidad, que presupone una voluntad que opere culpablemente, y da lugar a un juicio de reproche que debe contener una justa nota retributiva: a tal conducta, tal sanción. Si el conductor de un pequeño automóvil europeo, con un mínimo daño de culpa —digamos un diez por ciento—, interviene en una colisión con un camión con acoplado cuyo conductor aporta el restante noventa por ciento de culpa, es ini-

que haya de responder por el todo frente a la víctima; la justicia presupone igualdad de tratamiento y, en el caso, si bien la víctima es ajena al daño que recibe, también aquel conductor es ajeno al daño resultante en la medida en que debe atribuirse a la culpa del camionero.

En los términos primitivos del art. 622 del Cód. Civil, el deudor moroso de sumas de dinero es también responsable por el pago de los intereses moratorios convenidos, en su defecto de los legales y, finalmente, de los que establece el juez. La comprensión de este precepto condujo a concluir que, cuando sólo promedia culpa del obligado, el pago de los intereses satisface adecuadamente el daño irrogado al acreedor, porque tales intereses representan la consecuencia "inmediata y necesaria" del incumplimiento, en los términos del art. 520 del Cód. Civil, y sobre todo porque puede pactarse, en la órbita de la libertad y moralidad resguardada por el art. 653, una sobretasa que represente intereses punitivos, esto es una cláusula penal. Si, por lo contrario, el deudor es doloso porque incurre deliberadamente en el incumplimiento, corresponde extender su responsabilidad más allá; es la línea de ideas del sistema que ensancha la reparación en caso de dolo, la solución adecuada al criterio que permite prescindir del tope fijado por el monto de la cláusula penal cuando existe incumplimiento doloso, y se evita de esa manera que el pago por el deudor quede sometido a una condición puramente potestativa pues, de otro modo, pagaría si quisiera, y sólo si quisiera, ya que no pesaría sobre él ninguna condigna amenaza de sanción patrimonial para asociado a cumplir, y aun se permitiría eludir mediante un roble la indispensabilidad del dolo (art. 507). El legislador de 1968 ha prescindido de estos razonables argumentos y, pese a no tomar partido adverso a la solución propugnada, se ha limitado a agregar un anodino párrafo al art. 622, según el cual si las leyes procesales no prevén sanciones para el caso, los jueces pueden sancionar al deudor que incurre en inconducta procesal maliciosa con el pago de una sobretasa de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, puede llegar a dos veces y media la que cobra el banco oficial en operaciones ordinarias de descuentos. Este desprotejo agregado principia por destruir el Derecho de fondo al someter su aplicación a la inexistencia de dispositivos procesales, lo que patentiza su inconstitucionalidad; puede confundir la interpretación, y no va a faltar quien sostenga que sólo cuadra la agravación de responsabilidad del doloso cuando su incon-

ducta se produce en el juicio y no fuera de él; y podría inclusive sugerir que la responsabilidad del doloso queda estada a esa sobretasa de tope fijo. Nada de esto es aceptable, ciertamente, mas la ley 17.711 ha perdido una admirable oportunidad de regular el tema del modo correcto, lo ha tratado mal y de manera incompleta, ha ocasionado una solución adecuada.

En lo atinente al dafio moral la reforma de 1968 da pie a su reparación en los reformulados arts. 522 y 1078. Pero, otra vez, con manifiestas deficiencias. El legislador no pudo ignorar una ardua disputa doctrinaria acerca de si tal categoría de dafio es indemnizable, o si corresponde tan sólo la reparación —como sanción ejemplar— de una de sus especies, el agravio moral causado intencionalmente; esta disputa, obviamente, no puede ser aventada por la ley, porque entraña en el fundamento filosófico de una y de otra posición, pero la ley puede y debe regular apropiadamente la cuestión para no dejar lugar a dudas. Veamos: el art. 522 y la 1ª parte del art. 1078 aluden a la "reparación del agravio moral", con lo que parecen dar apoyo a la tesis de la sanción ejemplar, pero este último precepto en seguida se refiere a la "indemnización del dafio moral", con lo cual da la impresión de enrolarse en la teoría amplia. A mi modo de entender, y es el criterio de los primeros fallos sobre el tema, en ámbito aquilano, suprimida ahora la exigencia de Vález de que el hecho ilícito civil "fuese un delito del Derecho criminal", el legislador resulta apoyando la tendencia que hace indemnizable el dafio moral, sin ver en ello una pena civil ni exigir la repudiable intención dolosa que comporta el agravio. Pero la redacción del art. 1078 reformado es objetiva por ambigüedad terminológica que, de cualquier manera, renovará aquella añeja controversia.

Ultimamente se ha puesto de moda un juego singular: se adosa un papel en blanco a un cilindro giratorio, y el participante aprieta uno o varios pomos de colores que vierten su contenido sobre ese papel en movimiento, con el resultado de quedar estampadas caprichosamente en éste varias zonas de color. Varias manchas. El sector de las obligaciones, tras la reforma de 1968, me causa igual impresión que el papel después del juego, pero advierte dos manchas de singular tamaño que resultan sobremedidas: corresponden al tratamiento de la mora, y al de la responsabilidad civil en general. Les desacentos, allí, son realmente notables.

El artículo 509 que reformuló la ley 17.711 llama de perplejidad,

y su interpretación dio lugar al trabajado esfuerzo del IV Congreso Nacional de Derecho Civil que se reunió en Córdoba el año anterior, y procuró desentrañar su contenido. Ese precepto apelmaza el tratamiento de la mora, y opta por regular cuestiones particulares sin trazar una regla general, con lo que deja en la incertidumbre las situaciones no comprendidas en ese tratamiento singular; precisamente las reglas generales se conciben para cubrir las hipótesis no comprendidas en las reglas particulares, pues —comúnmente— el legislador no puede imaginar todas las singularidades posibles. Por de pronto, cambiando el rumbo del sistema de Vélez, el primer párrafo del art. 509 establece que "en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento". ¿A qué plazo se refiere, al cierto o al incierto? ¿Sería concebible que el deudor quedara en mora sin más si, por ejemplo, se ha obligado a pagar "cuando muera Polano"? En este caso no hay mora automática, que sólo corresponde en las obligaciones a plazo cierto —como lo entendió aquel Congreso—, o porque es menester que el acreedor advierta al deudor acerca de la exigibilidad actual de la prestación, como por mi parte pienso; pero, de cualquier manera, sin que el estado de mora —que presupone imputabilidad subjetiva, culpa o dolo, en los términos del cuarto párrafo del nuevo art. 509, irrumpa insólitamente con los graves efectos que acarrea. Además, pese al silencio del precepto, hay otros supuestos en que la mora se produce sin interpelación, como en los hechos ilícitos, o si hay confesión de estar en mora, o si hay plazo esencial, esto es, cuando el cumplimiento en cierto tiempo es determinante para que el acreedor constituya la obligación, como en el transporte de mercancías perecederas, o en la obligación de un artista de actuar en cierta ceremonia, o en la restitución de una bodega coincidente con la iniciación de la nueva cosecha, etc. Y la interpelación no se requiere, tampoco, si resulta imposible o inútil por causas provenientes del deudor. Ahora bien; según el segundo párrafo del art. 509, corresponde la interpelación si hay plazo tácito, es decir, un término que no se convino expresamente pero típico del acto por la naturaleza y circunstancias de la obligación que se contrae, verigracia si el depositante exige la cosa depositada antes del plazo de restitución, o cuando el comodante reclama la devolución de la cosa prestada, etc.; en estas situaciones hay un plazo, porque la obligación no es de cumplimiento inmediato, y tal plazo es tácito, pero la redacción que se dio a ese texto ha hecho pensar que, sin razón alguna,

ha querido cambiar el sentido del viejo inc. 2º del art. 509. El mismo art. 509 se preocupa —y aquí exorbitándose, porque la cuestión estáe al tiempo del pago—, por regular lo relativo a la fijación del plazo en las obligaciones que carecen de él, de manera tan equívoca que es menester enfatizar que tal fijación no corresponde en las obligaciones puras y simples, que son exigibles en la primera oportunidad que su fadole consiente; por ejemplo, las letras de cambio y pagarés a la vista, o el pago del precio en las compraventas al contado, etc. El análisis del art. 509 no significa criticar el sentido que ha dado a la mora, eximiendo del requisito de la interpolación en las obligaciones a plazo, que es una cuestión de política legislativa, pues el sistema se ajusta a los requerimientos del tráfico comercial que procuran máxima agilidad en las relaciones creditorias. Sí, en cambio, la estructuración del precepto, sumamente defectuosa. Lo más reseñable es su cuarto y último párrafo: "para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable", dispositivo que adecúa al sentido del último apartado del art. 513 en cuanto excusa el retardo que obedece a factores irresistibles para el deudor y ajenos a su culpabilidad.

La reforma de 1988 ha puesto mano en el sistema de responsabilidad civil con serios desaciertos, de los cuales —sin perjuicio de los mencionados en el curso de esta exposición— corresponde señalar las modificaciones a los arts. 306 y 1113. En el Código de Vélez el delinente civil respondía de las consecuencias casuales, esto es las mediatas imprevisibles, de su acción en la medida en que ésta hubiera gravitado para desembocar en el suceso fortuito. Ya no responde en esa medida, y la solución resulta disvaliosa e incongruente pues se desentiende del grado de censura que corresponde a la intención nociva, y deja al autor del delito en situación favorable respecto del incumplidor contractual que carga con las consecuencias casuales que causa su mora (art. 513, 3º parte), y pierden en el sistema algunos engranajes del viejo régimen, como los arts. 1091, 2435 y 2436. Pero lo más grave es la incorporación de la teoría del riesgo, desafortunadamente, en el agregado hecho al art. 1113. La teoría del riesgo presupone atribuir el deber de reparar a quien introduce en la sociedad un elemento virtual de daño, si tal daño se produce, sin detenerse a examinar —como lo hace la teoría de la culpa— si promedia un desajuste de conducta que importa culpabilidad. Esa teoría no es nueva en nuestro régimen jurídico, pues fue acogida por la ley de

accidentes de trabajo, por el Código Aeronáutico, por la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Accidentes Nucleares que ratificó la Argentina por ley 17.048. Pero es nuevo, en cambio, en el sistema jurídico nacional, y aun en los sistemas extranjeros que la adoptan, la exorbitancia de su vigencia; sólo se puede asimilar los postulados de la teoría del riesgo si se usa un triple freno: en primer lugar, aplicándola sólo en actividades máximamente peligrosas, o para cosas que, estadísticamente, tienen gran operatividad en la producción de daños; en segundo, si se prevé sin lugar a dudas la excusa del deber de reparar cuando promedia una causa extraña que desplaza o desvía la relación de los sucesos; y, finalmente, si se fija un tope cuantitativo hasta el cual debe repararse por el sólo riesgo, sin perjuicio de que la víctima pueda obtener la plena indemnización si logra acreditar culpa o dolo del obligado. La ley 17.711, desentendiéndose de estas razonables limitaciones, y desquiciando una concepción justa que descansara en el fundamento subjetivo de la responsabilidad, cuyo presupuesto es un acto culpable o doloso, enajena la teoría del riesgo así no más, explosiva y expansiva, con el efecto de corromper el sistema. Porque si la responsabilidad presupone "dolo, culpa o negligencia", como establece y establece el art. 1067, ¿a qué título se rebaja el deber de reparar si no hay dolo, ni culpa, ni negligencia? ¿Cómo pueden subsistir en un mismo Código dos regímenes contradictorios, el de la culpa y el del riesgo, con vigencia general el uno como el otro? Lo cierto es que en abstracto sólo algunas cosas son peligrosas, pero en concreto pueden serlo todas: piénsese en un anillo, como lo hacía Ripert, y adviértase que puede ser riesgoso si la mano que lo lleva da un golpe, de donde únicamente el radiista sin anillo sería ajeno a la vigencia de la teoría del riesgo. Y desde que el nuevo precepto no habla de cosas riesgosas, sino de riesgos de la cosa, en cada caso habrá de calibrarse la operatividad probable de ella en cuanto elemento generador de daños; pero no es difícil predecir que, comúnmente, se conjeturará que el simple hecho de haber ocurrido el daño constituye demostración cabal de que se produjo por un riesgo de la cosa, en una petición de principio que dé por probado lo que debió empezar por probarse. El error simplista de la ley 17.711 y la conjetura también simplista a que dará seguramente lugar, descenderán en la injusticia: el victimario debe responder, claro está, por los perjuicios injustos que le sean atribuibles, pero

sólo si un acto suyo es causa del daño en sentido admisible en Derecho y, jamás, desmedidamente.

Señoras y señores: "Las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlos, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades ya que, si bien siempre cabe calcular las ventajas teóricas que la invención ofrece, no es posible, en cambio, conocer de antemano todas sus ocultas inconveniencias que tan sólo la práctica habrá de evidenciar; que debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor; que puestos a corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros que la misma corrección es susceptible de entrañar; que es absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta cuando se trata de cosas en las cuales no es posible lograr más que una relativa bondad; que casi siempre más útil que cambiar las leyes es dar a los hombres nuevos motivos para que amen las ya existentes; que el transcurso de muchas siglos de historia nos brinda el poco halagador ejemplo de la promulgación de no más de dos o tres buenas leyes; que, finalmente, el privilegio de proponer transformaciones legislativas corresponde tan sólo a aquéllos tan predestinadamente nacidos como para poder penetrar, con un solo impulso genial y por obra de una iluminación repentina, toda la constitución y estructura de un estado".

