

# lecciones Y ENSAYOS

35

*FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES*

*Buenos Aires, 1967*



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

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

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

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

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

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

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

(LECCIONES Y ENSAYOS, Nº 1)

Ignacio Wintsky

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. ROBERTO A. DURZEU

DECANO SUSTITUTO

DR. GERARDO PEÑA GUZMÁN

SECRETARIO GENERAL

DR. FRANCISCO A. DE LA VEGA

SECRETARIO TECNICO ADMINISTRATIVO

D. AGUILINO C. CAMINO

PROSECRETARIO

D. JORGE E. ARANA

# LECCIONES Y ENSAYOS

1967

Nº 35

## INDICE

Las memorias .....	5
--------------------	---

## ESTUDIOS

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO: La especialidad del régimen de nulidades matrimoniales .....	9
ROBERTO J. VERNENGO: La ética de Husserl ...	21
CLEMENTE A. DIAZ: La doctrina de los autores ..	57

## ENSAYOS

ALBERTO MANUEL GARCIA: La autofinanciación de las sociedades anónimas .....	73
JUAN ERNESTO CAMBIASO: La naturaleza jurídica del contrato de sociedad .....	105
MARIA EUGENIA URQUIJO: Autocracia vs. Democracia en Platón .....	115
BENITO DANIEL SCHILMAN: Schuld y Haftung ..	121

## UNIVERSITARIAS

IGNACIO WINIKY: Decálogo para quien necesita un abogado .....	137
Comité de Redacción: La importancia de las Revistas Jurídicas para los estudiantes. El trabajo de equipo .....	139

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de: JEAN-JACQUES ROUSSEAU, CARLOS ENRIQUE CAROLANO, CARLOS S. NINO, ISABEL BEATRIZ RUSSO y ENRIQUE DOMINGO VALLE .....	142
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Winikky

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

*Directora:* Elisa Díaz de Vivar

*Subdirectora:* Felisa R. de Giralt

*Secretario de Redacción:*

Carlos A. Franzetti

*Secretarios Adjuntos:* María Esther Guaglianone y Jorge

Eduardo Bustamante

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

*Secretario Coordinador:* Mario R. De Marco Naón.

### *IN MEMORIAM*

El pasado mes de abril, después de representar gallardamente a los juristas argentinos en un Congreso Internacional, como ya en otras ocasiones lo había hecho, falleció el Dr. MAURICIO OTTOLENGHI lejos de su tierra natal.

LECCIONES Y ENSAYOS qu'ere estar presente en la postrer despedida a quien fue Profesor Titular de ésta, nuestra Alta Casa de Estudios, a la cual dedicó todos sus esfuerzos.



## ESTUDIOS



## LA ESPECIALIDAD DEL REGIMEN DE NULDADES MATRIMONIALES

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO  
Profesor Adjunto (4) de Derecho Civil V

### 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Uno de los problemas fundamentales vinculados con la nulidad del matrimonio lo constituye la determinación de si las disposiciones de los capítulos XII y XIII de la ley de matrimonio civil que a tal tema se refieren forman un régimen especial que se basta a sí mismo, o bien si le son subsidiariamente aplicables las normas sobre nulidades de los actos jurídicos contenidas en el Código Civil.

La primera de esas doctrinas, cuya aceptación adelante, es la llamada de la especialidad, que cuenta con sólidos antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, al punto de que puede ser considerada la tesis tradicional prevaleciente en el *derecto aragotico... Su aceptación o rechazo depende de su importancia práctica, ya que de ello dependen numerosas soluciones a problemas relativos a las causas de nulidad de matrimonio, a sus efectos, y a las personas habilitadas para el ejercicio de la acción tendiente a obtener su declaración.*

### 2. DOCTRINA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Por la aplicación de las normas del Código Civil sobre nulidades de los actos jurídicos parecía inclinarse Machado, quien sin estudiar expresamente la cuestión aceptaba la declaración de oficio de la nulidad absoluta.

La formulación de esta doctrina parte de Lafaille. Basso, Frías y Borda la aceptan, pero entienden que los arts. 1037 y siguientes del Código Civil son aplicables a la nulidad del matrimonio en tanto no haya disposiciones especiales que los modifi-

quen o no lo impida la naturaleza misma del acto. Spota se expide en el sentido de la aplicación de las normas del Código que no resulten innovadas por la ley de matrimonio, e igual opinión resulta de la exposición de León. De manera que dentro de esta doctrina parece haber una variante, la de que se acepte o no la limitación de la aplicación de las disposiciones generales por la naturaleza del acto de que se trata.

Los argumentos en que se basa esta tesis, sintéticamente expuestos, son los siguientes:

a) Un razonamiento puramente lógico o deductivo, según el cual si el Código Civil —innovando con respecto a los demás códigos de la época y siguiendo a Freitas— estableció normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos, el matrimonio es un acto jurídico, y no existe norma expresa en contrario, aquellas disposiciones generales son aplicables al acto jurídico matrimonial.

b) La consideración de que no hay diferencias esenciales entre la nulidad de los actos jurídicos en general y la del matrimonio, a pesar de que tiene características peculiares impuestas por la naturaleza del acto y la trascendencia de la sanción.

c) La negación del valor interpretativo de los antecedentes históricos y legislativos de los que, se dice, debe independizarse el intérprete para aceptar el criterio que asegure un mejor resultado.

d) Finalmente, un argumento de orden legal, según el cual hasta la sanción de la ley de matrimonio, las disposiciones del Código eran aplicables no sólo en virtud del art. 228 sino también por falta de otras normas aplicables, y después de su sanción subsisten las normas no modificadas, contradichas ni dejadas sin efecto. Se vincula con esto la invocación de la nota de Vélez Sarsfield al Libro II, Sección segunda del Código, "De los hechos y actos jurídicos. . .", de la que se desprendería la aplicación de sus disposiciones a los actos jurídicos referentes a las relaciones de familia.

Expondré primero las razones que abonan la doctrina de la especialidad, para luego refutar estos argumentos.

### 3. DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD

La doctrina de la especialidad es aceptada por Prayones, Rébora, Faasi, López del Carril, Díaz de Guíjarro y Molinario. Sin embargo, estos dos últimos autores le imponen limitaciones que la desvirtúan en parte. Así, Díaz de Guíjarro sostiene la exis-

tencia de un principio general referente a las nulidades, el del art. 18 del Código Civil, y de regímenes especiales para los actos jurídicos patrimoniales y para los actos jurídicos familiares; de modo que al matrimonio, como acto jurídico familiar, no le son aplicables las normas dictadas para los actos jurídicos patrimoniales pero sí aquel principio general. En cuanto a Molinarió, si par que admite la especialidad extiende los supuestos de inexistencia del matrimonio a casos en que la nulidad no está prevista o la acción ha caducado.

En el campo jurisprudencial, la doctrina de la especialidad ha sido sostenida por jueces de la talla de Salvat, Barraquero y Azaña Ansoarena.

#### 4. PRECEDENTES HISTÓRICOS

##### a) Doctrina francesa.

El Código Napoleón no incluyó, como es sabido, disposiciones generales respecto de los actos jurídicos ni de las nulidades. Por consiguiente, no podía plantearse la cuestión que nos ocupa.

Sin embargo, si se planteó un aspecto parcial de ella, el de determinar si la nulidad del matrimonio debía resultar de un precepto expreso de la ley que la consagrara, o si bastaba para acarrear la nulidad la simple violación de una prohibición con respecto a la cual no se hubiese previsto la sanción expresamente; en otras palabras, si en materia de matrimonio cabe o no la admisión de nulidades virtuales además de las nulidades expresas. La cuestión podía parecer dudosa porque el Código no hace una verdadera enunciación de las causas de nulidad, sino que en el capítulo "de las demandas de nulidad del matrimonio", que comprende los arts. 180 a 202, reglamenta el ejercicio de la acción, es decir, quién puede ejercerla en los distintos casos, los supuestos de caducidad y los efectos de la nulidad. La doctrina del siglo XIX —formulada especialmente por Zachariæ, Aubry y Rau, Demolombe y Baudry-Lacantinerie— y la jurisprudencia de la Corte de Casación —especialmente los fallos del 29-10-1811,<sup>1</sup> 9-1-1821,<sup>2</sup> 12-11-1839<sup>3</sup> y 12-11-1844—,<sup>4</sup> sentaron el principio "pas de nullité sans texte" (no hay nulidad sin texto) o, más explícitamente "pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expres-

<sup>1</sup> DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Vº "mariage", Nº 967.

<sup>2</sup> DALLOZ, *id.*, Nº 210 y SIREY, 1821-1-157.

<sup>3</sup> DALLOZ, *id.*, Nº 814 y SIREY, 1839-1-828.

<sup>4</sup> DALLOZ, 1843-1-98 y SIREY, 1843-1-348.

sement" (no hay nulidad de matrimonio sin un texto que la pronuncie expresamente).

Esta tesis regía plenamente en la época de la sanción de nuestra ley de matrimonio, y si bien en el siglo actual ha sido negada por algunos autores, se trata en especial de los que niegan la doctrina de la inexistencia del matrimonio y consideran supuestos de nulidad los de matrimonio inexistente. De manera que sus objeciones no resultan aplicables a nuestra ley, que consagra expresamente la inexistencia en el art. 14.

b) *Derecho canónico.*

El derecho canónico legisla sobre el matrimonio y su nulidad, no por tratarse de un acto jurídico sino de un sacramento. Por supuesto, no tiene una teoría general sobre los actos jurídicos, que no interesan a este ordenamiento. De manera que las normas canónicas sobre nulidad del matrimonio forman sin lugar a dudas un régimen especial.

Esto tiene gran importancia en la interpretación de nuestra ley civil porque la legislación canónica es la base de la legislación civil sobre el matrimonio; a este respecto, cabe señalar que las normas relativas a los actos jurídicos y las referentes al matrimonio tienen un origen y desenvolvimiento histórico totalmente diferente, ya que el de las primeras tiene lugar en el derecho civil y el de las segundas se produce esencialmente en el derecho canónico. Por otra parte, hasta la sanción del Código Civil todos los matrimonios celebrados en el país estaban sujetos a la legislación canónica y las causas sobre nulidad sometidas a la jurisdicción eclesial; desde la sanción del código hasta la de la ley de matrimonio civil ocurría lo mismo con los matrimonios celebrados ante la Iglesia católica o con su autorización, que eran la inmensa mayoría si no todos (arts. 167, 168, 181, 182 y 225 del Cód. Civil).

En el derecho canónico, la nulidad puede derivar de haberse contraído el matrimonio a pesar de la existencia de algún impedimento dirimente, de vicios del consentimiento o de vicios de forma; pero en todos los casos se trata de motivos de invalidez expresamente previstos por los cánones. Los demás efectos de la nulidad también están legislados.

c) *Proyecto de Freitas.*

El proyecto de Freitas fue el primero que ideó una teoría general de los actos jurídicos y de sus nulidades, dando solución expresa al problema de la coordinación entre las nulidades de dichos actos en general y las del matrimonio. Pero esto sólo para

los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia católica, pues mantuvo la celebración religiosa y la jurisdicción eclesiástica para los contraidos ante ella o con su autorización.

A este respecto, disponía el art. 1430 del proyecto: "Las disposiciones de la parte general de este Código sobre nulidades de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia católica, pero con las excepciones y aplicaciones de este capítulo segundo y del capítulo siguiente, respecto de la nulidad del matrimonio". Pero agregaba en el art. 1433: "Ningún matrimonio, por otra parte, podrá ser anulado fuera de los casos en que en la ley se declare que son anulables. En los demás casos en que las leyes sobre matrimonio no fueren observadas, sólo tendrá lugar la sanción especial decretada para cada uno de esos casos".

De manera que si bien aceptaba la aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos, imponía la importante excepción de lo referente a las causas de nulidad, a las cuales tales normas no eran extensivas. Por otra parte, es importante señalar que para que tal aplicación subsidiaria tuviese lugar, Freitas creyó necesario establecerlo expresamente.

#### d) Código Civil.

El Código Civil argentino estableció, en sus arts. 228 y 229, normas similares a los arts. 1430 y 1433 de Freitas.

El art. 228 decía: "Las disposiciones de este código sobre la nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia católica". Y el 229: "Las causas de nulidad de los matrimonios celebrados ante la Iglesia católica son extensivas a los que se celebrasen sin autorización de ella, con la sola excepción de necesitar de la asistencia del párroco, siempre que el matrimonio hubiese sido bendecido por algún sacerdote de la comunión de los esposos".

De manera que el régimen ideado por Vélez para los matrimonios contraidos sin autorización de la Iglesia católica era parecido al de Freitas: aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos, pero régimen especial en cuanto a las causales. La única diferencia estriba en que Freitas incluía las causales en la ley civil, en tanto que Vélez se remitió a las del derecho canónico, eliminando sólo la necesidad de asistencia del párroco, como era natural en matrimonios celebrados fuera del ámbito de la Iglesia católica.