Estas palabras que el principal redactor del Código Civil francés, Jean-Etienne Portalis, escribió en su "Discurso Preliminar", no han perdido actualidad. Al no atenerse estrictamente a tan juicioso criterio, el legislador argentino de 1968 ha incurrido en errores y omisiones graves, como los reseñados en esta exposición, que empalidecen el mérito de sus aciertos, y estropean la imagen general del sistema.

Ahora bien. A poco de conocida, la obra de Vélez hizo aflorar las opiniones en distintas secciones. Juan Bautista Alberdi y Vicente Fidel López le dedicaron diatribas. El propio Vélez y Victorino de la Plaza entraron en la polémica haciendo la defensa del Código. José Francisco López y Manuel Rafael García, por su parte, lo colmaron de elogios.

A su vez Lisandro Segovia —dilecto hijo cultural de esta ciudad— publicó sus clásicos comentarios, críticos, incisivos, pero esencialmente constructivos: la ley mereció de él muchos juicios adversos, pero puso énfasis especial en coordinar el articulado, en facilitar la comparación sistemática, en interpretar; interpretar, no se olvide, hasta etimológicamente significa desentrañar y predecir, pues en Roma los “*interpretes*” auguraban lo que vendría a través del análisis de las entrañas de las víctimas.

De todos estos modos de reaccionar frente al Código el más trascendente ha sido el de Segovia. Mucho influyó en ello el genio singular de este comentarista, pero mucho —también— su actitud de crítica edificante, no destructiva, su esfuerzo decente y tautivo para brindar un hilo de Ariadna que permitiera manejarse adecuadamente con la legislación nueva.

Cuando el espejo se quiebra con un golpe imprudente, ni el mejor adhesivo, ni el pegue alguno, logran restituirle su estructura original. O se cambia la luna rajada, o se trata de extraer del todo quebrado la mayor utilidad conseguible.

Es desideratum de una reforma que imasine al Código que empuja sin rozperle ni mancharlo, como hace el sol con el cristal. Desde que la ley 17.711 no ha actuado así, a la manera de Segovia el esfuerzo debe dirigirse a recomponer y juntar entre sí los fragmentos que quedan, para recobrar —en lo posible— la unidad perdida.

A mi juicio éste es, con relación al Código de Vélez, el empeño propio de los tiempos inmediatos. Todos, abogados, y jueces, y escribanos, y profesores, somos relevos en esa tarea que no puede postergarse: la injusticia, y la inseguridad, por indeseables, son extrañas a un sistema de Derecho.



## LA PSICOLOGIA JURIDICA

Dr. FEDERICO A. TORRES LACROZE  
Prof. titular de Introducción al Derecho

*Responde a la Hojilla 1ª de Estudios de Introducción al Derecho,  
nuevo programa unificado.*

La psicología es literalmente la ciencia del alma, el estudio de la misma como forma y principio del cuerpo. Aristóteles y Santo Tomás en su tratado de "Anima", entienden esta disciplina como aquella por la cual vivimos, pensamos y sentimos. La denominación de "psicología" se debe a Goclenio de Marburgo del siglo XVII, pero recién se adopta en el decimotercero. Puede estudiarse haciendo una observación de los fenómenos psíquicos como pensamientos, sentimientos, voliciones a fin de determinar sus causas y formular sus leyes, es decir en forma empírica o experimental y a su vez, elevarse de esos hechos al principio sustancial que los supone y de donde emanan, a fin de deducir de ellos la naturaleza, atributos, origen y destino de este principio, tal es el objeto de la psicología racional o parte de la metafísica<sup>1</sup>.

Algunos psicólogos modernos consideran que debe prescindirse de toda referencia metafísica, aproximándose a las ciencias naturales que comprenden los objetos reales, a diferencia de los objetos ideales y metafísicos. Así se destacan distintas corrientes científicas como la "conductista" de Watson, el "psicoanálisis" de Freud, la psicología de la "forma", la "psicanalía", etc. La primera sostiene que la vida psíquica consiste en movimientos, acciones, que deben ser estudiados desde fuera, sin preocuparnos para nada de la "introspección" que era el antiguo método. Hay que considerar el estímulo y la respuesta en el hombre, es decir dado un estímulo determinado hay que conocer qué respuesta ha podido engendrar en el sujeto. De esta ma-

<sup>1</sup> C. LAHR, Curso de Filosofía, Bs. As., 1944, pág. 25; E. MIRA Y LOPEZ, *Manual de Psicología Jurídica*, Bs. As., 1931. Ed. "El Ateneo", pág. 7 r. m.

nera se puede observar la predicción de la conducta humana y la valoración o juicio de la misma, de gran interés para el jurista. Se registra lo que el hombre "hace" u "obra" y no lo que dice, como la expresa Mirá y López en su "Manual de Psicología jurídica". El psicoanálisis comprende el estudio del subconsciente donde el delincente por ejemplo, actúa por motivaciones inconscientes. La psicología de la "forma" que permite estudiar el "acto humano" no analíticamente, sino en forma global o de estructura. La "personalología" donde no es posible enjuiciar ninguna acción sin el tipo de personalidad del autor. No obstante, entendemos que no puede dejarse de lado la metafísica por ser la ciencia suprema del orden natural<sup>2</sup>. Ahora bien, dijimos que el derecho era el ordenamiento social y coercible de las acciones humanas según un criterio de justicia. Es decir, que el centro objetivo del ordenamiento jurídico son las acciones humanas, en torno de él están las personas y cosas, el obrar humano<sup>3</sup>. Es más adecuado el término "acción" que "acto", o sea la actividad humana vista desde lo externo, como el derecho exige. El tomismo distingue con toda precisión los "actos humanos", derivados de la libertad de los "actos del hombre", como el nutrirse, conocer sólo por los sentidos, actos vitales, reflejos o instintivos. De las "acciones" dice Santo Tomás "sólo se denominan propiamente humanas, las que son propias del hombre en cuanto es hombre. Pues difiere el hombre de las demás criaturas irracionales, en cuanto es dueño de sus actos. Por eso se llaman actos propiamente humanos los que proceden de la voluntad deliberada", véase Summa Teológica I, II q 1 a 1 e 1.

Ahora bien, la psicología se ocupa precisamente de los actos humanos y el derecho en especial el penal trata de la imputabilidad, que es consecuencia de la libertad. De modo que siempre es una ciencia auxiliar en el rango jurídico, no sólo en materia penal, sino también civil en el estudio de los actos jurídicos en particular y capacidad y en materia procesal como la psicología del testimonio. Por ello puede hablarse de una psicología jurídica, la cual presta grandes servicios a los abogados, jueces y funcionarios en la solución de problemas prácticos que se plantean todos los días, por ejemplo para saber si una persona es imputable o no, se cuenta en Tribunales con un cuerpo médico encargado de dictaminar en ese sentido lo mismo para la

<sup>2</sup> J. MARITAIN, *Las gradas del saber*, Ed. Aa, 1947, t. 1, pág. 117.

<sup>3</sup> FEDERICO TORRES LACROZE, *Manual de Introducción al Derecho*, Ed. Aa, 1957, Ed. "La Ley", pág. 34.

declaración de insania, pues hasta ese momento se presume que una persona es capaz de ejercitar sus derechos. Los legisladores también acuden a la psicología para determinar las vivencias de lo social y el sentir de una colectividad. Para el positivismo jurídico de Kelsen, en cambio, la psicología pertenecería al grupo de las ciencias causales, del "ser" y no del "deber ser" que son las puramente jurídicas, por ello descarta la psicología y en especial la jurídica como ciencia, ya que en su teoría para no admite todo aquello que sea metafísico, porque es causal como la física, la biología o fisiología, de las cuales la psicología se diferenciaría por el grado más o menos elevado de precisión que haya podido alcanzar hasta ahora. El derecho estudia la conducta humana, no como se desarrolla efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Es pues una ciencia normativa e imputativa. Es decir, en el caso de que si un individuo actúa bien, debe ser premiado, y si actúa mal, debe ser castigado o penado. Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o pena, no hay una relación de causa a efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben retribuirla. La imputación a la acción humana hace que los hombres aparezcan libres en el sentido de la responsabilidad.

Un hecho es "finito", porque es la "condición de una sanción". Un hombre no es libre sino en la medida que su conducta se convierta en el punto final de una imputación, es decir la condición de una consecuencia (recompensa o pena). O sea que no por el simple hecho de ser libre o responsable de sus actos el hombre puede ser sancionado, sino cuando es el punto final de una imputación<sup>4</sup>. Con lo cual si bien el método de Kelsen es inobjetable, se llega por esa vía a una amoralización y mecanización del derecho. En cambio el tomismo sostiene que el acto es libre porque procede del entendimiento en todo lo que su especificación se refiere y de la voluntad en cuanto a su ejecución o posición. El entendimiento es la forma que encarna y especifica el movimiento de la voluntad, la cual es la fuerza que bajo la luz de aquella ejecuta y obra, de ahí se distingue la libertad de especificación, que radica en el entendimiento; y la libertad de ejecución, en cuanto la voluntad puede obrar o no obrar, inclinarse a

<sup>4</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Az, 6ª ed., 1968, traducción de María Nive y Napoléón Cabrera, pág. 89 y ss.

un objeto o permanecer en reposo, y entonces ella tiene en sí misma el principio de su movimiento. El acto, es pues producto de la inteligencia y de la voluntad como causa "formal" y "material eficiente" respectivamente. Sin el acto de la inteligencia, la voluntad no puede ponerse en contacto con su objeto, y por ello no puede obrar psicológicamente, dado que el juicio de la inteligencia deja indeterminada a la voluntad para que ella elija. El acto humano no es tal, ni moral, sino en la medida de penetración de la inteligencia en la voluntad. A su vez sin la voluntad el acto de la inteligencia, no es moral porque no es libre. En todo acto humano moral interviene pues dos elementos interpenetrados, el uno como causa eficiente y material o determinable (la voluntad) y el otro como causa formal o determinante (la inteligencia) <sup>2</sup>.

Por ello creemos que si bien la psicología jurídica es una disciplina en formación, es interesante no descartarla como pretende la teoría pura en el estudio del derecho, ya que como dijimos más arriba presta grandes auxilios en el estudio de la delincuencia tanto adulta como juvenil, en el derecho de familia, en los juicios de insania y en otros casos que sería muy largo enumerar de gran utilidad en el derecho. Mirá y López la define como la psicología aplicada para el mejor ejercicio del mismo. Tampoco debe serse en un "psicologismo" es decir aquella tendencia en considerar la Psicología como el fundamento de toda investigación filosófica y saber humano, hoy superado por la fenomenología al estudiar los objetos físicos, y el derecho como objeto cultural <sup>3</sup>.

Las escuelas realistas del derecho han dado gran importancia a

<sup>2</sup> FEDERICO TORRES LACROZE, *El bien común en la doctrina tomista*, Santa Fe 1923, pág. 7.

<sup>3</sup> E. HUSSERL, *Investigaciones Lógicas*, Madrid 1929, t. III; F. TORRES LACROZE, *Manual de Introducción al Derecho*, Sa. An. 1947, pág. 13. El método del "psicologismo" consiste en la investigación de los hechos de conciencia, para la psicología se examina los hechos elementales de la vida social, para el derecho se se compone solamente de factores subjetivos, sino también de otros corporales exteriores y de aspiraciones, finalidades y valores objetivos. El psicologismo es ciencia puramente descriptiva, que no puede desarrollar una labor crítica, propia de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho. El "psicologismo" correspondiente en el arte al expresionismo, como la "Fenomenología" tiene su correlato en el imprevisionismo, puede consultarse R. BIELSA, *Metodología Jurídica*, Santa Fe 1961, pág. 323, véase también a J. BONNECASE, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Cajita Jr., Puebla 1944, pág. 296 para quien el "psicologismo jurídico es sinónimo de romanismo jurídico colocado en la acción de derecho en el sentimiento, en las consciencias individuales, susceptible de la ingenuidad de la creencia,

la psicología y en especial a la psicología social como fuente y producción del fenómeno jurídico. Para Ross, por ejemplo el derecho no es solamente una proposición lógica, sino hechos psico-físicos que reflejan actitudes de conducta. Las expresiones normativas vienen a consideración como eslabones en una cadena de funciones y realidades y no como lo supone el dogmatismo jurídico, como un mero sistema independiente de proposiciones normativas. La posibilidad de un orden social depende de que ocurran ciertas actitudes uniformes de conducta de un grupo de personas. El orden jurídico es un orden social que se caracteriza por tener sus cimientos en actitudes de conducta como aceptación de esas condiciones sociales dadas. En eso consiste el derecho vigente, no hay un dualismo entre realidad y vigencia sino una unidad.