## 5. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De los antecedentes históricos de nuestra ley resulta, pues, que en materia de causas de nulidad regía universalmente un régimen especial.

En cuanto a los demás aspectos de la nulidad, el único proyecto (el de Freitas) y el único código (el nuestro) que habrían incluido un régimen general de nulidades de los actos jurídicos, habían creído necesaria la remisión expresa para que fuese aplicable al matrimonio. En el derecho canónico, en cambio, el régimen era especial en todos sus aspectos.

## 6. TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

La ley de matrimonio tuvo su origen en un proyecto del Poder Ejecutivo, que el Senado modificó según lo aconsejado por una comisión especial integrada por los Senadores Manuel Derqui, del Valle, Zapata, Rodríguez y Baltoré; el primero de ellos fue el encargado de informar las modificaciones en el recinto.

El art. 93 del proyecto del Poder Ejecutivo constituía la adaptación del 228 del Código al régimen del matrimonio civil, pues expresaba: "Las disposiciones de este código sobre nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios". Por lo tanto, se pronunciaba expresamente por la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos.

Las modificaciones introducidas por el Senado incluyeron la supresión de ese artículo del proyecto. Fundando esta supresión, dijo el Senador Derqui: "Según el proyecto, las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos son extensivas a la nulidad del matrimonio. Si estudiamos las causas de nulidad de los actos jurídicos, veremos que ofrecerá grandes inconvenientes al consignar una disposición tan general que, por otra parte, no tendría objeto, desde que en las modificaciones que proponemos están previstas y claramente expresadas todas aquellas causas que, dada la naturaleza y fines del contrato que nos ocupa, pueden ser bastantes para servir de fundamento a una acción de nulidad. Creemos, pues, que ese artículo debe suprimirse". Y agregó todavía: "Como han podido ver los señores senadores, por la ligera exposición que acabo de hacer, al determinar la causa que puede motivar una acción de nulidad, la acompañamos de las disposiciones acerca de las personas que pueden deducirla y terminamos por establecer cuándo se extingue la acción, agrupadas así las prescripciones pertinentes a cada caso".<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Diario de Sesiones del Senado, año 1888, pág. 523.

Como puede apreciarse, la voluntad del legislador fue inequívoca en el sentido de establecer un régimen especial de nulidades matrimoniales tanto con relación a las causas, como al ejercicio y caducidad de la acción, como a los efectos de la nulidad. Suméese a esa voluntad la expresa supresión del texto del proyecto que remitía a las nulidades de los actos jurídicos, lo que importa la derogación del art. 228 del Código Civil que así lo establecía.

## 7. CONVENIENCIA DE LA SOLUCIÓN

En favor de la doctrina de la especialidad se cuenta, pues, con los antecedentes históricos y con la voluntad expresa del legislador. Claro está que estos elementos podrían no ser suficientes para arribar a la interpretación exacta si el resultado fuese negativo, pues el texto de la ley tiene vida propia independiente de la voluntad del legislador.

Pero no es así. También razones de orden práctico inclinan a admitir esta doctrina. El matrimonio es un acto de naturaleza tan trascendental que requiere normas especiales que regulen su invalidez, en especial desde el momento que ésta pueda acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en la categoría de concubinos y la filiación ilegítima de los hijos nacidos de la unión. Es muy distinto, pues, anular un acto que sólo produce consecuencias patrimoniales que uno que da origen a sin número de relaciones de orden familiar. Y la anulación debe fundarse en motivos claramente determinados, pues no cabe admitir que se generalicen situaciones de duda con respecto a la validez del acto, que necesariamente surgirían en caso de admitirse la ampliación de las causas de nulidad y del número de personas con derecho de ejercer la acción respectiva sobre la base de disposiciones creadas con miras a regular situaciones de importancia exclusivamente patrimonial.

Baste para señalar lo peligroso de la tesis contraria con indicar que no sólo admite la nulidad del matrimonio por vicios de forma o por incompetencia del oficial público, y acepta su declaración de oficio por los jueces en determinados casos, sino que uno de sus sostenedores —Spota— llega hasta insinuar la posible nulidad del matrimonio por no contar con un "objeto-fin social" por aplicación del art. 963 del Código Civil, es decir, la nulidad del matrimonio contraído por motivos inmorales o en colisión con las buenas costumbres, lo que ya rosa los límites de lo absurdo, pues unido a la extensión de las personas habilitadas para el ejercicio de la acción puede llevar hasta la investigación de oficio o a pedido del ministerio fiscal de los motivos que llevaron a los cónyuges a contraer matrimonio.

## 8. CONCLUSIÓN

En conclusión, la formación histórica del régimen de las nulidades matrimoniales, la voluntad legislativa claramente expresada, la naturaleza del acto y la comparación de los resultados derivados de la aplicación práctica, concurren al sostenimiento de la tesis de que se trata de un régimen especial al cual no le son aplicables las reglas sobre nulidad de los actos jurídicos en general.

## 9. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS

Así expuestos los fundamentos de la doctrina de la especialidad, fácil es advertir la inconsistencia de los que sustentan la tesis contraria, expuestos en el punto 2.

El argumento lógico, según el cual las disposiciones generales serían aplicables al matrimonio por ser acto jurídico y no haber norma que excluya su aplicación, pierde consistencia frente a la circunstancia de que el legislador entendió inequívocamente excluirlas. No puede tener otro sentido la derogación, fundada y razonada, de la norma que en el Código C.vil disponía lo contrario.

La falta de diferencias esenciales entre la nulidad de los actos jurídicos patrimoniales y la del matrimonio no importa que el régimen de nulidades no sea distinto, por su origen histórico y por las diferencias existentes entre las consecuencias de la invalidez de aquéllos y de éste.

El criterio de que frente a dos posibles interpretaciones debe aceptarse la que conduce a un mejor resultado únicamente puede ser aplicable cuando en efecto la ley permite sustentar razonablemente dos soluciones distintas, pero no puede servir para convertir al intérprete en legislador al modificar los textos legales. Por otra parte, también este criterio interpretativo conduce a aceptar la doctrina de la especialidad.

Finalmente, el argumento de que hasta la sanción de la ley de matrimonio regían las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos para el matrimonio, es ciertamente falso. La inmensa mayoría de los matrimonios contraídos en el país hasta 1889 eran celebrados según el rito católico, de manera que estaban sometidos a un régimen especial de nulidades, el del derecho canónico; los pocos que puedan haberse celebrado ante ministros de otros cultos, si bien quedaban sujetos a las disposiciones del Código sobre nulidades de los actos jurídicos, no era así sino con la importante excepción del art. 229 del código, según el cual las causas de nulidad eran las del derecho canónico. Por otra

parte, la norma que remitía a las disposiciones generales fue suprimida por la ley de matrimonio.

También deben rechazarse los argumentos de quienes, a pesar de aceptar la especialidad, sostienen la aplicabilidad al matrimonio del art. 18 del Código Civil o crean causales de inexistencia a fin de ampliar los supuestos de invalidez del matrimonio. Si este acto se resiste a la aplicación de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos, con mayor razón rechaza una disposición aun más general como la del art. 18; y la inexistencia sólo tiene asidero cuando faltan elementos esenciales del acto jurídico matrimonial, mas no como vía para ampliar los supuestos de invalidez. Por lo demás, no es aceptable que en casos en que la ley no prevé la nulidad pueda ésta resultar de la indicada norma o de la aplicación de la teoría de la inexistencia, pues tanto en uno como en otro caso el matrimonio quedaría privado de todo efecto, sin la posible aplicación de las soluciones legales del matrimonio putativo, a pesar de tratarse de situaciones menos graves que las previstas por la ley en forma expresa.

#### 10. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD

Las consecuencias de la doctrina de la especialidad, son las siguientes:

1º) En cuanto a las causales de nulidad de matrimonio: No hay otras causales que las previstas expresamente en la ley, es decir, las enumeradas en los arts. 84 y 85 de la ley de matrimonio.

En consecuencia, no son nulos los siguientes matrimonios:

a) el celebrado con vicio de forma. La única formalidad esencial es la presencia del oficial público, cuya omisión determina la inexistencia del matrimonio (art. 14 de la ley de matrimonio civil); el incumplimiento de cualquier otra formalidad del acto carece de efectos.

b) el celebrado por oficial público incompetente. En el orden territorial es competente para la celebración del matrimonio el oficial público encargado del registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes (art. 17 de la ley de matrimonio); sin embargo, si el acto se celebrase en otro lugar, igualmente sería válido.

Pero si se contrajese ante otro funcionario que no fuese el oficial público encargado del registro civil, el matrimonio sería inexistente por falta de ese requisito esencial (art. 14 de la ley de matrimonio). No obstante, si se tratase de un funcionario usurpador o el verdadero oficial público permitiese la actuación de algún subalterno suyo en su reemplazo, el matrimonio sería válido, pues no sería dable a los contrayentes conocer la verdadera situación.

c) el celebrado por el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, sin venia de su padre o curador, ni la suplencia del juez. Este supuesto de necesidad de venia, legislado junto al de los menores de edad (art. 10 de la ley de matrimonio), no tiene previsto por la ley sanción alguna; de manera que si el caso ocurriera —lo que es muy difícil si no imposible— el matrimonio sería válido.

d) el celebrado por quien está accidentalmente privado del discernimiento, como el ebrio, el intoxicado por el uso de estupefacientes o el hipnotizado. En todos esos casos, el matrimonio sólo podría ser anulado porque la situación en que el contrayente se encontraba hubiera determinado un error de los que según el art. 16 de la ley vician el consentimiento, o porque mediase dolo del otro o de un tercero para obtener la celebración del acto aprovechando tal circunstancia. En verdad, parece difícil que sin una maniobra dolosa se haya obtenido el consentimiento del accidentalmente privado de discernimiento, de modo que generalmente la nulidad podrá obtenerse por esta causal.

e) el celebrado en violación de los impedimentos establecidos en el art. 17 de la ley 11.358 sobre profilaxis de la lepra, en el art. 13 de la ley 12.331 sobre profilaxis de las enfermedades venéreas, y en el art. 17 de la ley 13.252 sobre adopción. En todos estos casos, la ley no prevé sanción alguna, de modo que debe entenderse que no hay nulidad y que los mencionados impedimentos tienen el carácter de impedientes.

2º) En cuanto a las personas habilitadas para ejercer la acción de nulidad: Sólo pueden ejercer la acción aquéllos a quienes se la acuerdan los arts. 84 y 85 de la ley de matrimonio; no puede hacerlo ningún otro interesado ni la acción es transmisible por sucesión ni por cesión.

3º) En cuanto a los efectos de la nulidad. Ellos son los establecidos en los arts. 87 y 89 de la ley de matrimonio, según los diferentes supuestos.

## 10. JURISPRUDENCIA

La doctrina de la especialidad predomina en la jurisprudencia.

En la Capital Federal la aceptaron las Cámaras Civiles 1ª y 2ª en la mayoría de sus fallos.\* En la actual Cámara Nacional de

\* En este sentido, Cám. Civ. 1ª, 38-12-45, La Ley 41-382 y Jur. Arg. 948-I-427; 9-3-46, La Ley 44-341 y Jur. Arg. 946-IV-332; 9-3-46, La Ley 52-470 y Jur. Arg. 948-IV-137. Cám. Civ. 2ª, 16-11-35, Jur. Arg. 18-816; 9-3-37, Jur. Arg. 57-740; 10-12-46, La Ley 48-357 y Jur. Arg. 947-I-63. En contra, Cám. Civ. 1ª, 19-2-34, La Ley 45-382, sobre la base del voto de TORAL y con la disidencia de BARRAQUERO; 17-2-49, Jur. Arg. 70-495; 17-4-44, La Ley 34-722.

Apelaciones en lo Civil se han pronunciado en su favor las salas B y F;<sup>7</sup> la sala C, que la aceptaba,<sup>8</sup> varió luego su criterio.<sup>9</sup> La sala D admite la existencia de un régimen especial, pero sostiene que los principios sobre las nulidades de los actos jurídicos en general son aplicables también al matrimonio sólo en cuanto fueren congruentes y lo obligaren las circunstancias;<sup>10</sup> y la sala E también admite en principio que el régimen es especial, pero acepta la aplicación analógica de las disposiciones del código sobre nulidad de los actos jurídicos.<sup>11</sup>

La Suprema Corte de Buenos Aires también admite la doctrina de la especialidad.<sup>12</sup> Sólo se apartó de esta tesis en un fallo de 1961, en el cual admitió la aplicación de las normas generales en cuanto no hubiera disposiciones especiales que las modificasen o no lo impidiera la naturaleza del acto.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Sala B, 19-12-62, La Ley 70-550 y Jur. Arg. 953-III-293; 26-6-56, La Ley 69-323 y Jur. Arg. 956-III-520. Sala F, 21-12-61, La Ley 109-613; Jur. Arg. 962-IV-33.