En consecuencia habría dos tipos de realismo: el "psicológico" como el de Olivecrona, quien da también al igual que Ross importancia a los hechos psico-sociales en la formación del fenómeno jurídico. Y el otro sería el "conductista" o realismo norteamericano, donde el derecho es tal, cuando es aplicado y de acuerdo a la ideología, temperamento del juez, educación, religión, etc. En esta corriente se encuentran Holmes, Gray, Frank, Pound, entre otros; para quienes el derecho es una predicción de la conducta del juez, los jueces hacen el derecho, es decir el mismo es vigente porque es aplicable por el aparato jurisdiccional del Estado, mientras tanto no es derecho. Pero como bien lo señala Ross, el juez tiene su competencia en virtud del derecho mismo. Si bien es cierto que las reglas que aplica el juez son derecho, norma individual o como quiera llamarlas, no son derecho porque yo las aplique como juez, sino que las aplique porque son derecho. Es lo mismo que decir ¿queréis saber lo que es una gallina? Es la que sale del huevo; pero ¿qué es un huevo? Es lo que sale de la gallina. Pero, debían habernos dicho qué es la gallina. Es imposible explicar el derecho como un producto del poder, sin que al mismo debamos explicar el poder como un producto del derecho. Los jueces no son autómatas cuya conducta se decide mecánicamente, sino seres humanos cuya acción está determinada por lo que es de-

---

estregándose a las construcciones más fastidiosas y generalización de hechos concretos sin importancia, siendo a veces inexactos". Del mismo autor *Discurso de Ross al Romanticismo*, París 1928; *Romanticismo desde la vic de Droit*, 1930, publicación del Congreso de juristas de Turin de 1929.

recho y tienen su competencia por la ley y la Constitución<sup>7</sup>. Pero además deben ser psicólogos al estimar la conducta humana en interacción intersubjetiva, no sólo conocer la psicología científica, sino aplicar el sentido común y la experiencia, que a veces es la mejor maestra del obrar humano.

<sup>7</sup> Esta conferencia fue pronunciada el 30 de abril de 1970, por invitación del Colegio de Abogados, en Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos.

..

<sup>7</sup> ALF ROSS, *Esiste una ciencia realista del diritto*, ed. Abelardo Perrot. Traducción de Julia Barbato; *Rev. An.* 1961, pág. 61 y ss. *Sobre el Derecho y la Justicia*, de EUDENIA, traducción de G. Carrió, págs. 29 y ss. Puede verse también K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho*, Ed. De Palma, traducción de Gerónimo Cortés Funes, *Rev. An.* 1969.

# EL ANALISIS DE CASOS COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DE LA ENSEÑANZA JURIDICA

Dr. WILHELM GOLDSCHMIDT  
Prof. titular de Derecho Internacional Privado

## Sumario - Introducción

- I. Concepto del Análisis de Casos.
  - 1) Peligro de confusión de Análisis de Casos con Análisis de Legislación.
  - 2) Peligro de confusión de Análisis de Casos con Práctica Forense.
- II. Desarrollo del Análisis de Casos.
  - 1) Los hechos sociales. - -
  - 2) Las normas.
    - a) Su búsqueda (textos y fuentes).
    - b) Su funcionamiento.
      - a') Su interpretación.
      - b') Su aplicación.
  - 3) La justicia.
    - a) Legatos históricos.
    - b) Legatos dialécticos.
- III. Utilidad del Análisis de Casos.
  - 1) Reconocimiento práctico de conocimientos sistemáticamente ordenados.
  - 2) Adquisición de conocimientos por la vía práctica.

## Introducción

El problema de la enseñanza es siempre actual porque siempre hay docentes y alumnos y normalmente se encuentran en una relación recíproca de insatisfacción. Su estudio pertenece sin duda alguna a la ciencia de la pedagogía; sin embargo, las meditaciones acerca del tema indicado dependen igualmente de la materia de cuya enseñanza se trata.

Recientemente han sido publicados varios ensayos, que, algunos,

enfocan la enseñanza del Derecho en general<sup>1</sup>, otras contemplan la de una determinada materia<sup>2</sup>, y otras, por último, hacen referencia concretamente al tema aquí elegido, el de la enseñanza práctica<sup>3</sup>.

El Análisis de Casos como parte fundamental de la enseñanza jurídica había sido ya tratado por nosotros repetidas veces<sup>4</sup>, pero siempre sólo de modo general. He aquí la oportunidad de dar algunos detalles.

Examinaremos a continuación el concepto del Análisis de Casos, su desarrollo y su utilidad.

## I

### Concepto del Análisis de Casos

La materia denominada Análisis de Casos consiste en presentar a los alumnos los hechos jurídicamente esenciales de una controversia y en invitarlos a resolverla de acuerdo a normas prefabricadas o, en su defecto, en virtud de normas fabricadas "ad hoc".

Por regla general, estos casos no serán inventados sino habrán sido tomados de controversias reales, hayan sido o no judiciales.

Sea dicho de paso tan sólo que, aunque la presentación de los hechos debe contener todos los hechos jurídicamente importantes, puede igualmente comprender "hechos-trampas", toda vez que en la práctica los clientes cuentan siempre hechos sin trascendencia jurídica mezclados con otros que la poseen. Por otra vertiente, como los clientes de ningún modo relatan siempre los hechos jurídicamente impresionables, la narración del caso puede brindar "lagunas-trampas" que los alumnos deben rellenar dando las soluciones para las diversas posibilidades de la realización del caso.

<sup>1</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, *La enseñanza en las Facultades de Derecho*, en *El Derecho*, diario del 1º de abril de 1971, t. 36, p. 187.

<sup>2</sup> CIUDO CALDANI, *Consideraciones sobre la introducción al Derecho como disciplina*, en "Juris", Rosario, Año XIX, diarios nos. 4038 y ss., del 22 de abril de 1971 y ss.

<sup>3</sup> ANGEL FERNANDO GILARDI, *La enseñanza positiva del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Rosario*, en *La Ley*, diario del 4 de febrero de 1971; CARLOS JOSÉ CORRELLA, NESTOR ALFREDO PÁZ y CARLOS ALBERTO, *Discusiones sobre los métodos de enseñanza y el curso "Desarrollo de Casos" en la Facultad de Derecho de Rosario*, en *Doctrina Jurídica, La Plata*, diario del 7 de mayo de 1971.

<sup>4</sup> V. nuestro trabajo, citado en la primera nota (II, E, B, b) y en la tercera edición de nuestra "Introducción al Derecho" (la teoría trinitaria del mundo jurídico y sus horizontes), Depalma, Buenos Aires, 1967, n.º 308, p. 277.

1) Peligro de confusión de Análisis de Casos  
con Análisis de Legislación

La materia Análisis de Casos no es idéntica con la disciplina que podría denominarse Análisis de Legislación.

En esta última, en efecto, no se expone al alumno un caso, sino un tipo o varios tipos de casos. Por el otro lado, su tarea no consiste en resolver la controversia en virtud de normas prefabricadas sino en fabricar normas para su solución.

Según el positivismo jurídico, la legislación no es quehacer del jurista, sino misión del político. Con arreglo al positivismo las leyes se inspiran en valores, los valores son siempre valores fabricados y quienes los fabrican son los políticos. Según el antipositivismo, los valores en los que las leyes se inspiran, son con frecuencia valores naturales, absolutos y relativos, y es tarea del jurista enderezar la legislación hacia el valor natural y absoluto de la justicia.

En la enseñanza universitaria no hay diferencia entre un caso y un tipo de casos, ya que lo singular del caso se determina por la individualidad de sus protagonistas que no aparecen realmente en la Universidad. Pero aún confluyendo, pues, en las aulas el caso con el tipo del caso, sigue en pie la diferencia de que en Análisis de Casos su solución consiste en la aplicación de normas, casi siempre prefabricadas y sólo en el supuesto de su carencia, de normas elaboradas "ad hoc", mientras que en Análisis de Legislación se resuelven los tipos de casos por medio de la fabricación de normas generales.

2) Peligro de confusión de Análisis de Casos  
con Práctica Forense

Tampoco se debe confundir Análisis de Casos con Práctica Forense.

En esta última se estudia la forma de los escritos redactados en juicios y tramitaciones administrativas y los respectivos procedimientos. Se familiariza al alumno con formularios de escritos y con su "expediente". Al insuflar vida en los procedimientos, el profesor acude a veces al método del sociodrama y reparte entre los alumnos los papeles de actor, demandado, juez, fiscal, etc.

Los reproches de los jóvenes profesionales de que la Universidad no les enseña redactar una demanda y los expone al ridículo cuando salen de sus aulas inclusive ante empleados de alguna experiencia trí-

bunaldia, alude a la ignorancia del "expediente", la más fácilmente remediable de cuantas ignorancias aquejan al neófito.

## II

### *Desarrollo del Análisis de Casos*

Ahora bien, ¿cuál es el procedimiento correcto para analizar casos?

#### 1) Los hechos sociales

Desde luego hay que reunir los hechos de los que el caso se compone.

En la enseñanza esta tarea resulta simplificada, ya que, como tuvimos oportunidad de observar, el profesor proporciona a los alumnos los hechos importantes, normalmente inclusive sin "hechos o lagunas trampa".

En la realidad el profesional ha de averiguar estos hechos. Y ésta es misión es de naturaleza compleja, toda vez que la importancia o la indiferencia de un hecho se desprende de las normas aplicables por lo cual se produce una constante interdependencia de hechos y normas.

Con ello llegamos a la próxima etapa de la labor que nos obliga a salir de la dimensión social y a adentrarnos en la dimensión normológica<sup>2</sup>.

#### 2) Las normas

##### a) Su búsqueda (hontanas y fuentes)

Es preciso reunir las normas que "prima facie" resulten aplicables a los hechos. La búsqueda de aquéllas, como ya señalamos, da simultáneamente lugar a la de hechos.

La búsqueda de las normas debe proceder sistemáticamente, o sea revisar hontana tras hontana: Derecho Internacional Público y Derecho Interno, y dentro del primero y del segundo, fuente tras fuente, o sea convenciones y Derecho Internacional Público consuetudinario,

<sup>2</sup> Una exposición completa de la teoría triárica del mundo jurídico se halla en nuestra Introducción, citada en la nota anterior. La concepción triárquica del mundo jurídico ha sido aceptada recientemente por MARCELO E. APTALION, *Dimensiones del Derecho en la Sociedad*, en *La Ley*, diario del 8 de agosto de 1971. MARCELO E. APTALION hace especial hincapié en el concepto de "implementación técnica" el cual se confunde con nuestra noción de los "materialismos" (l.c., pp. 322 y ss., pp. 334 y ss.).

por un lado, y Constitución, leyes, decretos, etc.; y Derecho Interno consuetudinario por el otro

b) Su funcionamiento

a') Su interpretación

En primer lugar, hace falta interpretar las normas. La interpretación consiste en comparar el sentido lingüístico de una norma, usual en el grupo al que se dirige, con la auténtica voluntad de su autor, inferida de indicios observables, y en caso de discrepancia en hacer valer la última por encima del primero. El intérprete debe al autor de la norma absoluta lealtad; él es "la bouche du législateur".

Si la norma legalmente interpretada nos condujese a un resultado insosteniblemente injusto, desengañemos su aplicación, decláramos la existencia de una laguna por razones de justicia (laguna dialéctica) y la rellenamos por medio de una norma elaborada "ad hoc".

El positivismo llega prácticamente a idéntico resultado. Pero como no puede admitir que acude al valor de la justicia, la introduce de contrabando reemplazando la voluntad real del legislador, sea individual (tema de la psicología individual), sea colectiva (tema de la psicología social), por la voluntad mitológica de la ley.

b') Su aplicación

En segundo término, la norma será aplicada. Para ello es necesario encuadrar los hechos del caso en su tipo legal y las peticiones en su consecuencia jurídica. En la fase prejudicial del caso, cuando los abogados examinan qué derechos pueden inferirse de los hechos, la labor se iniciará con el encuadramiento de los hechos en los tipos legales pertinentes, indicando a continuación las consecuencias jurídicas respectivas los derechos y las obligaciones engendradas por aquéllos. Al contrario, cuando el juez decidirá sobre las pretensiones aducidas, empezará con su inclusión en las consecuencias jurídicas adecuadas, analizando a continuación si los hechos probados encuadran o no en los tipos legales asociados a aquellas consecuencias jurídicas. En el primer supuesto hablamos del método histórico, en el segundo del método sistemático<sup>4</sup>.

A veces es imprescindible precisar previamente el tipo legal o la consecuencia jurídica si la norma en cualquiera de sus partes, o en ambas, fuese indeterminada. Recordamos las leyes penales en blanco o las penas sólo relativamente determinadas.

<sup>4</sup> V. en *Introducción al Derecho*, I. c., número 208, pp. 187 y 18.

Por último, corresponde frecuentemente la actualización de la consecuencia jurídica. En la Universidad la actualización de consecuencias jurídicas consistentes en condenas obviamente está fuera de lugar.

### 3) La justicia

Muchas veces nos inspiraremos en la justicia.

#### a) Lagunas históricas

Ello ocurre, en primer término, si el ordenamiento normativo muestra una laguna histórica, sea porque el legislador pecó de imprevisión, sea porque la situación era imprevisible. Así por ejemplo no nos indica el Código Civil qué ley es aplicable a la patria potestad (caso de imprevisión), mientras que la Constitución Nacional no determina quién será el jefe supremo de las fuerzas armadas de la Nación (caso de imprevisibilidad).

En cualquiera de ambas hipótesis, el primer intento consiste en elaborar una norma con la ayuda de analogías o de los principios del ordenamiento normativo positivo (autointegración). De este modo se recurre a la justicia, por ser justo que situaciones iguales encuentren igual solución; pero este recurso se hace a la justicia formal, ya que no se discute la justicia de la norma que se aplica por analogía o la del principio del que se deduce una regla.

De no ser asequible la autointegración, se acudirá a la justicia material (heterointegración). La justicia no constituye un código de normas ideales. Pero ella es tampoco un conjunto de principios ideales. La justicia es la valoración de la solución del caso como justa. La solución debe elaborarse con miras a la situación controvertida. Luego su valoración se lleva a cabo poniendo en parangón variaciones del caso examinando la repercusión de la variación sobre la solución proyectada para el caso real (método de las variaciones); el órgano de la valoración es el sentimiento de justicia que es un sentimiento racional porque reacciona a razones<sup>2</sup>.

El Trialismo ha creado el Derecho Natural Menor; antes no hubo sino Derecho Natural Mayor. El último es "a priori"; racionalista, y

<sup>2</sup> V. *Introducción al Derecho*, I, c., n.º 411, pp. 388, 378. El método de variaciones es un caso especial del "procedimiento de tanteo" ("Probierverfahren") y del "método de ensayo y error" ("Methode von Versuch und Irrtum"). Descritos ya por Lotze en sus *Lecciones lógicas* (v. Erich Döber, *Deutsche Philosophie*, Duncker und Humblot, München, 1934, p. 73) y del método de las posibilidades y de su comparación de Max Weber (v. Karl Jaegers, *Max Weber*, Piper Verlag, München, 1934, p. 51).

en cuanto entiende por Iusnaturalismo un conjunto de disposiciones o aun de principios autónomos (no inducidas de valoraciones), conalgua con un Positivismo (no humano, sino) Divino. El primero es "a posteriori", realista, y constituye en el fondo un Criticismo Iusnaturalista: Criticismo, porque no da directamente una solución sino porque la supone valorándola (criticándola) como justa o injusta; y Iusnaturalista, porque cada valoración es objetiva o sea independiente del que valora, aunque por cierto dependiente de lo que es valorado.

#### b) Lagunas dikelógicas

Pero aun no habiendo ninguna laguna histórica ya, debemos examinar desde el ángulo visual de la justicia material tanto las normas aplicables de primera intención, así como las elaboradas por autointegración. Si desde este punto de vista la norma prefabricada o la elaborada "ad hoc" fuese injusta, la apartamos de nuestra senda procurando así una laguna dikelógica.

Si repudiamos una norma prefabricada, la laguna dikelógica puede llenarse por autointegración. En otras palabras: la justicia material descarta la norma prefabricada como injusta; pero la laguna así abierta la colmamos, si ello fuese posible, acudiendo a la justicia formal (analogías y principios generales positivos).

Empero si rechazamos una norma elaborada por autointegración, no queda sino el recurso a la justicia material, o sea la heterointegración.

### III

#### Utilidad del Análisis de Casos

La misión del Análisis de Casos consiste en acostumbrar al alumno a reagrupar los conocimientos teóricamente ordenados en función de la solución del caso; pero su empleo es igualmente útil si el alumno, sin disponer de conocimientos sistemáticamente ordenados, los busca directamente en función de solucionar un caso.

#### 1) Reagrupamiento práctico de conocimientos sistemáticamente ordenados .

En la Universidad, y en las clases teóricas, el alumno adquiere, en efecto, los conocimientos en un orden sistemático. En cada materia

la Parte General precede a la Parte Especial. Por el otro lado, existe un orden de materias según su correlatividad<sup>3</sup>.

Cada caso a su vez mezcla despiadadamente problemas de la Parte General con otros de la Parte Especial —no hay delito que no sea hurto u homicidio; no existe un negocio jurídico que no sea testamento o compra-venta—; y añade, además, casi siempre a varias materias, por ejemplo a Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Procesal Civil, o Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, etc.

Al resolver un caso, es menester aprovechar conocimientos, a cualquier materia y a cualquier parte de ella pertenezcan, con tal que sirvan para solucionar el caso.

### 3) Adquisición de conocimientos por la vía práctica.

Pero aunque el alumno todavía no hubiese estudiado teóricamente las materias implicadas, o no todas ellas, o no por completo, el análisis de casos le hace adquirir conocimientos por la vía práctica al solucionar el caso. Se suele objetar que es imposible aplicar conocimientos que no se posean. Ello es cierto. Pero nada obsta a que se aplique conocimientos que, aunque uno no los tenía, haya adquirido a este efecto.

El proceso es en un todo similar al aprendizaje del lenguaje que tanto puede aprenderse teóricamente mediante clases de gramática, fonética, etc., como prácticamente viviendo en el país donde dicha lengua se habla, desde el balbuceo hasta el dominio práctico completo, aunque se ignore el número de declinaciones y los diferentes sonidos de una vocal.

El Derecho, lo mismo que el lenguaje, deben aprenderse tanto por la vía teórica, como por la vía práctica. Lo mejor es simultanear ambos procedimientos. Pero también da resultado utilizarlos sucesivamente sin que importe cuál es el orden de su sucesión.

<sup>3</sup> La correlatividad de las disciplinas jurídicas no resiste el análisis al no sustituir que el mundo jurídico es un conjunto desordenado (v. nuestra Introducción, I. c., n.º 330, pá. 468 y ss.).

## LA DEFINICION DE LA SANCION EN DERECHO

Dr. ROBERTO J. VERMEJO  
Prof. titular de Filosofía del Derecho

Los problemas pedagógicos a nivel universitario —ante el notorio incremento de la población estudiantil y la imposibilidad de modificar rápidamente ciertas estructuras arcaicas en los procedimientos de enseñanza— inducen a experimentar técnicas pedagógicas que han demostrado su utilidad en muchos otros campos. Una de ellas es la enseñanza que recurre a la instrucción programada.

Los supuestos psicológicos y pedagógicos de las técnicas que han sido propuestas bajo esa denominación —entre las cuales las más conocidas son las derivadas de las experiencias de Skinner y de los procedimientos de Crowder— parecen ser especialmente adecuados para la enseñanza de disciplinas dogmáticas (como buena parte de las disciplinas jurídicas) o desarrolladas sistemáticamente (como la lógica jurídica y la teoría general del derecho).

A título de ensayo propongo en lo que sigue un programa para la enseñanza de una noción jurídica fundamental, la de sanción. El programa en cuestión, como se advertirá, no ha sido desarrollado en forma puramente lineal, sino que recurre a técnicas mixtas, al tratar de explotar a veces los errores en que el alumno incurra, al suscitar respuestas abiertas, etc. El programa ha sido desarrollado en forma teórica y su publicación tiene por objeto someterlo a una evaluación práctica en la enseñanza universitaria. El tema desarrollado es la noción de sanción jurídica, en los términos propuestos básicamente por Kelsen, con el agregado de algunas relaciones de lógica deóntica conforme al sistema original de G. von Wright. Entiendo que el programa puede ser propuesto tanto a alumnos que cursan Introducción al Derecho (en cuyo respecto se supone que cuentan con ciertos conocimientos intuitivos referentes a relaciones normativas y a la constitución de ciertos grupos sociales), como a alumnos de Filosofía del Derecho (Teoría General del Derecho), los cuales contarán

seguramente con conocimientos dogmáticos de diversas ramas del derecho positivo.

Quien desarrolle el curso simplemente deberá intentar dar respuesta a los interrogantes formulados en cada cuadro, recurriendo exclusivamente a la información dada en el cuadro anterior (o en los cuadros anteriores). La confirmación de la respuesta que proponga con la sugerida en el programa, lo autoriza a continuar con el desarrollo del mismo. Considero que el programa puede ser desarrollado en no más de media hora; el profesor arbitrará los medios para evitar las respuestas fraudulentas. En principio, la forma escrita es la más conveniente para iniciar la evaluación del programa, sin perjuicio de que el profesor pueda aumentar la información necesaria (especialmente en los temas lógicos tratados en los cuadros 15 a 19). El autor agradecerá las correcciones y sugerencias que le sean transmitidas con respecto al programa propuesto, que, como se ha dicho, sólo constituye por el momento un ensayo corregible.

## LA SANCION JURIDICA

	<p><i>C. 1</i></p> <p>Ningún grupo social admite que sus miembros actúen en forma totalmente libre: no podemos apoderarnos de sus bienes; no podemos privarlo de la vida.</p> <p>Los actos que no se deben hacer, porque el grupo social del cual formamos parte no lo acepta, se denominan <i>actos prohibidos</i>.</p> <p>¿Cómo denominaremos a los actos que el grupo social del que formamos parte no acepta?</p>
<p><i>R. 1</i></p> <p>Actos prohibidos</p>	<p><i>C. 2</i></p> <p>Acto prohibido es aquel que, conforme a las normas del grupo, no se debe hacer, aunque se trate de un acto físicamente posible. En la República Argentina, por ejemplo, se prohíbe matar al prójimo o hurtarle bienes. Estos actos prohibidos son <i>delitos</i>.</p> <p>¿Sabe usted si algunos de los actos indica-</p>

	<p>das a continuación son entre nosotros actos prohibidos o delitos? Subraye la respuesta correcta.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Fabricar privadamente papel moneda? Es delito / No es delito.</li> <li>2. ¿Contrair matrimonio poligámico? Es delito / No es delito.</li> <li>3. ¿Designar herederos por testamento? Es delito / No es delito.</li> </ol>
<p><b>B. 3</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Delito</li> <li>2. Delito</li> <li>3. No es delito</li> </ol>	<p><b>C. 3</b></p> <p>Pero, como se advierte si pensamos un momento, en ningún grupo social todos los actos pueden estar prohibidos, porque de estarlo la convivencia social sería imposible.</p> <p>¿Por qué ninguna sociedad puede declarar prohibidos todos los actos de sus miembros? Porque _____</p>
<p><b>B. 3</b></p> <p>Porque la convivencia social sería imposible.</p>	<p><b>C. 4</b></p> <p>La convivencia social, por el contrario, requiere no sólo que ciertos actos no se ejecuten (por cuyo motivo se los prohíbe), sino que ciertos actos sean efectivamente cumplidos. Una manera de lograr que aquellos actos considerados socialmente necesarios se cumplan, consiste en prohibir su omisión.</p> <p>¿Cómo se logra que se cumplan los actos que el grupo social considera necesarios? Subraye la alternativa correcta:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prohibiendo la omisión de los actos necesarios; 2. No prohibiendo la omisión de los actos necesarios.</li> </ol>
<p><b>B. 4</b></p> <p>Prohibiendo la omisión de los actos necesarios.</p>	<p><b>C. 5</b></p> <p>Si el Estado, por ejemplo, considera deseable que los súbditos paguen impuestos, una manera de imponer esa obligación consiste en prohibir que se omita pagarlos.</p> <p>La omisión en el cumplimiento de una obligación es un acto prohibido o delito.</p> <p>Si ya sabemos que fabricar papel moneda</p>

sin autorización es un delito, ¿es el acto a cuya omisión estamos obligados? A no \_\_\_\_\_

R. 5

A no fabricar papel moneda.

C. 6

Digamos, pues, que son actos obligatorios, para los miembros de un grupo social, aquellos cuya omisión les está prohibida.

¿Cuándo un acto es obligatorio para los miembros de un grupo social? Cuando \_\_\_\_\_

Y si, por ejemplo, en un grupo social, matar al prójimo está jurídicamente prohibido, ¿qué acto está jurídicamente obligatorio? El acto de \_\_\_\_\_

R. 6

Cuando su omisión les está prohibida.

El acto de no matar.

C. 7

Introducamos ahora una notación simbólica para señalar las relaciones conceptuales que hemos establecido entre los actos prohibidos y los actos obligatorios.

Simbolizaremos con las letras minúsculas 'p', 'p<sub>1</sub>', 'p<sub>2</sub>',... 'p<sub>n</sub>', enunciadas que describen actos humanos, tales como "Juan paga un impuesto", o "Pedro fabrica moneda".

Con la letra mayúscula 'O' representaremos la propiedad de obligatorio que queda atribuir a esos actos. Así: 'O(p<sub>1</sub>)' es una expresión simbólica que pueda leerse "el acto p<sub>1</sub> es obligatorio", o bien, "es obligatorio que p<sub>1</sub>", o bien, "hacer p<sub>1</sub> es debido (obligatorio)".

Utilizando este simbolismo, ¿cómo leería usted las siguientes expresiones?

1. O(p<sub>1</sub>);
2. O(p<sub>1</sub> y p<sub>2</sub>);
3. O(p<sub>1</sub> y/o p<sub>2</sub> y/o p<sub>3</sub>).

1. El acto p<sub>1</sub> es \_\_\_\_\_
2. Es obligatorio que \_\_\_\_\_
3. Hacer \_\_\_\_\_

R. 7

1. El acto p<sub>1</sub> es obli-

C. 8

Hemos visto (cf. C. 6) que un acto es obli-

gatorio.