<sup>8</sup> Sala C, 4-6-55, La Ley 79-711.

<sup>9</sup> Sala C, 23-10-57, La Ley 90-395.

<sup>10</sup> Sala D, 27-12-58, La Ley 89-193 y Jur. Arg. 957-II-116.

<sup>11</sup> Sala E, 24-3-60, La Ley 96-85 y Jur. Arg. 961-IV-414.

<sup>12</sup> Sup. Corte de Bs. Aires, 3-4-60, La Ley 54-404 y Jur. Arg. 949-II-188; 22-4-58, Acuerdos y Sentencias 958-II-444; 7-3-63, La Ley 111-718 y Jur. Arg. 964-I-257.

<sup>13</sup> Sup. Corte de Bs. Aires, 12-9-61, La Ley 108-271; Jur. Arg. 962-I-496.

#### BIBLIOGRAFIA NACIONAL

- BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia" (Buenos Aires, 1935), t. I, Nº 163.
- BUSO, Eduardo B.: "Código Civil Anotado", t. II, comentario al art. 84 de la ley de matrimonio civil, números 9/13.
- DAZ DE GUJARRO, Enrique: "Matrimonios prohibidos sin sanción prevista de nulidad" (Jur. Arg. 985-III-doct.-75); "Improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad del matrimonio" (Jur. Arg. 947-I-doct.-35); "Anulabilidad del matrimonio celebrado durante un intervalo lúcido" (Jur. Arg. 70-895).
- FASSI, Santiago C.: "De la inexistencia y de la nulidad del matrimonio" (Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, vol. 13, año 1942, pág. 27, y "Estudios de Derecho de Familia", pág. 57; "El matrimonio y las normas del Código Civil Argentino sobre nulidad y prescripción" (La Ley 86-816 y "Estudios de Derecho de Familia", pág. 133); "Nulidad de Matrimonios prohibidos por leyes sancionadas con posterioridad a la 2393 y el art. 18 del Código Civil" (La Ley 100-338 y "Estudios de Derecho de Familia", pág. 181).
- FRIAS, Jorge A.: "El matrimonio, sus impedimentos y nulidad" (Córdoba, 1941), pág. 444.
- LAFAILLE, Néctor: "Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia", compilado por Pedro Frutos e Isuro F. Argüello (Buenos Aires, 1930), No 349.
- LEON, Pedro: "Extinción de la acción de nulidad de matrimonio" (La Ley 70-550).
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: "Nulidad de Matrimonio" (Buenos Aires, 1958).
- MACHADO, José Olegario: "Exposición y comentario del Código Civil Argentino" (Buenos Aires, 1946), t. I, pág. 493.
- MOLINARIO, Alberto D.: "Refutación de pretendidas impugnaciones a la exacta interpretación del art. 86 de la ley de matrimonio" (La Ley 108-1337), Nº 18 y nota 158.
- PRAYONES, Eduardo: "Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia", compilación de Luis A. Podestá Costa (Buenos Aires, 1914), Nº 51.
- REBORA, Juan Carlos: "Instituciones de la Familia", t. II (Buenos Aires, 1948), s. 17, números 1 a 3.
- SPOTA, Alberto G.: "Tratado de Derecho Civil", t. II; Derecho de Familia, vol. 1 (10), números 129/32.

## LA ETICA DE HUSSERL

ROBERTO J. VERNENGO

Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho

El texto que sigue se atiene a la información que sobre los manuscritos éticos de Husserl da A. Roth en "E. Husserls ethische Untersuchungen" (La Haya, 1960), y a su plan de exposición.

### I

*Noticia sobre la fenomenología.* Husserl pretende investigar los fundamentos de una ética fenomenológica. La fenomenología como disciplina filosófica importa dos cosas, por lo menos, que conviene tener presentes: por un lado, constituye un método de investigación válido para cualquier tipo de fenómenos; por el otro, se trata de algo así como un programa que invita a ir directamente a las cosas mismas como última fuente de conocimientos verdaderos. Una investigación filosófica de los problemas éticos, adoptando el programa fenomenológico, requiere, pues, un acceso directo a los objetos éticos, para estudiarlos tal cual se dan, al margen de todo decálogo, programa o teoría morales previos.

Pero, ¿qué significa ir a las cosas mismas? ¿Acaso las cosas no se dan desde ya, y satisfacer tal programa metódico no acarrea dificultad alguna? ¿Las cosas no están desde siempre a nuestra disposición para que las manejeemos y, de ser el caso, las investiguemos? Sucede que nunca las cosas se nos ofrecen limpiamente, inmediatamente, tal cuales ellas serían en sí mismas, sino que se nos aparecen engarzadas en el horizonte de un mundo práctico en el que nos movemos. Las cosas, allí, se nos ofrecen, sí, pero recubiertas por una capa de interpretaciones recibidas que obligan a un esfuerzo metódico previo, para lograr ver con frescura lo que sean en forma previa a las interpretaciones con que las vivimos. Ideologías, tradiciones, conocimientos científicos o vulgares tiñen, pues, el acceso a las cosas mismas y, por tanto, el primer esfuerzo metódico que exige la fenomenología

es un riguroso poner de lado todos esos prejuicios, inclusive los avalados por las ciencias vigentes en el momento.

Cabe preguntarse, sin embargo, si las cosas o los hechos a que se trata de llegar poniendo de lado, "poniendo entre paréntesis" o "reduciendo la tesis natural" como dice Husserl, todo prejuicio, admiten un acceso indubitable en cuanto fuente última de conocimiento. Hay un acto de la conciencia en el cual las cosas se ofrecen en forma originaria, sin intermediarios, en presencia inmediata; tal acto —o clase de actos— es la intuición, del cual es ejemplo la percepción sensible. Los actos intuitivos —el ver directamente, etc.— en que algo se da originariamente constituye, para Husserl, un fundamento último de conocimiento; lo que la intuición ofrece debe ser aceptado tal como se da y dentro de los límites que la circunscriben. En la pretensión de lograr un acceso intuitivo originario a las cosas investigadas difiere toda tentativa de conocimiento filosófico de las prácticas metódicas de las ciencias positivas. Normalmente, tal recurso a una intuición originaria, a un contacto limpio con las cosas, es de secundaria importancia para las ciencias, ocupadas que están con consideraciones de eficacia técnica. Al adquirir conocimientos científicos, sobre el derecho, por ejemplo, y estudiar los textos en que tales conocimientos reciben expresión, sólo por lo común un crédito a las afirmaciones de quien escribe, sin cuidarme de controlar en mi propia experiencia intuitiva la exactitud de lo que se lee. Pero algún recurso a la experiencia intuitiva es, inclusive para la ciencia, de fundamental importancia, pues la verdad, en su acepción clásica, exige una confirmación de las tesis por la experiencia. La verdad implica algo así como una coincidencia entre la cosa y el juicio que a ella se refiere, y tal coincidencia sólo se logra en ciertos actos de intuición. Tal privilegio destaca a los actos intuitivos en que las cosas se dan de presencia, frente a otros casos de conciencia en que ello no sucede, como la memoria. Los juicios de la ciencia sólo constituirán conocimiento en cuanto sean corroborados por intuiciones aptas.

*Características necesarias y contingentes.* Ahora bien, resulta que la intuición sensible de las cosas me ofrece, de éstas, ciertas características contingentes que las integran. El objeto individual intuido posee tales o cuales notas, aquí y ahora, que no excluyen la posibilidad de que, en otra circunstancia, presente otras características distintas: el triángulo que acabo de dibujar en el pizarrón es, en esta ocasión, de tiza y blanco; bien pudiera ser de otra materia y de otro color, esta mesa alrededor de la cual nos reunimos es de cierta forma y de madera: ambos elementos podrían modificarse sin que dejáramos de contar con una mesa. En otros términos: componen el objeto individual que se me da intuitivamente, una serie de características contingentes

que lo hacen ser el que de hecho es; de consuno, lo integran una serie de características necesarias o esenciales, de las que no cabe prescindir sin que el objeto desaparezca como tal, por ser ellas condiciones necesarias de su existencia. Aunque puedan existir triángulos que no son de tiza ni blancos, no pueden, en cambio, darse triángulos sin tres lados de alguna longitud, que se corten dos a dos, como no cabe encontrar un sonido sin alguna altura. Cree Husserl que el conjunto de las notas esenciales y necesarias constituye un objeto distinto del objeto empírico, que denomina "esencia". Las esencias de los objetos —sostiene— también se dan en un acto intuitivo originario, pero no sensible. Las esencias se captan en un acto de conciencia intuitivo, pero con propiedades diferentes a las de los actos de intuición sensible. Los objetos de la experiencia los intuimos por uno de sus lados y siempre en cuanto individuos; en las intuiciones de esencias, éstas se dan como universales, sin presuponer la existencia de una cosa individual. El conjunto de notas necesarias —o esencia— es condición de la posibilidad de todo objeto individual: de no satisfacer los triángulos que dibujamos en los pizarrones los requisitos establecidos por la esencia del objeto triángulo, por la triangularidad, simplemente no habría triángulo alguno ante nuestros ojos.

En todo caso, entiende Husserl, es factible distinguir las propiedades fácticas contingentes de los datos, de sus propiedades necesarias o esenciales. Ello es posible lograrlo, por ejemplo, recurriendo al juego de la fantasía, variando imaginativamente las notas que captamos en el objeto examinado; aquéllas que no admitan manipuleos imaginativos sin simultánea desaparición del objeto, son notas esenciales, notas integrantes de la esencia del objeto. Las esencias se ofrecen como objetos capaces de ser captados en forma inmediata en una intuición intelectual no sensible; son datos *a priori* de toda experiencia de individuos y, para la fenomenología ortodoxa, no son consecuencias analíticas de ciertas convenciones lingüísticas.

## II

*Planteamiento del problema de la ética.* Resulta que rara vez recurrimos a una intuición inmediata de los fenómenos éticos. La ética que aceptamos, los principios éticos que acatamos, los poseemos como datos recibidos, como convicciones o conocimientos que nos han sido inculcados dogmáticamente sin que, por lo común, se nos ocurra probar su validez o las condiciones de su aceptabilidad. Los principios éticos los he recibido, por ejemplo, como una verdad revelada, indiscutible, y en su respecto sólo me

cabe repetir el código vigente. Pero cabe suponer que tales principios éticos, acatados sin el menor asomo de duda o crítica, fueron probados por alguien, el modificador moral mítico, o por lo mayores, que tuvieron acceso directo a ciertos fenómenos que constituyen la experiencia moral básica. Debo suponer, en alguna instancia, la posibilidad de una intuición de las cosas éticas. La cosa ética, el objeto propiamente moral, es llamado por Husserl, ateniéndose a una tradición centenaria, "valor" o "bien": el valor, o el bien, será nuestro objeto de investigación.

Los valores son, por una parte, ciertas propiedades que atribuyo a ciertas clases de cosas. En cuanto valiosa, la cosa es buena. Tal atributo, el ser bueno, puede ser empleado (y así lo es corrientemente), como un término genérico para designar cualquier propiedad positivamente valiosa.

Pues bien: si el objeto tradicional de la ética es el valor, o el bien, la actitud fenomenológica me obliga a intentar llegar al valor en forma intuitiva directa, previo poner de lado todas las interpretaciones que lo encubren. El procedimiento metódico consistirá, en primer término, en la reducción de las tesis previas, científicas u otras, que me empañan la visión directa del valor ético. Los prejuicios éticos que deben ser puestos de lado, de alguna manera han recibido expresión en las diversas escuelas y tendencias filosóficas que, a través de los siglos, han orientado el pensamiento ético.

Piensa Husserl que las líneas principales de la especulación ética, que de alguna manera reflejan todos los tipos de prejuicios éticos que es menester poner de lado antes de lanzarse a la investigación de la esencia del valor o del bien, son tres, a saber:

- 1º) la ética de tendencia empírico-subjetivista, ejemplificada por el hedonismo y por el eudemonismo (tanto de orientación egoísta como social);
- 2º) la ética de tendencia idealista-racionalista, movida por un intento de logicar o matematizar lo ético; y
- 3º) la ética formal de inspiración kantiana.

Todas estas formas del pensamiento moral importan, en última instancia, una especie de escepticismo ético en cuanto niegan, con razones diversas, la existencia de un contenido material apriorístico en la esfera moral.

a) Las éticas de tendencia subjetiva. Lo típico de estas actitudes morales —que comprende, para Husserl, tanto las éticas hedonistas como las eudemonistas— reside en que el valor se funda en el comportamiento efectivo del sujeto empírico, y que los principios determinantes de ese comportamiento son ciertas experiencias puramente subjetivas, como el placer o la utilidad.