2. Es obligatorio que  $p_1$  y  $p_2$ .

3. Hacer  $p_1$  s/o  $p_2$  y/o  $p_2$  es obligatorio.

gatorio — 'O( $p_1$ )' — cuando su omisión está prohibida.

La omisión de un acto  $p_1$  es simbolizaremos con la negación de  $p_1$ , puesto que si  $p_1$  es "fabricar moneda", su omisión será justamente "no fabricar moneda". Es decir: 'no  $p_1$ '.

Representaremos la negación de un enunciado con la letra mayúscula 'N' antepuesta al símbolo del acto negado. Por ejemplo: 'N $p_1$ '.

Entonces, si  $p_1$  representa, por ejemplo, el acto de fabricar moneda, diremos que la obligación de omitirlo (de no hacerlo), queda representada con la expresión simbólica 'O(N $p_1$ )', que puede leerse "Es obligatorio no hacer (omitir)  $p_1$ ".

¿Cómo simbolizaría usted la obligación de omitir los tres actos indicados en el cuadro anterior? A saber:

1.  $p_1$  \_\_\_\_\_
2. ( $p_1$  y  $p_2$ ) \_\_\_\_\_
3. ( $p_1$  s/o  $p_2$  s/o  $p_2$ ) \_\_\_\_\_

E. 8

1. O(N $p_1$ ).
2. ON( $p_1$  y  $p_2$ ).
3. ON( $p_1$  s/o  $p_2$  y/o  $p_2$ ).

C. 8

— —

Ahora bien: si es obligatorio omitir un acto diremos que ese acto es prohibido.

En símbolos: diremos que  $p_1$  está prohibido si O(N $p_1$ ). Para abreviar, representaremos la propiedad de estar prohibido un acto, con la letra mayúscula 'V' (del alemán: verboten, prohibido), antepuesta a  $p_1$ .

Es decir, que son equivalentes las expresiones O(N $p_1$ ) y V( $p_1$ ).

Un acto, pues, es prohibido, cuando es \_\_\_\_\_ omitirlo (llene el blanco).

E. 9

Obligatorio

C. 10

Y así como tenemos la equivalencia

$$O(Np_1) = V(p_1),$$

tenemos también la forma inversa

$$V(Np_1) = O(p_1).$$

es decir: si está prohibido omitir  $p_1$ , esa acción es obligatoria.

Tomando presentes estas relaciones, indique

usted qué formas son equivalentes entre las cuatro siguientes:

- |              |             |             |
|--------------|-------------|-------------|
| 1. $O(p_1)$  | $i1$ y $3f$ | $i1$ y $4f$ |
| 2. $V(p_1)$  | $i2$ y $3f$ | $i2$ y $4f$ |
| 3. $O(Np_1)$ | $i2$ y $3f$ | $i2$ y $3f$ |
| 4. $V(Np_1)$ | $i4$ y $3f$ | $i4$ y $3f$ |

R. 10

1. 1 y 4  
2. 2 y 3  
3. 3 y 2  
4. 4 y 1

C. 11

Si, en consecuencia, hemos establecido que  $O(p_1)$  y  $V(Np_1)$  por un lado, y, por el otro  $V(p_1)$  y  $O(Np_1)$  son expresiones equivalentes, resulta que un acto prohibido es aquel que es obligatorio omitir, y un acto obligatorio es aquel que es prohibido omitir.

¿Cómo simbolizaría usted un acto obligatorio cualquiera, en términos de prohibición?

V \_\_\_\_\_

¿Y cómo simbolizaría un acto prohibido cualquiera, en términos de obligación?

O \_\_\_\_\_

R. 11

$V(Np_1)$   
 $O(Np_1)$

C. 12

El acto prohibido, como hemos visto, es el no admitido por el grupo social, mientras que el acto obligatorio es el acto socialmente deseado.

Normalmente no podemos efectuar, dentro de un grupo, un acto prohibido por el grupo mismo, sin sufrir alguna reacción positiva por parte de algunos miembros del grupo.

¿Qué provoca en un grupo social la realización de un acto que está prohibido?

R. 12

Una reacción positiva.

C. 13

Pero como los actos obligatorios son aquellos cuya omisión está prohibida, resulta que la omisión de un acto obligatorio, acto admitido o deseado por el grupo, también ha de provocar una reacción desfavorable.

La realización del acto obligatorio, el cumplimiento de la obligación, sirve, en consecuen-

	<p>ca, para evitar la reacción punitiva del grupo.</p> <p>La omisión del acto obligatorio provoca una ..... punitiva del grupo, por tratarse de un acto ..... En cambio, el cumplimiento del acto obligatorio, evita la ..... punitiva.</p>
<p>R. 13</p> <p>Reacción</p> <p>Prohibido</p> <p>Reacción</p>	<p>C. 14</p> <p>Los actos obligatorios, en cuanto son demandas y admitidos por el grupo social, tienen que ser actos permitidos socialmente. Por de pronto, entendamos por actos permitidos los actos no prohibidos.</p> <p>Si simbolizamos con la letra mayúscula 'P' la permisión, diremos que 'P(p<sub>1</sub>)' — "permitido p<sub>1</sub>" — equivale a 'NV(p<sub>1</sub>)'. Es decir, p<sub>1</sub> está permitido si, y sólo si, no está prohibido hacerlo.</p> <p>¿Cuándo decimos, en términos de prohibición (V), que un acto está permitido? P(p<sub>1</sub>) si y sólo si .....</p>
<p>R. 14</p> <p>NV (p<sub>1</sub>) .</p>	<p>C. 15</p> <p>Y así como tenemos la equivalencia (Cf. C. 14)</p> <p>(1) P(p<sub>1</sub>) : NV(p<sub>1</sub>),</p> <p>y la equivalencia ya conocida (cf. C. 10)</p> <p>(2) V(p<sub>1</sub>) : O(Np<sub>1</sub>),</p> <p>tenemos también la posibilidad de simbolizar un acto permitido en términos de obligación. Para ello sustituiremos en (1) los términos equivalentes en (2), cuidando de mantener la negación de (1).</p> <p>¿Cómo simbolizaría usted P(p<sub>1</sub>), en términos de obligación (O), teniendo presentes las equivalencias indicadas en el cuadro y la transitividad de la relación lógica de equivalencia?</p> <p>P(p<sub>1</sub>) : O .....</p>
<p>R. 15</p> <p>((p<sub>1</sub>) : NO(Np<sub>1</sub>))</p>	<p>C. 16</p> <p>Tenemos, pues:</p> <p>(1) Actos obligatorios (Op<sub>1</sub>), como el pagar impuestos;</p> <p>(2) Actos prohibidos (Vp<sub>1</sub>), como el falsificar moneda.</p>

	<p>En relación con la propiedad de ser permitidos (P), diremos</p> <p>(1) que los actos obligatorios son .....;</p> <p>(2) que los actos prohibidos no son.....</p>
<p>E. 16</p> <p>Permitidos (P)</p> <p>Permitidos (P)</p>	<p>C. 17</p> <p>Ahora bien: si un acto es permitido cuando no está prohibido (cf. C. 16); o, en símbolos:</p> $P(p_i) = NV(p_i),$ <p>también podemos decir que un acto está prohibido cuando no está permitido. O sea:</p> $V(p_i) = NP(p_i).$ <p>Y como ya hemos visto que <math>O(p_i)</math> equivale a <math>VNP(p_i)</math> (cf. C. 10), ¿cómo simbolizaría usted <math>O(p_i)</math> en términos de permisión (P), sabiendo que <math>V(p_i) = NP(p_i)</math>, y ¿cómo leería la equivalencia resultante? Piense en el desarrollo parecido efectuado en C. 15 y en la posibilidad de sustitución entre equivalencias.</p>
<p>E. 17</p> <p><math>NP(Np_i)</math></p> <p>No está permitido omitir <math>p_i</math></p>	<p>C. 18</p> <p>Pero piénsese que un acto no sólo puede estar permitido por ser obligatorio, sino que también puede estar permitido omitido.</p> <p>En decir, tendríamos un cierto acto <math>p_i</math> del cual podemos afirmar no sólo <math>P(p_i)</math>, sino también <math>P(Np_i)</math>. Esto equivale —teniendo presentes las equivalencias descubiertas en los cuadros anteriores— a afirmar que el acto <math>p_i</math> no es obligatorio (puede que está permitido omitirlo), ni es obligatorio su omisión (es decir, que no está prohibido, ya que está permitido hacerlo). El acto en cuestión es tanto</p> <p>(1) <math>(Pp_i)</math> y <math>PNp_i</math>, como</p> <p>(2) <math>(NPp_i)</math> y <math>NONp_i</math>.</p> <p>Demonstraremos a continuación los que satisficieren las propiedades conjuntas (1) y (2). Y diremos simplemente que un acto <math>p_i</math> es facultativo — '<math>F(p_i)</math>' — cuando está permitido hacer <math>p_i</math> y también está permitido omitirlo (no hacerlo).</p> <p>¿Cómo definiríamos, en términos de permisión (P) a un acto facultativo <math>F(p_i)</math>, si P ..... y .....</p>

¿Y cómo simbolizaríamos  $F(p_1)$  en términos de obligación (O)?  $F(p_1)$ : (NO \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_).

¿Se siente capaz de demostrar la equivalencia entre las dos fórmulas obtenidas? Revisa las equivalencias anteriormente demostradas entre fórmulas F y fórmulas O (c.f. C. 15 y 17). La demostración puede comenzar así: Si  $F(p_1)$  : NO( $p_1$ ) y si \_\_\_\_\_

E. 18

(1)  $F(p_1)$  :  $F(p_1)$  y  $F(Np_1)$ .

(2)  $F(p_1)$  : NO( $p_1$ ) y NO( $Np_1$ ).

Las fórmulas (1) y (2) son equivalentes porque si  $F(p_1)$  : NO( $Np_1$ ), según C. 15, y si  $F(Np_1)$  : NO( $p_1$ ), según C. 15 y E.15, por substitución de equivalentes obtenemos

$(Fp_1 \text{ y } FNp_1)$  : (NO $p_1$  y NO $Np_1$ ) Q.E.D.

(Si esta demostración le es difícil —es el desarrollo más complicado de este programa— le puede convenir estudiar el Anexo I al final).

C. 19

Para ilustrar un caso de acto facultativo, podemos señalar, entre nosotros y en nuestro derecho, el casamiento. Efectivamente, casarse es facultativo puesto que nadie está obligado a hacerlo, ni nadie está obligado a dejar de hacerlo.

Diremos que, en cuanto acto facultativo, el acto de casarse es un acto permitido, pero no es un acto obligatorio. Es decir:

$$F(p_1) : (Fp_1 \text{ y } NOp_1).$$

Considerando las propiedades de los actos facultativos expuestas en las equivalencias de los C. 15 y 18, ¿puede un acto facultativo ser un acto prohibido? SI / NO (Tacha la respuesta errónea). Indique, sea cual fuere su respuesta, la razón de la misma: Un acto facultativo puede/no puede ser prohibido porque \_\_\_\_\_

E. 19

Si su respuesta es SI, retroceda al C. 18 y vuelva a desarrollar el programa hasta C. 18.

La respuesta es NO, porque si el acto facultativo fuera prohibido, sería necesariamente no permitido, en contradicción con la definición.

C. 20

Vamos a llamar a la clase de los actos permitidos — clase que abarca, pues, a las subclases de los actos obligatorios y de los actos facultativos, actos lícitos.

¿Qué subclases de actos comprende la clase de los actos lícitos?

a) Actos \_\_\_\_\_;

b) Actos \_\_\_\_\_

<p>R. 20</p> <p>a) Actos obligatorios; b) Actos facultativos.</p>	<p>C. 21</p> <p>Clare está que los actos obligatorios, en cuanto son actos permitidos, son siempre lícitos.</p> <p>¿Por qué son lícitos los actos obligatorios? Usted puede dar la razón recordando la definición de actos lícitos y la relación entre los actos obligatorios y permitidos.</p> <p>Los actos obligatorios son lícitos porque los actos obligatorios son siempre _____</p>
<p>R. 21</p> <p>Permitidos</p>	<p>C. 22</p> <p>El complemento de la clase de los actos lícitos (clase que, como hemos visto, comprende a las subclases de los actos obligatorios y de los actos facultativos), es la clase de los actos no permitidos. La llamaremos clase de los actos ilícitos.</p> <p>Por definición, entonces, los actos ilícitos son los actos prohibidos.</p> <p>¿Qué clase de actos son los actos ilícitos? Los actos ilícitos son _____</p> <p>¿Qué clase de actos son los actos lícitos? Los actos lícitos son _____ y _____</p>
<p>R. 22</p> <p>Los actos ilícitos son los actos prohibidos.</p> <p>Los actos lícitos son los actos obligatorios y los actos facultativos.</p>	<p>C. 23</p> <p>Tenemos, pues, el siguiente esquema:</p> $\text{Actos (1)} \left\{ \begin{array}{l} \text{Permitidos (2)} \left\{ \begin{array}{l} \text{Obligatorios (4)} \\ \text{..... (5)} \end{array} \right. \\ \text{Prohibidos (3)} \left  \text{..... (6)} \right. \end{array} \right.$ <p>¿En qué lugar colocaría usted, en este esquema a los actos facultativos? ¿En la posición (5) o en la posición (6)? Llene el blanco correspondiente.</p>
<p>R. 23</p> <p>En (5).</p> <p>Si usted hubiera indi-</p>	<p>C. 24</p> <p>Hemos visto que los actos permitidos (y sus subclases) son aquellos admitidos por el grupo social interesado. En las sociedades modernas,</p>

cado (8), vuelva a estudiar el programa a partir del cuadro 18.

en el Estado, junto a otros grupos, quien establece qué acciones están permitidas.