En el caso del hedonismo, el criterio de valoración, o el valor mismo, es el placer; o mejor; la experiencia placentera, el placer como satisfacción sensual o espiritual. En cuanto técnica práctica, toda ética hedonista pretende regular normativamente el comportamiento de los seres humanos. Como tal regulación ética se efectúa basándose en la existencia de un elemento subjetivo psicológico (o en su falta), a saber: el placer como experiencia real de un sujeto, el fundamento teórico de tal ética reside en las comprobaciones de una ciencia positiva, la psicología.

Si el bien, o el valor, consiste en el placer, o en la experiencia del placer, las reglas de conducta que la ética hedonista va a sentar, obedecerán al siguiente esquema: tal o cual acto debe ser cumplido en cuanto es bueno, y es bueno siempre y cuando provoque placer. El fundamento de tal tesis, por tanto, debe encontrarse en la verificación de ciertas comprobaciones psicológicas que ligan la realización de determinados actos con la consecuente experiencia de placer.

Resulta, sin embargo, que la psicología no ha efectuado un inventario inductivo de todos los actos que, en los seres humanos, son ocasión de experiencias placenteras. De hecho y obviamente, los éticos hedonistas no parten de repertorios de actos placenteros recogidos en los tratados de psicología, sino que, estima Husserl, dan por sentado un pretendido principio general psicológico que afirmaría que todo ser viviente (y, por tanto, el hombre), tiende al placer. El placer que, según tal principio, regiría el comportamiento humano, sería medida del valor ético de las acciones y éstas serían tanto mejores cuando mayor placer provoquen.

b) Refutación del hedonismo. ¿Cuál es el alcance efectivo de tal principio —todo ser viviente tiende al placer—, que funciona como fundamento último de las normas en una moral hedonista? Se pretende que se trata de una comprobación empírica: en la realidad, en los hechos, los hombres tienden al placer como fin de sus acciones, sea el placer de los sentidos, o el placer del espíritu. Parece claro que, pese a su pretendido carácter empírico, tal principio no enuncia el resultado de una generalización inductiva efectuada sobre la base de múltiples comprobaciones psicológicas.

Pero aún sin entrar a discutir cuál sea el fundamento —inductivo u otro— de la validez de tal supuesto principio empírico-psicológico, Husserl señala que aún así no es factible extraer reglas, o principios normativos para la conducción de la conducta humana, de la afirmación de una verdad de hecho, por muy general que ella sea, pues de lo que es, no cabe pasar a lo que debe ser. Y las reglas éticas, como reglas técnicas del comportamiento humano, excluyen un campo de objetos donde no quepa la po-

sibilidad de ser de otra manera de como de hecho son. Pareciera que Husserl alude, con este tipo de crítica, a algo semejante a la falacia ética que Moore denominó "falacia naturalista".

Por otro lado, Husserl señala que el supuesto principio básico de la ética hedonista, pese a su apariencia de verdad de hecho, de comprobación empírica, no es, ni funciona, como una verdad empírica, sino como una definición a priori de un tipo moral ideal. Sostener que todo ser viviente (o el hombre) tiende al placer, implica afirmar que sólo es sujeto ético quien regula su comportamiento de acuerdo con objetivos placenteros.

Este ideal ético ciertamente no podemos verificarlo en experiencia psicológica o social alguna. Se ha erigido, solapadamente, un pretendido fenómeno real —el supuesto hombre que guía su conducta exclusivamente obedeciendo a criterios placenteros— en un principio apriorístico de valoración moral. Negar tal principio no sería un mero error de hecho, sino algo así como incurrir en contradicción, en cuanto se niega una característica definitoria del tipo ideal moral.

La afirmación de que todos los hombres tienden al placer es, lógicamente, un juicio universal. Estos enunciados son, pues, juicios que no afirman la existencia de su sujeto, sino que sostienen una hipótesis general: sostener que todos los hombres tienden al placer vale tanto como afirmar que no hay cosa alguna que sea hombre y no tienda al placer. Esta hipótesis universal es una definición, de alguna suerte arbitraria, de lo que se pretende entender por hombre. Su verdad, si la posee, es a priori.

Pero aún aceptando el principio básico del hedonismo como una ley psicológica universal, cabe advertir que su enunciado corriente es equívoco. El acto moral bueno, según la actitud hedonista, es aquél cuya realización va a ser placentera; el placer concomitante del acto a realizar no es, al parecer, la acción a que el sujeto moral tiende. El placer no se confunde con el acto moralmente debido, aunque concomitantemente pueda darse con él. Puedo creer que oír música sea bueno, admitiendo la postura hedonista, porque ello me produce placer; pero no es factible confundir la música misma cuya audición procuro, con el placer que posiblemente ella me producirá. Es inexacto que el sujeto moral tienda al placer, al placer que concomitantemente se da con la realización de ciertos actos. El sujeto tiende a efectuar el acto bueno, esté acompañado o no de sensaciones placenteras. El principio básico del hedonismo implica una ambigüedad sobre este punto.

Más aún: si el principio hedonista enuncia una tendencia, pareciera que lo bueno placentero es algo que falta, que debe lograrse, porque aún no se da. Lo valioso, por ser algo hacia lo

que se tiende, tiene que ser de antemano algo que valga la pena esforzarse en obtenerlo, sin que pueda ser, antes de darse, causa de placer presente. Cuando, al tender hacia él, al lograrlo, lo actualicemos, quizás concomitantemente comprobemos que provoca placer. Oír música es bueno, me dice el hedonista, porque produce placer; pero el placer, como real fenómeno psicológico, sólo se da concomitantemente con el acto real de audición. ¿Cómo puedo, sin embargo, hacer un esfuerzo por oír música, antes de oírlo, si no tuviera desde ya un criterio de valoración de la música que no se confunde con el eventual y futuro placer que me provocará la audición? Corresponde, pues, distinguir tajantemente entre el valor del objeto, que es una característica objetiva ajena a mis sensaciones placenteras, del valor de placer ocasionado por la presencia del objeto valioso. Este segundo valor, el valor del placer, no se confunde con el valor propio del objeto. El placer valioso es una propiedad de un estado sensitivo del sujeto que percibe un objeto valioso; el valor del objeto es una característica de éste, que se presenta a la conciencia como un elemento integrante de la realidad de la cosa. El valor es un dato objetivo.

Resulta que, normalmente, tomamos el valor objetivo de la cosa como criterio de apreciación del valor de la sensación placentera que eventualmente gozamos. Así, considero despreciable el placer que pueda sentir ante una cosa desvaliosa y me hago cargo de conciencia por no sentir suficiente placer ante una cosa verdaderamente valiosa. El valor de una sinfonía de Brahms no se altera por mi falta de placer durante su audición; justamente esa falta de placer en el auditor, ante el evidente valor de la sinfonía, es criterio para juzgar estimativamente la actitud del oyente. El placer valioso concomitante es transitorio, se da durante una cierta audición del trozo de música valioso. El valor de la música misma perdura a través de todas sus interpretaciones (inclusive, pese a muchas de ellas), como un valor objetivo, ideal, ajeno en su validez a las apariciones temporales.

De estas consideraciones concluye Husserl que el hedonismo es una doctrina ética insuficiente para explicar el valor. Incorre en vicio de psicologismo, al confundir el valor del objeto con el eventual valor de un estado psicológico concomitante, y, por tanto, desconoce la índole especial de las relaciones apriorísticas entre el valor y el acto de valorar.

c) La teoría del Estado de Hobbes. Estas fallas, cree Husserl, son especialmente notorias en la teoría del Estado de Hobbes, teoría que, por otra parte, implica una transición entre el puro hedonismo y el eudemonismo. El hombre, para Hobbes, actuaba en una etapa primitiva movido por criterios puramente subjetivos de placer o de utilidad egoísta. Tales criterios, por ca-

recer de limitaciones, importan la guerra de todos contra todos. Pero, en cuanto ser razonable, el hombre debió reconocer que la felicidad de cada uno se encontraba necesariamente ligada a la felicidad de los otros, y que, por tanto, para no impedir la realización de la propia felicidad era menester imponer límites al ejercicio de actividades egoístas. Esta autolimitación se efectúa, sin embargo, tratando cada cual de beneficiarse individualmente, egoístamente. Y, por ello, es menester establecer garantías de que ningún miembro de la comunidad quebrantará las limitaciones que así se imponen a la actuación de cada cual.

Las leyes constitutivas del Estado son la forma como la sociedad da expresión a tales medidas impuestas por la razón sobre el natural egoísmo del hombre. De ahí que, para Hobbes, lo moralmente bueno sea idéntico con lo legalmente debido, y el Estado sea, en cuanto organización voluntaria, una consecuencia racional natural del egoísmo primigenio del hombre. Esta construcción, estima Husserl, parte de una premisa inaceptable, la supuesta esencia egoísta del hombre. Y, a partir de ella, pretende erigir una supuesta socialidad unilateral. Como reconstrucción de la realidad, la teoría de Hobbes carece de todo fundamento; debe tomársela, piensa Husserl, como una construcción hipotética semejante a las que practican los geómetras para facilitar la explicación de relaciones espaciales ideales. Su valor filosófico, pues, es haber sido una tentativa de construir una teoría ética posible sobre bases puramente apriorísticas.

d) El eudemonismo. Su forma más conocida es el utilitarismo de Stuart Mill. En términos generales, cabe calificar de corriente ética eudemonista toda aquella que considera que la voluntad y la acción deben determinarse por la utilidad y el bienestar del sujeto valorante. El bien moral se funda en el egoísmo del hombre y toda actitud altruista es moralmente irrelevante.

Una ética puramente egoísta debe, pues, tratar de reducir toda virtud a un motivo egoísta subjetivo. Ello no parece factible, por cuanto ciertas virtudes, como la justicia, parecieran repugnar a ser tenidas como egoístas en su origen o fundamento. De hecho, la derivación de toda posible virtud de motivos egoístas ha sido imposible, o altamente artificial; en todo caso, inverificable. Y así ha sucedido que la línea de pensamiento ético eudemonista se ha escindido en una dirección puramente egoísta, y en otra de carácter altruista o social.

Para la orientación egoísta —señala Husserl— no sólo son inexplicables aquellas acciones sociales contrarias a un egoísmo cerrado, sino que el sentido mismo de tal actitud ética es, a la postre, inadmisibile. En efecto: cabe suponer o comprobar, que el ser humano es egoísta. Otra cosa es, en cambio, tomar tal su-

puesto o tal comprobación como criterio de valoración. El hombre, ya no sólo es egoísta, sino que debe actuar egoístamente. Pero tal propuesta sólo puede tener sentido plausible a condición que se reconozca como una posibilidad humana la de no ser egoísta: sólo porque el hombre puede ser no egoísta, tiene sentido proponerle éticamente que lo sea. De otra suerte, tal básico principio ético sería inconsistente con la comprobación básica, pues si la única posibilidad humana fuera el egoísmo sin opción, recomendar que además se deba serlo, sería superfluo en grado total, pues no habría posibilidad alguna de no cumplir con tal regla ética. Si esto es así, es cosa clara que el pretendido axioma —el hombre es un ser egoísta— dista de ser el resultado de una comprobación empírica; más aún, para que pueda dársele alcance ético debe implícitamente reconocerse como una característica esencial del hombre, la de ser altruista. Proponer como axiomática una de las posibilidades que todo hombre necesariamente tiene —la de actuar egoístamente o altruístamente—, es elevar una decisión arbitraria, y, por tanto, a priori, al rango de verdad suprema moral. No hay, en principio, razón alguna para inclinarse ante tal decisión.

La otra línea importante del pensamiento eudemonista, en cambio, admite la posibilidad y la necesidad de acciones generosas. Trata de explicar tales acciones generosas, altruistas, en un último fundamento egoísta. Así, en el utilitarismo social del siglo XIX, la bondad de un acto no reside exclusivamente en su utilidad para el sujeto valorante, sino que, en muchos casos, éste debe poner de lado su propio interés egoísta en pro de otros fines de utilidad social. Para explicar esta modificación de los impulsos egoístas, se ha echado mano de los recursos de la psicología. La costumbre, por asociación psicológica, llevaría al hombre a admitir con el tiempo que el esforzarse por producir la felicidad del prójimo puede ser un medio eficaz para los propios fines personales egoístas; el tiempo y la costumbre modifican esta actitud, y lo que era tenido como un medio eficaz para fines personales, es considerado a la postre como un fin en sí, digno de ser logrado por sus propios méritos. Así, la costumbre transforma las primitivas motivaciones egoístas en actitudes altruistas.

Husserl considera que esta explicación no puede ser aceptada, ni psicológicamente ni sociológicamente. En una consideración meramente neutra del juego de la costumbre, debería concluirse que la repetición prolongada de actos egoístas sólo conduce a aumentar la dosis de egoísmos de una actividad humana. Aún admitiendo que, con el transcurso del tiempo, el hombre olvidara el carácter de medio de los actos generosos que eventualmente realiza en persecución de sus fines egoístas, ni la costumbre, ni el olvido, explican suficientemente la transformación de lo que era medio en un fin valioso en sí, pues los medios acostum-

brados u olvidados no por ello adquieren dignidad propia. La erección de un medio en fin requiere una motivación espiritual en que se reconozca el valor propio del nuevo fin, y esta motivación espiritual no se confunde con el pretendido mecanismo de la asociación psicológica, o de la costumbre como mera repetición de acciones. Esta tentativa de explicación, entiende Husserl, padece del vicio de tratar de explicar un fenómeno de la vida espiritual, como el valor moral, con un mecanismo natural.

### III

El escepticismo práctico. Todas las formas del hedonismo o del eudemonismo, en cuanto actitudes subjetivo-relativistas, remiten como último fundamento de la validez de los principios morales, a modos de sentir subjetivos. El valor objetivo es desconocido o se intenta descomponerlo en últimos elementos puramente subjetivos. El valor se integra en alguna forma de relación con el sujeto psicológico. Ello implica, cree Husserl, modos más o menos sutiles de escepticismo. No se trata, claro está, de escepticismo formal, pues ni el hedonismo ni el eudemonismo niegan la existencia de bienes.

El escepticismo teórico, como Husserl había tratado de delimitarlo en las "Investigaciones Lógicas" importa confundir la verdad objetiva con un tener alguien algo por verdadero. En rigor, todo escepticismo teórico conduce a una contradicción, en cuanto son inconsistentes las tesis escépticas con su propio sentido expreso o implícito. Afirmar que no existe verdad objetiva alguna, es sentar una verdad objetiva más. De ser el escéptico consecuente, debería reconocer como falsa su propia tesis —puesto que si no hay verdad objetiva, no puede ser verdadera la tesis que sostiene que "no hay verdad objetiva"; más si tal cosa es falsa, la verdad es que habría verdades objetivas. Estas aporías y paradojas son para Husserl una contradicción interna de todo escepticismo teórico.

Un paralelo en el campo de la ética, lo daría un anarquismo moral extremo que predicara que no debe obedecerse principio moral alguno. La exigencia así sentada es, obviamente, un principio moral, una regla de conducta, que, contra su propio contenido, pretende ser obedecida. Estaríamos así en un caso análogo al del escepticismo teórico, que conduce a lo que Husserl llama una "contradicción práctica". En el manuscrito F I 24, Husserl dice: "Existen exigencias extremas escéptico-prácticas, normas prácticas, que se auto-destruyen como formalmente contradictorias, en una estricta analogía como ciertas expresiones teóricas extremadamente escépticas. Unas lo hacen por incurrir en una

contradicción práctica, una contradicción entre el contenido de una exigencia práctica y aquello que toda exigencia práctica, en cuanto tal, formalmente presupone; las otras, por una contradicción teórica entre el contenido del enunciado y lo que presupone la forma lógica de los enunciados”.

El hedonismo y el eudemonismo no incurren en escepticismo práctico formal. Sino que, de algún modo u otro, desconocen la validez de principios formales objetivos, en especial, lógicos. Estos son degradados al nivel de comprobaciones psicológicas empíricas. Ahora bien, las leyes lógico-formales son condición necesarias de toda verdad objetiva. Las éticas estudiadas pretenden, sin lugar a dudas, sentar doctrinas objetivas de validez universal; pero el psicologismo lógico que de consano postulan, implica negar la posibilidad de tal validez universal, pues las condiciones necesarias de la validez de los principios establecidos son así puramente relativas y contingentes. El psicologismo lógico —que Husserl considera una actitud típicamente escéptica— imposibilita establecer condiciones formales absolutas de toda verdad, tanto teórica como práctica. Así, las ideas normativas éticas tienen que ser rebajadas, a la postre, al nivel de meros enunciados de hecho.

#### IV

*Las concepciones éticas idealistas.* Para esta línea del pensamiento moral, la razón, facultad intelectual, es el último fundamento del conocimiento ético, en cuanto vía de acceso a fenómenos éticos que no son empíricos. Los predicados morales son propiedades no empíricas de los estados. Los fenómenos morales son asimilados, en algunos respectos, a los objetos lógicos o matemáticos, y, como ellos, son tenidos por objetos ideales. Husserl considera interesante estudiar en esta orientación el racionalismo ético de los filósofos ingleses de la Escuela de Cambridge y, por otra parte, el formalismo ético de Kant.

a) El racionalismo ético. Husserl señala que los rasgos interesantes de la tendencia racionalista —sobre todo representada por los éticos ingleses posteriores a Hobbes y anteriores a Hume— residen en el paralelismo que se pretende reconocer entre la ética y las matemáticas; en el recurso a fundamentos teológicos; y en la confusión entre leyes esenciales de hechos y leyes esenciales prácticas.

Ralph Cudworth (1617-1688), en su "Treatise concerning Eternal and Inmutable Morality", consideró a las verdades morales como verdades absolutas, ideales anteriores a toda experiencia. Decía, por ejemplo: "Lo bueno y lo malo morales no pueden

ser cosas arbitrarias, resultado de un acto voluntario, sino que lo son por su propia naturaleza, porque es universalmente verdadero que las cosas son lo que son, no por arbitrio voluntario, sino por naturaleza. Las cosas, por ejemplo, son blancas por la blancura, negras por la negrura, triangulares por la triangularidad, redondas por la circularidad, iguales por la igualdad, es decir, por ciertas características propias. Ni la propia Omnipotencia (hablando con toda reverencia) puede querer que una cosa sea blanca o negra sin la blancura o la negrura. . . Parejamente, lo moralmente bueno o malo, lo justo o lo injusto, lo honesto o deshonesto, lo debido y lo prohibido no puede ser resultado de la mera voluntad, sino de la propia naturaleza de la bondad, de la justicia, de la honestidad, etc. . . . No hay cosa alguna que posea una esencia arbitraria, porque una esencia arbitraria es un ser sin naturaleza, una contradicción y, por tanto, un no ser. Por consiguiente, las naturalezas de la justicia o de la injusticia no pueden ser cosas arbitrarias". Cudworth creía, además, que la naturaleza o esencia de la bondad y otros valores éticos, podían ser captados intelectualmente como propiedades de los actos volitivos.

Tal postura llevó a Cudworth, señala Husserl, a considerar lo ético como de alguna suerte análogo a lo matemático, pues las propiedades que los fenómenos morales tienen, por naturaleza inmutable, son parejas a las propiedades de objetos ideales como los números.

Pero, apunta Husserl, frente a la negación, estos dominios de objetos se comportan diferentemente. Quien niega una ley matemática, incurre en error; quien contraria, en cambio, una ley moral incurre, en algo así como pecado. Y error y pecado no son conceptos intercambiables o asimilables. Una ley moral puede ser tenida por verdadera y, sin embargo, actuarse contra ella, lo que es impensable de una ley matemática o física verdaderas. La idea de ley tiene, pues, un alcance distinto en las matemáticas que en ética; la negación de una ley moral, dice Husserl, no importa desconocer la existencia de algo, sino adoptar una actitud contraria con respecto de ciertos objetos. Pese a ello, Husserl considera que el paralelo formulado por Cudworth entre las matemáticas y lo ético es útil, en cuanto reconoce el carácter no empírico del valor y la semejanza entre formas de pensar morales y matemáticas.

Las propiedades éticas en los objetos, no siendo características, son conocidas ejercitando una facultad racional innata, no sometida a las limitaciones de la pasiva percepción sensible. En Cudworth esta facultad de intuición intelectual de los valores morales sólo queda garantizada, como recurso de conocimiento, en cuanto las correspondientes ideas claras y distintas han sido dadas al alma por Dios. Por tanto, el último fundamento del co-

nacimiento moral se encuentra, en estos moralistas, en ciertas tesis teológicas.

Pero si bien en el campo de la religión, el recurso a verdades reveladas puede ser una razón última, no es así en el terreno de la filosofía, pues, apunta Husserl, la creencia en la existencia de la divinidad y sus atributos es un acto menesteroso de fundamentación filosófica. En filosofía no hay dogmas. Aceptar, como último fundamento, un acto divino —como las ideas innatas que Dios habría inculcado al alma, que propone Cudworth— supone que la idea que podamos tener de la existencia del ser divino es, o bien una idea infundada y arbitraria, o bien a su vez una idea innata puesta en el alma humana por Dios, lo que importa un círculo vicioso. El recurso a la teología, pues, se muestra como falaz.

Samuel Clarke (1673-1729) consideraba que era factible conocer intelectualmente, no propiedades morales no empíricas de los actos humanos, sino cuál era en cada circunstancia la acción moral adecuada y, por tanto, debida, al modo como racionalmente es posible inferir de un conjunto de premisas la conclusión consistente con ellas. Ello era así, porque Clarke consideraba que toda situación "era lo que es", como las premisas de un teorema, y que la acción moral podía inferirse de los datos de la situación con la misma suerte de evidencia con que el resultado del teorema para el geómetra fluye de los datos. Actuar moralmente, por tanto, era, para Clarke, actuar racionalmente, conforme a las conclusiones que la razón extrajera del conocimiento de la naturaleza de las situaciones en que el agente se encontrara. Actuar contra las leyes racionales morales sería una vana tentativa de quebrantar el orden racional de las cosas mismas.

Para Husserl todo ello importa una implícita identificación de la naturaleza con la razón y, sobre todo, confundir leyes racionales que rigen hechos, con leyes normativas. Las normas éticas no son comprobaciones fácticas de ilegalidades a que se ajustan las acciones humanas, pues, si lo fueran, serían teóricamente superfluas.

La atribución de una propiedad valiosa a una cosa no es asimilable a la predicación de una propiedad de hecho. Clarke tiende a pensar las leyes éticas como leyes naturales; así incurre en lo que Husserl califica de "intelectualismo equivocado": que confunde la razón teórica con la práctica. Pretender además, como Cudworth, fundar la validez de las verdades racionales en ideas innatas inculcadas por la divinidad, significa incurrir en la inconsecuencia lógica de pretender derivar normas de hechos, aunque el hecho en cuestión sea el hecho metafísico de la existencia de Dios.

b) La ética formalista de Kant. La ética kantiana se pre-

señala en forma expresa como una polémica contra las direcciones eudemonistas y hedonistas. Kant, por razones que sería largo exponer aquí, considera que no puede considerarse objeto propio del valor moral, ni ciertos eventuales efectos o consecuencias de los actos volitivos (como el placer o la utilidad que provocan), ni tampoco el acto mismo en su materialidad (como pretendía el racionalismo inglés al creer en el valor en sí de los actos). O sea, Kant excluye, tanto las éticas de fines como las éticas de bienes. Sólo la intención que mueve la voluntad puede ser calificada correctamente de buena o mala, y el *summum bonum* consiste en una buena voluntad irrestricta. Buena, para Kant, es la intención volitiva movida únicamente por la idea del deber.

Pero un acto puede coincidir casualmente con un deber, sin que en puridad haya sido efectuado en razón del deber mismo, como quien no peca por lasitud. Tales actos, aunque coincidentes con principios morales, no son para Kant acciones morales, por cuanto no se realizan con intención de ajustarse a un deber. Para que pueda hablarse de moralidad se requiere que la voluntad sea motivada conscientemente por la representación de un principio o máxima que establezca la acción debida. Sólo que tal máxima de actuación no reviste aún valor moral pleno mientras sea un mero principio subjetivo del actuar de cada cual. Es condición necesaria, que la máxima subjetiva pueda ser universalizada, de modo que pueda consistentemente ser pensada como una ley universal. Actuar conforme al deber moral, piensa Kant, es actuar de tal modo que la máxima subjetiva del actuar pueda elevarse racionalmente al nivel de una legislación universal. Lo que cada uno debe hacer, debe poder ser hecho consistentemente por todos. Esta condición —la posibilidad de universalizar una máxima subjetiva de acción— sólo puede ser cumplida por la razón en cuanto facultad de extraer lo universal de lo particular. La posibilidad de erigir la máxima subjetiva en ley universal es una condición necesaria que todo principio moral debe satisfacer, según la ética kantiana. Implica imponer una regla metalingüística de consistencia al lenguaje moral propiamente dicho y abrir la posibilidad de una comunidad racional, de un orden coherente racional.