En decir: el Estado establece qué actos son obligatorios, qué actos son facultativos y cuáles actos están prohibidos, promulgando las normas jurídicas que imponen esos caracteres a las acciones posibles de los hombres sometidos al poder de ese Estado.

En las sociedades modernas, ¿quién es el ente que establece qué acciones son permitidas y cuáles son prohibidas? O lo que es lo mismo: ¿quién dicta las normas que permiten distinguir entre las acciones lícitas y las acciones ilícitas?

---

B. 24

El Estado.

C. 25

El Estado es una forma de organización de las sociedades humanas. Esa organización se presenta, por de pronto, cuando los actos de ciertos sujetos son atribuidos al grupo social todo, y no al sujeto individual que los ejecuta. Así, por ejemplo, el acto del verdugo no es pensando como un acto lícito de un sujeto individual, a saber: el verdugo mismo, sino que es considerado un acto del Estado.

Los actos del Estado, pues, son los actos de ciertos sujetos llamados órganos.

¿Qué es el Estado? Es una forma de \_\_\_\_\_

---

¿Cómo se denominan los sujetos cuyos actos son atribuidos al Estado? \_\_\_\_\_

---

B. 25

Es una forma de organización de las sociedades humanas.

Se denominan órganos.

C. 26

Cuando un acto cumplido por un órgano no es atribuido a su autor real, un sujeto individual, sino al Estado, decimos que el sujeto en cuestión ha actuado como órgano jurídico del Estado.

¿Cuándo, pues, decimos que la acción de un sujeto es un acto del Estado?

Cuando el sujeto que la realiza es un \_\_\_\_\_

---

<p>R. 26</p> <p>Cuando el sujeto que la realiza es un órgano jurídico del Estado.</p>	<p>C. 27</p> <p>Los seres humanos, al actuar como órganos de la sociedad o del Estado, pueden realizar tanto acciones obligatorias, como acciones facultativas.</p> <p>Por ejemplo: un órgano estatal cumple una obligación cuando paga un subsidio fijado por la ley; ejerce una facultad, cuando proyecta un plan de obras públicas para lo cual una ley le ha autorizado.</p> <p>¿Qué clases de acción está permitida realizar a los órganos del Estado?</p> <p>Acciones ..... y acciones .....</p>
<p>R. 27</p> <p>Acciones obligatorias y acciones facultativas.</p>	<p>C. 28</p> <p>Tanto los actos obligatorios como los actos facultativos son considerados actos imperativos o voluntarios de los sujetos o de los órganos jurídicos.</p> <p>Decimos que la actuación voluntaria de los órganos jurídicos hace efectiva la denominada voluntad del Estado.</p> <p>¿Qué clases de actos constituye la manifestación de la voluntad del Estado?</p> <p>Los actos ..... y los actos ..... ..... de los órganos jurídicos.</p>
<p>R. 28</p> <p>Los actos obligatorios y los actos facultativos de los órganos jurídicos.</p>	<p>C. 29</p> <p>Ciertos actos de fuerza física ejercidos por un órgano pueden considerarse acciones voluntarias del sujeto que desempeña funciones de órgano. Así, por ejemplo, los actos por los cuales un órgano jurídico priva a otros sujetos de ciertos bienes, como el trabajo que priva al condenado de la vida.</p> <p>Llamaremos a esos actos de fuerza, actos coercitivos.</p> <p>¿Qué es un acto coercitivo? Es un acto de — ..... .....</p>

B. 29

En un acto de fuerza física por el cual un órgano jurídico priva de ciertos bienes a ciertas personas.

C. 30

Pero es fácil advertir que no todo recurso a la fuerza física, o coacción, es lícito (permitido). Por el contrario y en general, podemos decir que toda sociedad, o Estado, prohíbe a los súbditos el uso de la coacción, aunque lo permite en ciertos casos a los órganos, como cuando se autoriza al verdugo a ejecutar una pena capital.

Por lo tanto, ¿el uso de la coacción está permitido en general a todos los sujetos o miembros de una sociedad? SÍ/NO (Tache la respuesta incorrecta). ¿A quién permite el Estado, en ciertos casos, recurrir a la coacción?

B. 30

Si su respuesta es SÍ, vuelva al cuadro 27.

La respuesta correcta es NO: en general el uso de la coacción está prohibido. El Estado permite recurrir circunstancialmente a ella a los órganos.

C. 31

Podemos decir, pues, que el recurso a la coacción está permitido a los órganos del Estado, o sociedad, cuando el uso de la fuerza física les está permitido, o es lícito. Y ya sabemos que la voluntad del Estado se manifiesta a través de las acciones lícitas de sus órganos (cf. supra C. 28).

Por ende, la voluntad del Estado se puede manifestar bajo la forma del recurso lícito a la fuerza física; la voluntad del Estado puede consistir en el ejercicio de la coacción.

¿Podría indicar usted cuáles son las acciones lícitas de los órganos estatales, que configuran la voluntad estatal? Las acciones \_\_\_\_\_ y las acciones \_\_\_\_\_ de los \_\_\_\_\_

B. 31

Las acciones obligatorias y las acciones facultativas de los órganos jurídicos del Estado.

C. 32

A veces verificamos que un órgano jurídico está obligado a recurrir a la coacción (como en el caso del verdugo). Todo acto obligatorio, como sabemos (cf. C. 31 y C. 28), es lícito.

Podemos explicar, por lo tanto, ¿por qué cuando un órgano está obligado a aplicar una pena coactiva, decimos que la coacción es lícita? (Si no tiene presente la explicación, an-

tas de contestar, vuelva a los cuadros 16, 20, 21 y 20).

La coacción es lícita, cuando el órgano está obligado, porque toda obligación es \_\_\_\_\_ o lícita.

R. 33

Porque toda obligación es permitida o lícita.

C. 33

Un órgano estatal puede estar obligado a privar a un súbdito, mediante el recurso a la coacción de la vida (pena de muerte), de la libertad de movimiento (pena de prisión), de la integridad corporal (mutilaciones, torturas), o de bienes patrimoniales (multa, ejecución forzosa).

Diremos, pues, que la coacción cumplida lícitamente por un órgano consiste en la privación de un bien a un súbdito.

¿De qué bienes priva coactivamente el órgano al súbdito a quien sanciona? El órgano priva al súbdito de 1. \_\_\_\_\_;  
2. \_\_\_\_\_;  
3. \_\_\_\_\_; y/o de  
4. \_\_\_\_\_;

R. 33

1. La vida;
2. La libertad de movimientos;
3. La integridad corporal y/o 4. Bienes patrimoniales.

C. 34

Esas privaciones coactivas de bienes son consideradas actos punitivos, o sancionatorios, ejecutados por el órgano del Estado, en cuanto sujeto activo de la sanción, contra un sujeto pasivo contra el cual va dirigida la sanción social.

La sanción importa, pues, una relación coactiva entre dos sujetos, en mérito a la cual uno de ellos priva al segundo de ciertos bienes, cumpliendo una obligación, o ejerciendo una autorización, impuesta u otorgada por el Estado.

¿La privación coactiva de bienes es una relación entre cuántos sujetos, por lo menos? La coacción es una relación entre \_\_\_\_\_ o más sujetos. ¿Cómo denominamos a los sujetos relacionados por una relación coactiva? Órgano o sujeto \_\_\_\_\_ y sujeto \_\_\_\_\_

<p>R. 34</p> <p>Sujeto activo; Sujeto pasivo.</p>	<p>C. 35</p> <p>El sujeto activo de la sanción, como hemos visto, es un órgano del Estado.</p> <p>El sujeto pasivo puede ser una persona individualmente determinada, como María Estuardo cuando el verdugo la decapitó; o bien una persona identificada por su pertenencia a determinado grupo, como en el caso de las sanciones aplicadas a una persona en cuanto rebelde.</p> <p>¿Quién es sujeto activo de la sanción? El sujeto activo de la sanción es un _____ del Estado.</p> <p>¿Quiénes pueden ser sujetos pasivos de la sanción? 1. _____; 2. _____</p>
<p>R. 35</p> <p>1. Una persona individualmente determinada; a, 2. Una persona identificada por su pertenencia a determinado grupo.</p>	<p>C. 36</p> <p>La sanción es, por lo tanto, un acto coactivo cumplido por un órgano obligado o facultado, como sujeto activo, contra un individuo o grupo, como sujeto pasivo.</p> <p>¿Qué tipo de acto es una sanción? La sanción es _____</p>
<p>R. 36</p> <p>La sanción es un acto coactivo cumplido por un órgano obligado o facultado.</p>	<p>C. 37</p> <p>Los actos coactivos en que consiste la sanción son actos hechos, pues el órgano estatal está obligado, o bien facultado, a llevarlos a cabo, como manifestación de la voluntad estatal.</p> <p>¿La sanción, como acto coactivo hecho, es un acto permitido? SI/NO (Tache la respuesta incorrecta). Expone la razón de su respuesta: La sanción es/no es un acto permitido porque _____</p>

<p><b>E. 30</b></p> <p>Si su respuesta es NO, vuelva al cuadro 30.</p> <p>La respuesta correcta es: SI. La sanción es un acto permitido por ser un acto obligatorio o facultativo de un órgano del Estado.</p>	<p><b>C. 38</b></p> <p>Comprobamos que el Estado, como organización de la sociedad, sanciona penalmente, a través de sus órganos, contra los autores de los actos jurídicamente prohibidos. Para ello, obliga a sus órganos a que priven coactivamente de un bien al autor del acto prohibido. Los resarcidos de este tipo se denominan sanciones jurídicas.</p> <p>¿La sanción social que llamamos sanción es un acto coactivo? SI/NO (Tache la respuesta incorrecta).</p> <p>¿La sanción es un acto coactivo permitido o prohibido? Permitido/prohibido (Tache la respuesta incorrecta).</p>
<p><b>F. 39</b></p> <p>Si su respuesta es NO, vuelva al cuadro 29.</p> <p>La respuesta correcta es SI.</p> <p>Si usted respondió que la sanción es un acto coactivo prohibido, vuelva al cuadro 33. La respuesta correcta es que la sanción es un acto coactivo permitido.</p>	<p><b>C. 39</b></p> <p>Tenemos, pues, que la sanción es la denominación de una clase de actos coactivos lícitos, efectuados por un órgano estatal obligado o facultado al efecto, mediante los cuales se priva de un bien a un sujeto, como sanción social por la comisión de un acto socialmente prohibido.</p> <p>¿Qué clase de actos denominamos sanción? A una clase de actos _____ y _____</p> <p>¿Quién ejecuta, como sujeto activo, la sanción? La sanción es cumplida por un _____</p> <p>¿En qué consiste la sanción? En la privación de _____ como sanción social por _____</p>
<p><b>F. 39</b></p> <p>Una clase de actos coactivos y lícitos.</p> <p>La sanción es cumplida por un órgano estatal.</p> <p>La privación de un bien como sanción social por la comisión de un acto prohibido.</p>	<p><b>C. 40</b></p> <p>De acuerdo con el desarrollo efectuado en este programa, puede usted caracterizar a la sanción en cuanto:</p> <p>a) clase de acto: ¿lícito o ilícito?</p> <p>b) sujeto activo: ¿órgano estatal o súbdito?</p> <p>c) tipo de la relación entre el sujeto activo y pasivo: ¿coactiva o no?</p> <p>d) sentido social: ¿sanción ante la comisión de un acto prohibido, o consecuencia de un acto socialmente permitido?</p>

<p>R. 40</p> <p>a) La acción es un acto lícito;</p> <p>b) Cuyo sujeto activo es un órgano estatal;</p> <p>c) Tratándose de una relación coactiva entre sujeto activo y pasivo;</p> <p>d) Cuyo sentido social es el ser una sanción ante la comisión de un acto prohibido.</p>	<p>C. 41</p> <p>En suma: aquellos actos de coacción lícitos, cumplidos por un órgano estatal, obligada o facultada a ello, consistentes en la privación infligida a un súbdito de un bien de su pertenencia, como la vida, el patrimonio, la libertad o la integridad corporal, como sanción social ante la comisión de un delito, pueden denominarse _____ jurídicas.</p>
<p>R. 41</p> <p>SANCIÓN JURIDICA</p>	

ANEXO I (complementario del C. 18).

La demostración que se le pide intercar pe la de la equivalencia entre dos definiciones de acto facultativo, a saber:

- (1)  $F(p_1)$ :  $(P(p_1) \text{ y } F(Np_1))$ , y  
 (2)  $F(p_1)$ :  $(NO(p_1) \text{ y } NO(Np_1))$ .