Las condiciones necesarias o esenciales de las determinaciones morales de la voluntad son para Kant puramente formales y, —por énoe, a priori. Los *stimulmenten* *ni* *judgen* *pašev* *signat* — la determinación de la voluntad; y como Kant estima que sólo la razón pura es fuente de verdades a priori, toda determinación material de la voluntad por los sentimientos queda excluida, por no poder ser sino empírica a posteriori. Husserl considera, en cambio, posible el enunciado de verdades materiales a priori sustentadas en datos sensibles, tales como "todo color es extendido" o "todo sonido posee una cierta altura", etc. No toda verdad ra-

cional a priori sería formal, como pensaba Kant, sino que también cabe alcanzar conocimientos en dominios materiales a priori.

Kant pensó que si las determinaciones éticas fueran materiales —como en el caso que únicamente los sentimientos moverían la voluntad—, todos los principios éticos serían consecuentemente empíricos y, por ende, contingentes. La idea de un deber contingente le pareció indigna de ser tenida como motivación de la voluntad de un ser racional como el hombre.

Pero, como han señalado sus comentaristas, la circunstancia de que la representación intelectual de una máxima de acción sea susceptible de generalización consistente no es suficiente para mover a la voluntad, ni posee, siquiera, como apunta Husserl, "valor sentimental" propio. No es verdad que consideremos más valiosas las reglas de conducta que permiten ser cumplidas indiscriminadamente por cualquiera.

Husserl piensa que sólo el reconocimiento pleno del papel que desempeñan los sentimientos en los actos morales permite superar el innecesario formalismo kantiano. Sólo una disciplina que estudie las estructuras a priori de los sentimientos podrá fundar una ética racional. En cuanto, para Husserl, todo ser volitivo por necesidad debe ser un ser valorante, por ser el sentimiento el factor motivante de la voluntad. Kant, inclusive, habría reconocido tal situación atribuyendo a la ley universal, extraída por generalización de las máximas subjetivas consistentes, la virtud de mover a voluntad por un mítico sentimiento de respeto a la ley. Pero ello, cree Husserl, no es más que un subterfugio intelectual insuficiente.

Kant no habría conseguido explicar —en opinión de Husserl— cómo la capacidad de generalizar una máxima subjetiva puede ser origen de un sentimiento de placer, en sentido lato, capaz de mover la voluntad en el sentido de la regla universal. Su falla fundamental consistiría en desconocer el papel esencial que desempeñan los sentimientos y, consecuentemente, la existencia de un dominio de verdades esenciales sentimentales, de una lógica sentimental pura, de una ciencia apriorística de la razón práctica.

## V

*Balace de la crítica al empirismo y al racionalismo éticos.*  
En pocas palabras, corresponde resumir las fallas que Husserl encuentra en las tendencias tradicionales del pensamiento ético, teniendo presente que esta crítica destructiva no persigue fines polémicos, sino que desempeña una precisa función metódica: la de suprimir aquellas formas recibidas de pensar que empañan la visión limpia de los fenómenos éticos. El acceso directo intuitivo

a los objetos éticos, sin vidrios de colores ideológicos, es un requisito expreso de toda especulación que aspire llegar a las cosas mismas. La supresión crítica de los prejuicios éticos es, pues, una etapa del proceso metódico que Husserl denomina reducción de las tesis naturales.

El empirismo ético —hedonismo, utilitarismo, etc.— incurrir por vías diversas, en escepticismo práctico y, por ende, en escepticismo teórico. No serían posibles conocimientos con pretensiones de objetividad, de verdades absolutas, en el campo de la moral, sino que las tesis morales quedarían rebajadas al plano de relativas verdades empírico-psicológicas. Por su lado, el racionalismo ético incurre en un intelectualismo tal, que pasa por alto enteramente el indudable papel que desempeñan, como motivaciones de la voluntad, los sentimientos y las emociones. Y esta desconfianza ante el campo emocional proviene, en parte, de que el racionalismo considera a los sentimientos y emociones como meros datos empíricos psicológicos.

Husserl considera que la ética sólo adquirirá dignidad científica cuando pueda fundarse en un conocimiento apriorístico de los sentimientos, en una "lógica del sentimiento" que funcione como razón necesaria de todo sistema ético en concreto. Es menester, pues, indagar las legalidades esenciales de los sentimientos.

Los conocimientos universales a priori que adquiramos de los objetos éticos configurarían una disciplina que podría denominarse ética sintética a priori, o axiología material (entendiendo por "axiología" una ciencia eidética u ontología de los valores). Se trata de una ética material que estudia la esencia del objeto moral, a diferencia de las éticas materiales empíricas que podemos considerar contingentes casuísticas morales. Por aparte, en cuanto disciplina de ciertas relaciones formales que se dan entre los objetos morales, es menester construir una ética analítica o axiología formal, con un marcado paralelismo con la lógica.

*El pensamiento ético de Hume.* Considera Husserl que en la especulación ética de David Hume se encuentran anticipos fecundos, no sólo de la crítica al empirismo y racionalismo, sino de la necesidad de una especulación sobre las condiciones necesarias, materiales y formales, de todo pensamiento ético. Hume habla polemizado, por un lado, con el racionalismo inglés de Clarke, señalando contundentemente que el objeto de la ética son las pasiones (en su capaz de determinarlas en modo alguno). De ahí su célebre dicho: "la razón es, y sólo debe ser, la esclava de las pasiones, y no puede aspirar a otra función que la de servirles y obedecerlas". (*Treatise of Human Nature* II, iii: *Of the Influencing motives of the will*). Por el otro lado, frente a la ética sentimental de la Escuela escocesa, destacó que si bien los senti-

mientos son datos empíricos, ello no implica arrojar todo conocimiento ético a un total irracionalismo.

La voluntad no es, para Hume, movida por la razón, pues ésta es una facultad puramente pasiva; la voluntad es movida por razones emocionales o sentimentales. Nunca, pues, la razón es causa suficiente del movimiento de la voluntad, de los actos humanos, pero sí —y esto investiga Hume— la razón es criterio de las condiciones necesarias de todo acto moral.

Toda pasión —Hume trabaja, como ejemplo, el orgullo— tiene un motivo y un objeto. El motivo (o causa) es la representación de un cierto objeto; el objeto es aquello que satisface la pasión. El orgullo que siento por mi casa, por ejemplo, tiene por motivo la cosa "casa"; el objeto, en cambio, soy yo mismo, en cuanto me enorgullece contar con la casa. Pero no es motivo de la pasión la representación del objeto, sino, más bien, apunta Hume, la representación de ciertas características del objeto —la comodidad de la casa, por ejemplo— susceptibles de producir en el sujeto sensaciones placenteras o dolorosas. Este último elemento —el placer o el dolor como efectivos datos psicológicos— permite distinguir pasiones de signo discrepante, con igual motivo y objeto; y, lo que es fundamental, introduce un elemento irracional en el campo ético.

La razón sólo puede desempeñar un papel en relación con aquellos elementos del fenómeno moral —la pasión— susceptibles de conocimiento representativo, a saber, la causa o el objeto. El elemento fundamental reside, sin embargo, en la sensación placentera o dolorosa provocada por la cualidad del motivo o causa. La razón, pues, sólo tiene una función auxiliar que desempeñar en el conocimiento moral. La razón, en cuanto facultad pasiva reproductora, no puede provocar ni una pasión ni contrarrestarla, pues es incapaz de suscitar la sensación placentera o dolorosa constitutiva de toda pasión. No cabe pues juzgar racionalmente las pasiones, en cuanto los juicios que sobre ellas pronunciamos no podrían ser ni verdaderos ni falsos. Pero la razón puede influir indirectamente sobre la voluntad en cuanto puede, por un lado, demostrar la inexistencia del objeto o del motivo de la pasión, o, por el otro, que el motivo de la pasión carece de las características que quien se apasione le atribuye. Si estoy orgulloso de mi casa por una característica que realmente no posee, es posible juzgar a la pasión racionalmente, tachándola de falsa o equivocada. Pádesese calificar de infundado el temor ante una enfermedad que no es contagiosa, por ejemplo.

La ética pura como ciencia teórica o disciplina normativa. Esto lleva a pensar a Husserl que una ciencia ética pura puede desempeñar frente a las éticas positivas, una función semejante a la que la lógica pura juega frente a las lógicas normativas. En efecto, no sólo la lógica padeció, como la ética, de una desinterpretación de tipo psicologista, sino que durante mucho tiempo su forma de expresión corriente fue la de un código de máximas para pensar bien, un repertorio de reglas técnicas. En esta forma, como disciplina práctica, claro está que su validez no es la propia de una ciencia, sino la utilitaria de un código normativo. La ética positiva también aparece como un repertorio de reglas, ya no para pensar bien, sino para bien actuar.

Husserl intentó mostrar, sin embargo, que, so pena de incurrir en escepticismo, sólo es admisible la idea de una disciplina normativa —fuera ella lógica u otra— a condición de que pueda fundarse en una disciplina teórica que sienta los principios básicos. En lógica, pese a su desfiguración práctica, siempre se conocieron ciertos principios de ese tipo y ha sido posible desarrollar una precisa disciplina lógica pura, sin carácter normativo. En la ética, en cambio, ello no ha sucedido, y, por tanto, los códigos morales aparecen como racionalmente carentes de fundamentos. La idea de Hume —la razón como razón necesaria— pero no suficiente, de la verdad de enunciados morales no normativos— debe ser desarrollada; Husserl postula, pues, en analogía con la lógica formal pura, una ética pura previa e independiente de toda finalidad práctica. El primer paso va a consistir en una investigación de las propiedades más generales del valor, del objeto moral.

*Caracterización general del valor.* En términos generales, la ética se va a ocupar del valor, como su objeto propio de interés e investigación. El término "valor", como se vio, designa todo tipo de entidad ética. Es menester proceder a una primera investigación de la esencia del valor.

Así como, con toda generalidad, cabe definir "objeto" como todo aquello capaz de servir lógicamente de sujeto de una predicación, "valor", será todo aquello que funcione como correlato de actos estimativos. Esta definición es, por principio, formal.

Los valores —cabe comprobar— aparecen como propiedades de objetos; los predicados axiológicos (valores) presuponen, empero, predicados teóricos a los cuales califican o modalizan. Los predicados axiológicos se conjugan con los predicados teóricos formando una cierta unidad. Así, para poner un ejemplo, si afirmo que "esta mesa es sólida", tal afirmación debe ser ana-

lizada lógicamente de la siguiente manera: hay un cierto sustrato, que denominaremos "x" (para indicar algo así como al posible objeto anterior a sus determinaciones), que posee la propiedad no valiosa de "ser mesa". Y, a su vez, esta propiedad primaria, el predicado "ser mesa", es determinado por el atributo de segundo orden o nivel, "ser sólido". Si representamos el predicado "ser mesa" por "M", y el predicado "ser sólido" por "S", tendríamos que "la mesa es sólida" podría simbolizarse: "(S(M(x)))". Señala Husserl que si sustraemos de un hecho sus predicados axiológicos, el objeto subsiste dotado de sus propiedades naturales. Los predicados axiológicos, en cuanto predicados de predicados, son propiedades de nivel superior, ajenas a la determinación real inmediata del sustrato. En este sentido, los valores —estos predicados de segundo orden— son objetos fundados, pues requieren para darse, la existencia de un objeto determinado por sus propiedades no axiológicas.

Pero resulta que existen otras suertes de predicados de segundo orden, calificativos de los de primer orden. Así, por ejemplo, los denominados, por la gramática, adverbios. Afirmar, por ejemplo, que, el cielo, es, pálido, implica, sostener, que, hay, algo, una, "x", que es cielo pálido. La propiedad "pálidamente" califica a la propiedad "ser cielo". Pero, en estos casos, considera Husserl, la propiedad de segundo orden no configura una unidad con la propiedad de primer orden, con independencia del sustrato simbolizado por la "x". No hay, de por sí, una palidez del cielo sobre el que quepa efectuar afirmaciones verdaderas, sin relación con datos concretos sobre el sustrato "cielo". En cambio, tratándose del valor, la propiedad axiológica configura una unidad con la propiedad natural de primer orden, que admite ser considerada como un objeto independiente: se puede hablar con verdad de la solidez de las mesas, estableciendo reglas para obtenerla, etc. El hecho valioso en su totalidad, implica a la cosa, como condición necesaria, pero no como condición necesaria y suficiente. En otros términos, el hecho valioso descrito por la proposición "la mesa es sólida" podría ser simbolizado por la siguiente conjunción: "(M(x).S(M))" donde el grupo "S(M)" constituye la objetividad valiosa propiamente dicha. Los hechos valiosos, pues, a diferencia del hecho de la palidez del cielo, que es un hecho simple, son hechos categoriales o compuestos.

El valor, como objeto axiológico, sólo aparece en ciertos actos de conciencia, en ciertas actitudes. El valor es el correlato de actos sentimentales e importa, en alguna medida, una pasividad de la conciencia en que él se da.

El análisis efectuado del valor como predicado de segundo orden requiere, claro está, que se tenga presente cómo funcionan las estructuras predicativas; y, en especial, cómo, que bajo es-

estructuras gramaticales similares, pueden recibir expresión estructuras lógicas totalmente diferentes. Así, los juicios "la mesa es marrón" y "la mesa es sólida" parecen ambos ejemplificar la forma apofántica clásica: "S es P", o, la función proposicional: "F(x)". Sin embargo, un momento de atención basta para encontrar una radical diferencia. El primer juicio —"la mesa es marrón"— importa, en realidad, una conjunción, en cuanto afirma que hay una cierta cosa en la que se conjugan las propiedades universales de ser mesa y de ser marrón. En símbolos: "(Mesa (x), Marrón (x))". Decir, pues, que la mesa es marrón es atribuir a una cierta cosa dos propiedades en conjunción. En cambio, la tesis "la mesa es sólida" no podría ser traducida parejamente, pues no se afirma que hay una cosa "x", que tenga por un lado la propiedad de ser una mesa, y además, la propiedad de ser sólida; sino que se afirma, más bien, que la propiedad primera —la de ser mesa— se da sólidamente. La solidez no es un atributo de la cosa, sino una propiedad del ser mesa la cosa. Por ello, la hemos simbolizado de manera tal que la propiedad de ser sólido —"S"— califica a la función proposicional íntegra "x es mesa"; así: "(Sólido (Mesa (x)))". La solidez, que podemos tomar aquí como un ejemplo de propiedad valiosa, no es una propiedad inmediata de la cosa, sino una determinación modal en que se dan las determinaciones del sustrato último. Las propiedades inmediatas podemos llamarlas "propiedades naturales" en cuanto, dice Husserl, constituyen la objetividad natural de la cosa. Las propiedades valiosas, en cambio, como propiedades dependientes de orden superior, no son constitutivas de la objetividad y realidad de la cosa.

De ahí que la pregunta por la existencia de los valores tenga que ser respondida con cuidado. Queda dicho que los valores —propiedades de segundo nivel— no son integrantes de la realidad de los objetos reales, ni obviamente, son ellos mismos entes con existencia real alguna. Si por existencia, pensando en objetos reales, consideramos la posible determinación temporal y localización espacial del objeto, los valores no tienen existencia real. Pero si, con un alcance más lato, entendemos que algo existe en cuanto se puede enunciar en su respecto proposiciones verdaderas, los valores tienen existencia. Decir que las mesas existen quiere decir que en algún momento de la historia y en algún lugar del universo contamos con cosas que aceptan ser calificadas como mesas; en este sentido, los valores son inexistentes e irrales. Sin embargo, aún cuando no puedo localizar concretamente un valor —como la solidez, o la justicia—, puedo en su respecto predicar verdaderamente algo de ellos y, en ese sentido, los valores tienen realidad o existencia. Husserl prefiere llamar a esta pálida manera de ser, "existencia pura", una existencia que está en "una dimensión más alta" que aquella donde se dan las mesas.

Los valores de por sí no pueden existir, pues no son ontológicamente entes individuales, sino universales de muy particular índole.

*Los sustratos valiosos y sus clases.* De lo anterior puede haber quedado en claro que el hablar de "objetos valiosos" es ambiguo, en cuanto denominamos "objeto" al sujeto —esto es la "x" de posibles predicaciones. Y, como se vio, la "x" no es nunca objeto de valor. Sólo en cuanto esa "x" está determinada, podemos hablar de que se da un sustrato que admite, con verdad o no, predicaciones axiológicas. El portador primario del valor, dice Husserl, es la x con sus determinaciones objetivas previas.

Ahora bien, según sea el tipo de portador —"x" con sus predicaciones no axiológicas— cabe establecer tipos de valores. En principio, los predicados axiológicos no excluyen tipo alguno en sustratos o portadores; en la práctica, los filósofos han recurrido a la naturaleza de tales sustratos para clasificar a los valores, así cuando hablan de "valores reales", "valores ideales", etc. Las cosas naturales y los hechos naturales no parecen ofrecer inconvenientes a ser valorados; tampoco, sostiene Husserl, los entes y relaciones ideales. Así, se pueden predicar propiedades axiológicas de la verdad o de la justicia, que son entes no-reales; o, inclusive, de la divinidad, que pareciera ser un ente típicamente metafísico. De los propios valores —esto es: de una propiedad abstracta— es factible predicar una nueva característica valiosa, como cuando afirmo, por ejemplo, que "la solidez es útil". Cuando por tanto, se habla de la realidad o irrealidad del valor, tenemos que entender que hacemos referencia a la realidad o irrealidad de los sustratos que el valor determina.

## VII

*La axiología formal.* Como objetos abstractos (ideales) los valores forman parte de la clase de objetos en general y, por tanto, responden a las leyes que para los objetos en general establece una ontología formal. En ese respecto, Husserl señala que debe atenderse a la circunstancia de que se trata de objetos dependientes o fundados, dependencia específicamente axiológica. Del enfoque del valor en cuanto objeto específico y su dependencia específica, cabe extraer un conjunto de leyes puramente formales que Husserl denomina "axiología formal". En cuanto se atienda al contenido material y a la característica típica de ser objetividades dadas y no meramente dadas, se desarrollará una axiología material.

Piensa Husserl que la axiología formal se desarrolla en estrecha analogía con la lógica formal analítica. Esta establece las

condiciones de posibilidad del conocimiento—de las proposiciones verdaderas— en su sentido más amplio; la axiología formal, por ende, establecerá las condiciones formales de la posibilidad de toda valoración razonable. Es obvio que, en cuanto predicados, los valores se comportan de acuerdo con los principios lógico formales que rigen los predicados en general. Pero la axiología formal no es un mero desarrollo, en el campo de los predicados axiológicos, de las estructuras de la lógica de predicados.

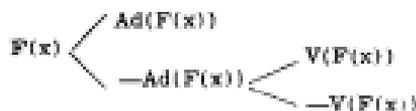
En lógica tradicional rigen como supremos ciertos principios: la ley de la no contradicción, el principio de identidad y el principio de tercero excluido entre otros. Estos principios —en especial el de no contradicción y el de tercero excluido— juegan en cuanto toda proposición, toda atribución de predicado a un sujeto, admite dos valores lógicos: la verdad y la falsedad. Pareciera que el valor, en cuanto se ofrece con una contrapartida negativa, el desvalor, apuntara a relaciones formales idénticas a las que aparecen en lógica. El paralelismo, sin embargo, no puede ser aceptado sin más.

Valor positivo y valor negativo (desvalor) aparecen como opuestos, tales como un predicado  $P$  y su negación  $\text{no-}P$ . Así, ningún valor positivo es un valor negativo, y viceversa, en relación con el mismo objeto o sustrato. Pero resulta que junto a esta pareja de opuestos, en la esfera axiológica contamos con la posibilidad de una neutralidad axiológica.

Un objeto puede ser positivamente valioso, o negativamente valioso, o adifóro (que es como Husserl llama a la propiedad de ser axiológicamente neutro). Para toda región axiológica vale la posibilidad de descubrir objetos o hechos neutros al valor propio de la región. Ello llevaría a suponer que, en el terreno de los valores, no rige el principio de tercero excluido, en cuanto se da efectivamente una tercer posibilidad, la de la adiaforidad, sino algo así como un "principio de cuarto excluido", en cuanto todo sustrato puede ser valioso, desvalioso, o adifóro, sin que se dé una cuarta posibilidad axiológica. A diferencia de la lógica formal que es bivalente, la axiología formal sería trivalente, atento la existencia de la posibilidad de adiaforidad.

Pero ello no pasa de una apariencia suscitada por una confusión en los niveles del lenguaje axiológico. Es ley, sí, que "toda materia axiológica es materia de una verdad axiológica, una proposición axiológica válida, o bien, de una adiaforidad axiológica" (Ms. P I 24). Por tanto, la distinción básica es una alternativa excluyente: toda cosa puede ser axiológicamente adifóra, neutra al valor (pero también al respectivo desvalor); o bien, axiológicamente coloreada, sea negativa o positivamente. Y, a su vez, dentro de la esfera de lo no adifóro —que en los lenguajes naturales se designa, ambigüamente, como "valioso"—

cabe distinguir una disyunción entre modos de ser valioso positiva o negativamente. Y, en relación con estas distinciones disyuntivas pareciera, sí, que juegan correctamente los principios formales tradicionales (con las salvedades que se verán a continuación). Por tanto, todo enunciado predicativo —una determinación de un sustrato, “x”, por una propiedad “natural”, “F”—, admite ser modalizado axiológicamente o no. Si a esta propiedad meta-ética la denominamos, respectivamente, “no-adiatoridad” y “adiatoridad” (que abreviaremos “—Ad” y “Ad”), tenemos que el esquema formal que permite ubicar en forma correcta la aparente triple disyuntiva entre objetos valiosos, desvaliosos y adiaforos, es el siguiente:



En este esquema ve Husserl la posibilidad de desarrollar una disciplina formal —la axiología formal—, que anuncie las legalidades que queda obtener de la consideración puramente formal de las relaciones axiológicas, con una consistencia paralela a las leyes de la lógica formal tradicional.

a) Relaciones de derivación. Como primera relación formal, estudia Husserl las relaciones formales que derivan de la dependencia del valor de objetos. Esta dependencia es origen de ciertas relaciones de derivación o motivación axiológica. Parte de esta consideración: las cosas pueden adquirir valor en cuanto puedan servir de medios para el logro de fines que, en sí, son valiosos. Se trata, por tanto no de valores immanentes a los objetos, sino valores que se originan en cuanto sus portadores se encuentran en ciertas relaciones específicas. La ley básica reza, según Husserl: Si V es algo valioso y vale que, si A es, también es V, entonces, en mérito a ello, A también es valioso” (Ms. F I 24). Pareciera que los textos husserlianos son ambiguos sobre el sentido lógico preciso de la relación que debe existir entre A y V para que valga la ley mencionada de transferencia de valor del fin al medio. Pues, si bien en ciertos contextos Husserl señala que la relación entre antecedente y consecuente es irreversible, como si se tratara de un condicional material lógico, en otros pareciera apuntar a una relación de condición necesaria y suficiente, en cuanto indica que la transferencia de valor del fin al medio sólo se produce cuando de no darse A (el medio) tampoco puede darse V (el fin valioso en sí). En todo caso, la ley mencionada es el fundamento de una específica relación de consecuencia axiológica y su correspondiente formal inferencial axiológica válida: si A implica p, y el hecho p es valioso, entonces A

también es valioso. Husserl se preocupa por indicar que esta forma inferencial es propia del campo axiológico; así habla de que la conjunción que liga a la premisa condicional con la premisa que establece el valor del consecuente, es "una conjunción axiológica que debe distinguirse de la conjunción "lógica". En rigor, agrega, no se trata de una "inferencia intelectual", sino que se trata de un acto unitario: "sacar las consecuencias axiológicas". Las relaciones lógicas puestas en juego —el condicional o equivalencia materiales, la conjunción, el modus ponens, etc.— no funcionan intelectualmente, sino como fundamento de motivación de una función inferencial sentimental.

Esta forma, cree Husserl, permite señalar una específica relación axiológico-formal, a saber, la distinción entre valor derivado (o relativo) y no derivado (absoluto). El valor que recibe un antecedente condicional de un consecuente valioso, es un valor derivado. Esta relación aunque transitiva, tiene que ser necesariamente finita. Los valores derivados son, en un sentido, valores relativos.

Esta relación de derivación axiológica se aplica, obviamente, cuando entre antecedente y consecuente se da una relación de causalidad real. Y, en cuanto se admite la posibilidad de términos negados, es posible extraer leyes de este cariz: "Si V es algo valioso, y vale que cuando se da A, V no se da, entonces A es un desvalor relativo", etc.

La distinción entre valores derivados y absolutos reviste importancia en los casos en que se habla de "colisión" entre valores, pues, sólo se excluyen valores contradictorios en relación "con iguales presupuestos axiológicos". La contradicción entre valores derivados no importa pues siempre la "colisión" entre los valores absolutos que fundan.

b) Relaciones de ordenación: los valores éticos, a diferencia de los valores con que trabaja la lógica clásica bivalente (la verdad y la falsedad), presentan una característica sin analogía en la esfera de los juicios aristotéticos. Los valores se ordenan en series, relacionados por su rango. Los valores son comparables y ordenables. Pero, con la salvedad importante, que tales relaciones de comparación y ordenación sólo se dan con referencia a una misma materia o categoría axiológica. Dentro de una misma categoría de valoración rige la ley de que "todo valor puede ser ordenado en una serie axiológica, según un más o menos" (Ma. F I 21). Se dan, pues, siempre, entre dos valores de una misma región categorial, digamos, los valores  $V_1$  y  $V_2$ , las tres relaciones excluyentes:  $V_1$  es igual (axiológicamente) a  $V_2$ ;  $V_1$  es mayor que  $V_2$ ; o,  $V_1$  es menor que  $V_2$ .