La primera fórmula establece que un acto es facultativo cuando está permitido hacerlo y omitirlo; la segunda, cuando no es obligatorio ni es obligatoria su omisión. Para establecer la equivalencia entre los segundos términos de (1) y (2) tenemos que establecer la equivalencia entre los términos conjuntos que los componen, a saber, entre:

- (3)  $F(p_1)$ ;  
 (4)  $F(Np_1)$ ;  
 (5)  $NO(p_1)$ ; y  
 (6)  $NO(Np_1)$ .

Ahora bien, justamente en la E. 27 al C. 27 hemos probado que (3) equivale a (6), puesto que decir que  $p_1$  está permitido equivale a afirmar que no es obligatorio omitirlo, o lo que es lo mismo, que no está prohibido:  $(NO(Np_1) = NV(p_1))$  (cf. C. 10 y siguientes).

Tenemos pues que (2) y (6) son equivalentes. En el C. 11 hemos visto que  $V(p_1)$  equivale a  $O(Np_1)$ : prohibido  $p_1$  equivale a obligatorio omitir  $p_1$ . Pero como  $V(p_1)$  equivale a  $NP(p_1)$  (cf. C. 27), tenemos, por substitución que  $NP(p_1)$ :  $O(Np_1)$ . Si en estas fórmulas efectuamos sistemáticamente las siguientes substituciones:  $NP/NP$ ;  $O/NO$ ; y  $p_1/Np_1$ , obtenemos la equivalencia

(7)  $MNP(Np_1)$ :  $NO(MNp_1)$ , en la cual, despojando las dobles negaciones, obtenemos la equivalencia buscada entre (4) y (5):

- (8)  $P(Np_1)$ :  $NO(p_1)$ . Q.E.D.



## EL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DR. STELLA MARIS ESCOBAR \*  
Prof. adj. de Derecho Internacional Privado

### *Calificaciones*

#### *Concepto.*

Calificar es definir los términos empleados en la norma de derecho internacional privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico.

El problema de las calificaciones puede alcanzar cualquier aspecto de la norma indirecta, así puede relacionarse con el tipo legal o con los puntos de conexión. Los términos o categorías jurídicas (domicilio, capacidad, derechos de familia, bienes inmuebles, forma de los actos) son utilizados con diferente alcance o extensión en los distintos ordenamientos jurídicos. Calificar es precisar su significado o su extensión.

#### *Origen del problema.*

Se sostiene que fue Kahn en Alemania el primero que analiza el problema de las calificaciones en 1891 y Bartin lo hace en 1897 descomponiendo los trabajos realizados por Kahn.

Kahn distingue tres clases de conflictos:

- a) Divergencias de las normas indirectas en los distintos ordenamientos jurídicos;
- b) Divergencias de los puntos de conexión aunque tengan igual denominación;
- c) Divergencias entre los Derechos Materiales que tienen repercusión en el Derecho Internacional Privado; a los que denomina "latente gesetzkollisionem" es decir "colisiones latentes de ley".

\* Colaboración de Victoria Barr.

yes". En esta categoría se plantea el problema de las calificaciones.

Borlin trabaja con varios casos que fueron jurisprudencia.

1). Caso de la "Viuda Maltesa" (Anton e/Bartholo, fallado en la Corte de Casación francesa). Dos anglomalteses contraen matrimonio en Malta, donde establecen el domicilio conyugal sin realizar ningún tipo de convención nupcial, quedando sometidos al régimen de comunidad de bienes vigente en Malta. Posteriormente se trasladan a Argelia (Francia) allí el marido adquiere bienes inmuebles y muere en 1889 sin dejar testamento. La ley maltesa acordaba a la viuda derecho de usufructo del cuarto de los bienes del marido. La viuda se presenta reclamando este derecho que le acordaba el artículo 17 y el art. 18 del Código de Rohan. Según el Derecho Internacional Privado francés el régimen matrimonial de bienes se rige por la ley del primer domicilio común (ley anglomaltesa invocada por la viuda) pero la sucesión de los inmuebles situados en Francia se regía por la ley francesa.

Se plantea entonces si la institución de "cuarta parte de cónyuge pobre" pertenece al régimen matrimonial de bienes o es una institución de derecho sucesorio. En el primer caso se aplicaría la ley de Malta, en el segundo presupuesto se aplicaría la ley francesa. Francia desconocía el derecho pretendido por la viuda ya que el derecho sucesorio del cónyuge supérstite en concurrencia con herederos sucesibles data de 1893, fecha a partir de la cual le reconoce una parte determinada en usufructo.

La institución a calificar estaba reglamentada por el Código de Rohan en el capítulo de las disposiciones sobre el matrimonio, en tanto el Derecho Francés la considera parte integrante del Derecho Sucesorio. La Corte de Apelación de Argelia definió la institución como perteneciente al régimen del matrimonio esto es según la concepción de la ley maltesa.

Se calificó de acuerdo a la *lex causae*.

2). Caso del testamento ológrafo holandés.

El artículo 994 del Código Civil Holandés dispone que un súbdito holandés no puede otorgar testamento ológrafo, ni en Holanda ni en el extranjero, debe hacerlo por acto auténtico observando las formas correspondientes al lugar donde se realiza el acto. Se plantea si esta disposición pertenece al régimen de la capacidad o al régimen de la forma. Se plantea el caso de un holandés que otorga testamento ológrafo en Francia, si la olografía es un problema de forma el testamento es válido, si

se contempla como un problema de capacidad el testamento es nulo ya que Holanda prohíbe a los holandeses otorgar testamento ológrafo dentro y fuera de Holanda. Francia califica la olografía como un problema de forma, Holanda lo califica como un problema de capacidad.

*Diversas Teorías.*

- a) Calificación de acuerdo a la *lex fori*.
- b) Calificación de acuerdo a la *lex causae*.
- c) Teoría autárquica empírica (Rabel).
- d) Teoría autárquica apriorística (Les Méryg).
- e) Teoría de la coordinación.

a) *Lex Fori*. El ordenamiento jurídico competente para calificar es el derecho civil del juez que conoce el pleito. Los partidarios de esta posición son Kahn, Bartin, Agu, Lorenzen, Lerebours-Pigeonniere, Niboyet, Anallotti y otros.

Se sostiene que el legislador al declarar competente una ley extranjera restringe la aplicación de sus reglas internas, ello hace que por ello la definición de los términos de la norma indirecta debe darse de acuerdo a la ley del juez.

Niboyet señala que una necesidad práctica lleva a seguir la *lex fori*. Así dice este autor en el caso del testamento ológrafo del holandés se rige por la ley del lugar de celebración del acto en cuanto a la forma, para la capacidad por la ley nacional del incapaz. Cómo determinar la ley competente sin fijar previamente la calificación? Para él sólo es posible la calificación previa aplicando la *lex fori*. Tanto Kahn como Bartin entendían que la que definía era la *lex fori*. El argumento de la soberanía es abandonado y la teoría se afirma principalmente en las siguientes razones. La determinación del derecho extranjero aplicable a una relación jurídica supone la previa identificación de la ley competente, pero para ello debe calificarse la relación y esa función sólo incumbe a la *lex fori*. Por otra parte es indiscutible la necesidad de coherencia que debe existir entre las categorías usadas en las normas sustanciales y las usadas en las reglas de Derecho Internacional Privado de un mismo ordenamiento jurídico.

Bartín reserva a la *lex causae* la calificación de los bienes y en materia de autonomía de voluntad también Niboyet.

La crítica que puede formularse a esta teoría es que conduce a una limitación de la aplicación del derecho extranjero.

b) *Lex causae*. La calificación debe ser dada por la ley competente para regir la relación jurídica. Esta teoría es sostenida por Despagnet, Wolff, Pacchioni, Philonenko, Frankenstein.

Despagnet dice que cuando el legislador ordena aplicar una ley extranjera a una determinada relación deses que esa ley extranjera sea aplicada en cuanto organiza y regula dicha relación, si no se respeta esa calificación importaría no aplicar a ellas la ley que la *lex fori* declara aplicable. Este autor excluye a los puntos de conexión de la calificación según la *lex causae*. Distingue este autor la definición de los términos contenidos en la hipótesis o tipo legal de la de los puntos de conexión. La calificación de éstos corresponde a la *lex fori*. Criterio que comparte Wolff al atribuir a la *lex fori* la función definidora de los términos "nacionalidad o domicilio".

Se critica esta teoría diciendo que determina un círculo vicioso ya que es necesario previamente calificar la relación jurídica para determinar la ley competente. La determinación del derecho presupone la calificación de la relación jurídica. El problema que plantea la *lex causae* es que ésta puede remitir a otro derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco es definitiva.

Esta crítica puede ser rebatida. La elección de la ley competente puede efectuarse previamente en atención a los elementos de conexión. Si la norma establece que la ley del domicilio regula el estado y los derechos de familia el intérprete sólo hará la calificación de los "derechos de familia" después de haber determinado la ley del país en donde está domiciliada la persona. No obstante las limitaciones es que los propios partidarios le impusieron, la teoría posee ciertos efectos negativos, el caso de las letras de Tennessee es un ejemplo de ello.

Con motivo de unas letras libradas en Tennessee (EE.UU.) se deduce acción ante los tribunales alemanes. El juez aplica el Derecho de Tennessee al derecho material cambiario y el Derecho Procesal Alemán a las cuestiones procesales. Opuesta la prescripción de las letras se plantea el problema de calificar dicha prescripción como perteneciente al derecho material (concepción Alemana) o al Derecho Procesal (concepción anglosajona).

Se hizo la calificación según la *lex causae*, razón por la cual se aplicaron las reglas americanas sobre prescripción por ser éstas procesales en concepción anglosajona y tampoco las reglas del derecho Alemán por ser normas sustanciales, en consecuencia la sentencia del Superior Tribunal Alemán declara imprescriptibles a las letras. Resultado absurdo porque para ambos derechos eran prescriptibles.

Si en cambio se hubiera calificado al instituto de la prescripción según la *lex fori* como perteneciente al derecho material se habrían aplicado las reglas del Derecho de Tennessee aún cuando éste calificara las normas sobre prescripción como perteneciente al derecho procesal. Es decir la calificación conforme a la *lex fori* hubiera evitado el "escándalo jurídico" que produjo la adopción de la tesis de la *lex causae*.

c) *Teoría autárquica empírica*. Rabel, principal exponente de esta teoría crítica a los partidarios de la teoría de la *lex fori* indicando que hay un gran número de calificaciones distintas en las diversas legislaciones nacionales y aceptando la *lex fori* se corre el riesgo de multiplicar los conflictos de calificaciones y no se logra la unificación de las reglas de conflicto, dado que ésta exige la comunidad de nociones, la identidad o similitud de calificaciones. Rabel dice que "la noción de la institución de la que se ocupa la regla de conflicto no es una cosa concreta que permita referirse a tal o cual derecho material nacional sino una abstracción a establecerse por la comparación de los diversos derechos nacionales. Así dice es necesario comprender por tutela no sólo lo que dice el artículo 33 del BGB sino lo que el mundo civilizado entiende en general por ello. La regla de conflicto no se remite a un fenómeno de la *lex fori* con el cual los del derecho extranjero deberían compararse sino al contrario, a lo que hay de común en todos estos fenómenos.

El argumento que deriva de la necesidad de coherencia entre las normas es utilizado por Rabel para exponer esta teoría. Parece en principio adecuado procurar coherencia entre las normas sustanciales y las normas de Derecho Internacional Privado por el hecho de pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico, sin embargo dicho, es evidente que las reglas de Derecho Internacional Privado están destinadas a cumplir una función específica, regular el concurso de distintos ordenamientos, de ahí la necesidad de coherencia entre las normas de colisión y otros ordenamientos jurídicos. Esta es la necesidad destacada por Rabel y confirmada por Betti.

Las calificaciones se resuelven entonces por el método de la concepción funcional y mediante la "ratio juris" de la norma de colisión. Las categorías jurídicas deben interpretarse para una mayor correspondencia con las categorías de los otros ordenamientos, mediante la comparación entre los distintos institutos de los diversos sistemas jurídicos, que deberá tener en cuenta no sólo las palabras usadas y la estructura, sino principalmente la función para determinar las analogías existentes entre soluciones dadas a un mismo problema.

En suma hacer una comparación funcional según la terminología de Betti. Los Meriggi acepta en principio la conclusión de Rabel en el sentido de que la regla de conflicto es independiente de los derechos de fondo, tanto de *lex fori* como de *lex causae*. La calificación del fenómeno jurídico a reglar debe determinarse de acuerdo a las concepciones de la regla de conflictos, es decir buscando su alcance internacional. Así dice la donación, tiene siempre el mismo origen y la misma finalidad. Calificar es "crear la definición-tipo" que responde a la concepción universal de ese fenómeno determinado, se la descubrirá en parte recurriendo al Derecho Comparado. Pero se separa de Rabel cuando observa que una sola definición tipo no es posible, así puede ocurrir que una misma relación sea definida en una legislación como una condición de forma y en otra como condición de capacidad sin que sea posible ubicarla en una u otra. En esta hipótesis cuando ni recurrir al derecho comparado soluciona el problema, es necesario elegir entre las calificaciones tipo en conflicto jerarquizándolas. Si ello no condujera a resultados positivos debe formarse dos categorías de calificaciones-tipo:

- A) Calificación personal: Estado y Capacidad  
Relaciones de derecho de familia  
Derecho sucesorio  
Donación
- B) Calificación territorial: *Lex Fori*  
*Lex loci actus*  
*Lex rei sitae*

Dentro del cuadro general la calificación personal es jerárquicamente superior a la territorial y dentro de cada grupo en particular determina la prevalencia por el orden en que los coloca.

La crítica que se puede realizar es que en rigor no puede sustentarse debidamente un orden jerárquico, son simplemente distintas categorías jurídicas.

- d) *Teoría de la coordinación*. Divide el problema en dos fases:
  - 1) Calificación de la norma de derecho internacional privado.  
(se realiza por la *lex fori*)
  - 2) Calificación del derecho aplicable.  
(se realiza por la *lex causae*)

Los fundamentos que se dan son que al hallarse el juez ante un caso

de derecho internacional privado en primer lugar analizará ante que institución se halla, y lo hará en base a las normas legales del país al que pertenece. Antes de conocer la institución no podrá determinar cual es el derecho aplicable. Es en esta primer fase donde la *lex fori* adquiere un rol preponderante aunque no absoluto, porque se admiten excepciones (así la calificación de los bienes por la *lex situs*). También se fundamenta diciendo que si la calificación es un problema de interpretación de la norma de derecho internacional privado, el problema no se planteará cuando esa interpretación no se pone en juego.

En general la doctrina moderna tiende a evitar las concepciones absolutas. Aceptará para ciertos casos la teoría de la *lex fori* y para otros la de la *lex causae* como lo hace Lewald o como lo hace Wengler que aplicará la *lex causae* como principio sujeto a diversas limitaciones. Falconbridge sugiere una nueva regla formulada por los Tribunales analógicamente a las reglas existentes para obtener "un resultado socialmente deseable".

Por último la doctrina tiende a dejar librado a los jueces el mejor criterio aplicable sin sujetarlo a los límites estrechos de teorías genéricas o sistemáticas (Lepaulle, Figeaux, Aguilar Navarro, etc.) Valladao al explicar el silencio sobre el problema en su Anteproyecto General de Aplicación, de las Leyes dirá que los jueces recurrirán a tal efecto a los principios rectores de la analogía, la equivalencia, la subsidiaridad y la adaptación para hallar las soluciones justas y equitativas para cada caso.



## LITERATURA DE ANTICIPACION Y DERECHO

Dr. ENRIQUE GELU

Prof. adj. de Introducción al Derecho

A nosotros se nos aparece el Derecho como un concepto eterno, pero es concebible que una sociedad futura ya no conozca siquiera el significado de la locución "Justicia de acuerdo con la ley". El mundo del Derecho es, al fin y al cabo, sólo un corto experimento, porque la humanidad ha vivido mucho más tiempo conforme a costumbres que de acuerdo a la ley y el Derecho. Quiéramos encontrar ante una época de la ciencia y quéisi también dare ésta más tiempo que la época del Derecho.

WILLIAM HEGALE *The Quest for Law.*

El derecho es una técnica social, un sistema de regulación de la conducta humana en sociedad. Sus instrumentos fundamentales: un sistema de normas que prescriben sanciones en caso de que se las viole y un aparato para hacer efectiva esa coacción. Su propósito: lograr la paz social entre los hombres, hacer posible la convivencia entre los seres humanos. Los hombres no siempre usaron de esa técnica para el logro de tales fines. El Derecho, tal como hoy lo concebimos, no existía en los pueblos más primitivos, regidos por las costumbres tribales ancestrales. No existía la sanción socialmente organizada, ni un órgano jurisdiccional, por más rudimentario que fueren. Más adelante surgió lentamente una jurisdicción, pero todavía ese sistema estaba lejos de ser la compleja técnica que hoy conocemos. En muchas de sus manifestaciones no existía siquiera la ley escrita sino que los "jueces" actuaban de acuerdo con tradiciones oralmente transmitidas, muchas de ellas sólo conocidas por ellos y no por el pueblo.

Desde otro punto de vista, aún en sistemas sociales en los cuales ya existía una técnica más desarrollada, múltiples facetas de la misma eran sensiblemente diferentes de las actuales. Los aspectos procesales han sufrido profundas transformaciones, al no admitirse ya casi las fórmulas sacramentales, al desaparecer el Juicio de Dios, las ordalías, o las torturas, como en gran proporción el juramento e instituciones similares. En general el proceso judicial tanto oral como escrito no es en su forma

actual muy antiguo y ha sido modificado profundamente desde el tiempo de los romanos hasta nuestros días. La existencia de letrados profesionales, de jueces especializados, de peritos técnicos, de jurisdicciones subdivididas por materias implican, en cierta medida al menos, innovaciones relativamente recientes.

Las profundas transformaciones sociales, económicas, políticas y científicas de nuestros tiempos han traído como consecuencia lo que ha dado en llamarse "crisis o decadencia del Derecho". Se han formulado múltiples críticas a los sistemas jurídicos como herramientas adecuadas a la organización y mantenimiento de la paz social. Pero ha habido contadas propuestas de su sustitución por otras técnicas y las que se han hecho carecen en su mayoría de seriedad y coherencia.

Ahora bien, la literatura de ciencia-ficción ha aportado particularmente en el campo de los progresos tecnológicos basados en las ciencias naturales (física, química y biología en especial) múltiples ejemplos de ficciones que han llegado a ser realidad y ha contribuido, en no pequeña proporción, a incitar a los científicos a elaborar nuevos productos y técnicas sobre su base. También ha ejercitado una gran cantidad de crítica en cuanto a la influencia de las nuevas tecnologías sobre la conducta y estructura de las sociedades.

En cierta medida también ha imaginado estructuras sociales diferentes de la nuestra, mostrando sus eventuales ventajas o desventajas.

Pero es notable que sólo existen contados relatos de ciencia-ficción que expongan ideas acerca del desarrollo futuro de métodos de control social que mejoren lo que actualmente conocemos como derecho o lo sustituyan.

Cuando los autores entran en esta materia es habitual que los juicios ya sean criminales, civiles o políticos se desarrollen de acuerdo con los esquemas clásicos o habituales en nuestro medio, y aún, que los sistemas políticos sean desarrollados dentro de los habituales tipos de dictadura, democracia representativa o monarquía hereditaria, con sus consejos, ministros, tratados, policía, cárceles, etc.

Y aún en aquellos contados casos en que los autores mencionan alguna idea en tal sentido (generalmente incidental y no constituyente del "mensaje" del relato) lo hacen en función de crítica del sistema vigente y no en la de propuesta de su sustitución por otras técnicas mejoradas o diferentes.

Ahora bien, creo, y esto constituye la tesis central del presente trabajo que la llamada literatura de ciencia-ficción (o más precisamente la literatura de anticipación, que constituye un aspecto parcial de la misma,

que en su conjunto no sufre sólo el futuro cercano o lejano sino en muchos casos el pasado remoto o el presente fantástico) puede contribuir a la renovación, si no a la sustitución del derecho o de aspectos parciales de él por otras técnicas sociales más acordes con los tiempos modernos, sustentadas en los logros de las ciencias naturales y sociales, la psicología y las físico-matemáticas.

En efecto, sólo mediante la representación imaginativa de una ruptura brusca y completa con los esquemas tradicionales es posible visualizar una sociedad constituida sobre bases diferentes, una justicia organizada de acuerdo con otros métodos que los actuales, un sistema de control social no sustentado en los procedimientos tradicionales.

La formación mental jurídica es por esencia conservadora, nace sus raíces en los precedentes y en las prescripciones del pasado para ordenar y cohesionar el presente.

Esta tendencia conservadora se refleja en la lentitud con que la ciencia y la prácticas jurídicas se hacen cargo de las transformaciones sociales, políticas y económicas.

Ello no constituía un obstáculo tan grande en tiempos pasados en los cuales el ritmo de los cambios sociales se daba por generaciones. Hoy, en vez, la aceleración de todos los procesos ha convertido tales plazos en decenios y aún en años.

Y el derecho y los juristas no han acusado en el impacto sino en una mínima proporción.

El modo operativo de la literatura de ciencia ficción (o de anticipación) predispone favorablemente para la formación de una actitud plástica abierta al cambio social y cultural. Una mentalidad acostumbrada a barajar posibilidades, por más descabelladas que sean, no puede de ningún modo ser estática o conservadora.

Ahora bien existen múltiples innovaciones científicas y descubrimientos cuya aplicación al control social de la conducta humana puede ser válidamente imaginado: mencionemos sólo algunos, desordenadamente a medida que vienen a la memoria y a título de ejemplo: las drogas, los sensores eléctricos que se han colocado en el cerebro de animales para transmitirles órdenes, la propaganda subliminal, la modificación genética, la hipnosis, la parapsicología, la computación cibernética, la investigación operativa.

Las variaciones identitarias que sobre tales y otras podrían realizarse permitirían construir modelos posibles de sistemas procesales sustentados en la aplicación por ej. como ya se da, pero aún en muy pequeña medida en la práctica, de la cibernética o de la investigación operativa.

O la regulación de la conducta mediante propaganda subliminal y no la aplicación de sanciones corporales o económicas.

Más aún y desde otro ángulo podrían leerse previendo algunas de las implicaciones sobre las instituciones jurídicas fundamentales de situaciones ficticias tales como la hibernación (sucesión, relaciones de familia) la inseminación artificial o la creación de vida "in vitro" (paternidad y demás relaciones de familia).

Mucho más trascendental aún, quizá sería construir imaginativamente una sociedad del tipo propuesto en sus escritos por Herbert F. Marcuse, en la cual no actuaría el esquema actual de represión de los instintos, lo que implicaría una modificación sustancial de la regulación social, sin métodos coercitivos, que conlleve la restricción del placer.

Tales variaciones ideatorias, especialmente la variación ideatoria sobre el concepto de sociedad, que algunas de las situaciones descriptas traza aparejada, y que es una de las funciones que la ciencia ficción efectúa constituyendo infinitas sociedades posibles, poseen el valor de brindar una orientación, cuando como ocurre en el caso de los fenómenos sociales, e. históricas, se surgen tanto de hechos, positivos, como de leyes, universales que permitan estructurarlos. Este procedimiento serial de variación permite intuir todas las diversas posibilidades del esquema básico planteado.

No solamente pueden tales variaciones ideatorias mostrar los aspectos positivos de una estructura imaginada, sino llamar la atención sobre los negativos.

Al hacer resaltar tales aspectos negativos sirve a su vez de advertencia contra la posible implantación de algunos métodos y sistemas antes aún de su aplicación efectiva.

Es que, como es sabido, en el campo de las ciencias sociales, toda predicción, es al mismo tiempo un factor que en sí mismo contribuye a estimular una tendencia a neutralizarla y es así un factor político y de modificación de las estructuras existentes. Se trata, en efecto de predicciones que poseen la curiosa propiedad de "auto-confirmarse" o de "auto-destruirse".

De manera que la literatura de anticipación puede constituir un factor importante para la génesis de nuevos sistemas de control social y también, en la misma medida para advertirnos sobre las implicaciones negativas de tales innovaciones.

Me parece significativo que en el campo de la ciencia ficción sean tan escasas las obras, que aunque sea parcialmente, desarrollen temas jurídicos. Ello es demostrativo de un cierto anquilosamiento de los ju-

ristas en estructuras mentales piramidales, en una falta de imaginación creadora y de tendencia al cambio. No hay creo, en la literatura de ciencia ficción autor alguno que provenga de esta disciplina, si en cambio, abundan los ingenieros, químicos, arqueólogos.

La superación de la falta de imaginación creadora y adecuación al cambio mediante la ciencia ficción ha sido intentada en otros campos de la técnica humana. En el Massachusetts Institute of Technology se creó la cátedra de "ingeniería creativa" dirigida por el Ing. Arnold Capanna; cita a Beyer quien entre otros entiende el valor positivo que el ejercicio utópico tiene en la educación universitaria. Debería, dice, ser una de las bases de la educación universitaria. Como las universidades son centros de investigación, no sólo tienen lazos que las unen al pasado sino que deben enseñar a mirar el futuro.

No pretendo ser tan utópico, y propugnar que una de las bases de nuestra enseñanza universitaria sea el ejercicio de la ciencia ficción. Pero sí creo y propongo que si lo antedicho tiene alguna coherencia e importancia quienes tengan vocación literaria e imaginación y sean al mismo tiempo hombres de derecho se dediquen a fabular sobre estos temas, con la conciencia de que, de alguna manera pueden contribuir, tanto o más que mediante serenos tratados de dogmática a la estructuración de un sistema social y de una justicia mejor.

Y sobre todo, a nivel más prosaico, la aplicación dentro de la enseñanza universitaria de lo que, parafraseando la idea del profesor Arnold del M. I. T. antes citada podríamos llamar "jurisprudencia creativa" provocando al estudiante a enfrentarse con hipótesis que la evolución social y científica puede depararle en su futuro ejercicio profesional, legislativo o judicial y solucionarlos como si fuesen ya existentes.

La literatura de anticipación encontraría así un ancho campo de nuevas temáticas y desarrollos y la ciencia del derecho recibiría el aire renovador de métodos ideas, ideales y aún de ideologías no convencionales, produciéndose una recíproca y provechosa fructificación.



SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA IMPRENTA  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
EL 31 DE JULIO DE 1978