La primera propiedad —la de igualdad axiológica— implica, obviamente, ciertas leyes válidas, en general, para todo tipo de

igualdad, por ejemplo, la de conmutatividad y de transitividad:

- 1) Si  $V_1$  es igual a  $V_2$ ;  $V_2$  es igual a  $V_3$ .
- 2) Si  $V_1$  es igual a  $V_2$ , y  $V_2$  es igual a  $V_3$ ,  $V_1$  es igual a  $V_3$ .

Pero, advierte Husserl, la igualdad entre valores —igualdad en cuanto al rango—, debe ser tomada con reservas, pues no es idéntica a la relación de identidad. Más bien, dice, debe afirmarse que dos valores tienen igual rango, cuando no son entre sí ni mayores ni menores; es decir:  $V_1$  es igual a  $V_2$ ; sí, y sólo si  $V_1$  no es mayor ni menor que  $V_2$ , ni  $V_2$  no es mayor ni menor que  $V_1$ . Pues la igualdad —en cuanto identidad— supone en los contextos en que se habla de igualdad en términos exactos la reciproca sustituibilidad, sin alterar la verdad o falsedad del contexto. Sólo en ciertas relaciones muy específicas cabe hablar de sustituibilidad de valores iguales; la regla general, en cambio, es que los valores iguales en cuanto a su rango no puedan ser recíprocamente reemplazados en los contextos en que se presentan.

Por lo demás —en cuanto a las relaciones de mayor a menor—, rigen las siguientes leyes:

- 3) Si  $V_1 > V_2$  y  $V_2 > V_3$  entonces  $V_1 > V_3$ .
- 4) Si  $V_1 < V_2$  y  $V_2 < V_3$  entonces  $V_1 < V_3$ .

Es decir, las propiedades "ser mayor" y "ser menor" son transitivas.

- 5) Ningún valor puede ser mayor o menor que sí mismo.

Las propiedades "ser mayor" y "ser menor" no es reflexiva; tampoco son propiedades simétricas, pues:

- 6) Si  $V_1 > V_2$ , no es el caso que  $V_2 > V_1$ .

Como, por fin, según lo supone Husserl en el texto arriba transcrito, todo valor puede ser colocado en la relación de mayor o menor con otro (o, ni mayor ni menor que otro), cabe afirmar que los valores satisfacen las condiciones para ser ordenados en series, esto es, conforme a una relación transitiva, no simétrica, no reflexiva y conexa. Por tanto, las propiedades de las series —que estudia la lógica de las relaciones— son válidas *pari passu* para los valores de una misma categoría. De ahí cabe extraer, sin más, algunas de las leyes que Husserl enuncia en este respecto, v. gr.: "todo valor en sí, es dentro de su categoría, más valioso que todo desvalor en sí". Ello también vale como leyes de existencia, de conformidad con el principio establecido por Brentano: "la existencia de un bien es mejor que la existencia de un mal".

Con respecto a los valores dependientes (relativos), la ley rezaría: "Si  $V_{r1}$  es un valor relativo de  $V_n$ , y  $V_{r2}$  es un valor re-

lativo de  $V_2$ , si  $V_1$  es mayor (o menor) que  $V_2$ , entonces, por ese motivo,  $V_1$  será mayor (o menor) relativamente que  $V_2$ .

c) Adición axiológica: Brentano estableció la ley siguiente: "un bien sólo es mejor que el mismo bien mezclado con un mal"; es decir:

$$7) B > (B + M).$$

Esta ley parece éticamente válida, pues, para poner un ejemplo, es mayor bien estar sano a secas, que estar sano a fuerza de medicamentos (suponiendo que esta segunda condición sea mezclar un bien con un mal). Husserl generaliza este descubrimiento de Brentano. La ley básica de adición axiológica —que se refiere al valor de la existencia de valores en conjunción— establece que: "la existencia de un bien sólo es mejor que la existencia del mismo bien en conjunción con un mal" (Ms. P. 124). Y también:

"la existencia de dos bienes cualesquiera juntos es mejor que la existencia de uno solo de ellos"; "la existencia de un bien y un mal juntos es mejor que la existencia del mal sólo". Vale decir:

$$8) (B_1 + B_2) > B_1 \text{ (o } B_2);$$

$$9) (B + M) > M$$

Las propiedades axiológicamente adióforas funcionan como el cero algebraico. La existencia de un bien es igualmente valiosa que la existencia del mismo bien en conjunción con una propiedad adiófora: una decisión axiológica conserva inalterado su valor pese a la adición de una propiedad adiófora.

Hay que subrayar que las leyes de adición axiológica no son, como las leyes de adición matemáticas, leyes que establecen igualdades, sino leyes existenciales que establecen el valor de la existencia aislada o conjunta de valores, desvalores y propiedades adióforas.

Sólo en contextos de adición axiológica, valores iguales pueden ser sustituibles, en el sentido de que el reemplazo, en una ecuación axiológica de adición, de un valor por un valor igual, por lo general, no modifica el valor positivo o negativo de la suma. Sólo en este respecto muy limitado, afirma Husserl, puede hablarse de la existencia de la propiedad de recíproca sustituibilidad de valores iguales, que, como vimos en el párrafo b) no puede considerarse aplicable sin más en los dominios axiológicos.

No sólo puede darse la suma —es decir, la existencia conjunta de valores con respecto de propiedades valiosas en sí—, sino que cabe establecer ciertas leyes aditivas entre un valor y sus consecuencias valiosas o desvaliosas: "Si  $V$  es un valor existente, y si  $C$  es una consecuencia real de  $V$  también valiosa, la mera existencia de tal consecuencia aumenta el valor de  $V$ ". Por tanto,

toda cosa que produce consecuencias buenas, es mejor que si no las produce. Las buenas frutas aumentan el valor del árbol. Y, a la inversa, las malas consecuencias disminuyen el valor de sus causas. Estas leyes son transitivas, de manera que las buenas (o malas) consecuencias de las buenas (o malas) consecuencias de una situación valiosa, aumentarán (o disminuirán) proporcionalmente el valor de la situación originaria.

También la duración de un valor se presenta como una función axiológica aditiva, pues el valor más duradero es más valioso que el menos duradero. Y los momentos de la duración admiten someterse a leyes de adición, tales como (8).

En cambio, la propiedad de intensidad del valor —un valor tiene, en relación con otro de la misma categoría, igual, mayor o menor intensidad— no es aditiva, pues no es verdad que la suma de las intensidades de dos valores, produzca un valor conjunto de mayor intensidad. Las intensidades se componen de acuerdo con otras leyes.

d) Composición axiológica: bajo este título estudia Husserl las formas en que se componen los valores en cuanto sus sustratos tienen relaciones de todo a parte. La ley básica es la siguiente: "el valor de la parte presta al todo valor relativo" (Ms. F I 24). La inversa no es aceptable. Pero, en la ley expuesta, es menester distinguir claramente si se trata de parte separable (parte concreta), o de parte inseparable (parte abstracta). La piedra aurífera, como todo, tiene valor relativo, en cuanto tiene partes de oro. Pero el todo sólo es valioso si la parte es separable, si el oro puede ser extraído de la roca; y éste, de por sí, es valioso. En este caso, tenemos una relación análoga a la relación de dependencia mencionada en a). En caso de momentos o partes no independientes —como un acorde en una partitura—, la separación no sólo priva de su valor relativo al todo, sino que también la parte de por sí pierde su valor: el acorde de por sí es adifáxico y la estructura musical total queda despedazada.

Frente a esta relación entre todo y parte, cabe sentar que si la parte (o momento) pierde su valor, o lo disminuye, parejamente sucede con respecto al todo. Pero no al revés, pues bien puede un todo perder su valor (relativo) sin que el valor de las partes separables pierda el valor autónomo que puedan poseer. Leyes semejantes rigen las relaciones entre todos y partes tratándose de valores negativos. Husserl denomina a las partes relevantes para el valor relativo de un todo, "componentes axiológicos"; los todos, en cuanto su valor depende de la posesión de componentes axiológicos, son, pues, sólo valiosos por "transferencia" del valor de las partes al todo.

Puede suceder, empero, que un todo carezca de partes con

valor de por sí, pero que por su estructuración, o por sus consecuencias, invistan de valor al todo. En tales casos, Husserl opina que el todo axiológico gana su valor a partir de sus partes, que funcionan como "valores precondicionantes". Las obras de arte, que pueden estar integradas con materiales artísticamente aditivos, como los pigmentos, pueden servir de ejemplo de estos análisis de los todos axiológicos y sus componentes. En estos casos, habla Husserl, ya no de "transferencia" del valor de las partes al todo, sino de una "composición" de partes precondicionantes axiológicamente del todo valioso. Estas formas de relación axiológica —la transferencia y la composición— importan leyes que difieren radicalmente de la adición axiológica.

Un caso especial de la relación entre todos y partes es la relación entre los predicados y su sujeto, entendida como la relación entre una clase y una subclase. Decir que "la mesa es marrón", es afirmar que un individuo de la clase de las mesas integra, como una subclase, la clase de las cosas marrones. Rige en ese respecto la siguiente ley fundamental: "Si un predicado (propiedad) es valioso, todo objeto al que se le atribuye es por ello valioso" (Ms. F I 24); esta ley hay que pensarla junto con el análisis de la estructura general del valor que se resumió en el párrafo VI.

Son éstas algunas de las leyes que Husserl cree necesario destacar en la axiología formal. Se trata, al parecer, de leyes carentes de contenido axiológico material, pero que, sin embargo, permiten enunciar verdades valorativas absolutas, fundadas en las estructuras formales necesarias que enuncian.

*Summum bonum formaliter spectatum*: He aquí que de la consideración de las propiedades formales de los valores, cabe inferir formalmente, algo así como un valor último supremo. A ello apunta no sólo la transitividad de las relaciones de motivación axiológicas, sino también el darse los valores ordenados en relación transitiva de mayor a mayor. Formalmente cabe pensar, como idea, un valor mayor que todos, que sea condición necesaria de todos los valores inferiores: este *summum bonum* no es más que la prolongación al límite de ciertas características formales. Por ello, Husserl dice que se trata del sumo bien "visto formalmente".

Esta posibilidad formal, sin embargo, permite formular ciertas reglas prácticas apriorísticas: "es más valioso realizar lo mejor", pues, como decía Brentano, "lo bueno es enemigo de lo mejor". Realizar un bien, pudiendo hacer algo mejor, es éticamente desvalioso. Estas normas se fundan en una teleología formal que estructura el mundo de las propiedades axiológicas.

**La objetividad del valor:** En lo anterior sólo se han examinado ciertas propiedades y relaciones formales propias de los valores en general. Antes de pasar a estudiar las grandes familias de valores, la axiología material, Husserl examina la relación entre el valor, como objeto axiológico, y el valorar, como acto psicológico en que tomamos conciencia de tal objeto. De alguna manera las leyes axiológico-formales tienen que ofrecer su contrapartida en ciertas legalidades a priori del valorar; por ejemplo: si conforme a las leyes de la adición axiológica resultaba que la existencia de un valor es más valiosa que la existencia de un valor junto con un mal, tendríamos que, psicológicamente, sería más racional la satisfacción que provoca el primer valor. Nuestra satisfacción constituiría, dice Husserl, una "alegría razonable". Pero tales reacciones entre legalidades axiológicas formales y actos psicológicos, no debe permitir confundir el valor con el valorar, con los actos de valoración. Estos son fenómenos psicológicos individuales; aquél, un universal. El valor es el correlato del acto valorativo, pero no se confunde con él. Basta advertir que si bien el acto valorativo es una condición suficiente para que se dé el valor, no es una condición necesaria. Sin embargo, la tendencia metódica general consiste en incurrir en tal confusión. Ejemplo típico lo da el hedonismo, donde la valoración —o cierto tipo de valoraciones, las placenteras, por ejemplo—, son identificadas sin más con el valor mismo, o son consideradas condiciones necesarias y suficientes de su existencia. El placer, como se vio, no es una propiedad de los objetos, sino una característica concomitante de las valoraciones. El valor es una propiedad del objeto, no del acto psicológico. En ese sentido, por lo menos, corresponde hablar de la objetividad del valor.

**La axiología material:** Parece que Husserl no ha desarrollado en sus manuscritos con mayor detalle esta disciplina. La axiología material, que sería una ciencia ontológica que estudia esencias materiales, se va a ocupar principalmente de delimitar las diversas regiones o clases de valores posibles. Se trata de algo así como establecer los géneros y especies universales, "las regiones eidéticas axiológicas materiales". Tal empresa, claro está, no puede agotarse en un repertorio de clases empíricas de valores, determinadas quizás por las diversas especies de actos psicológicos de valoración.

El criterio básico para establecer las regiones axiológicas fundamentales va a surgir de la característica del valor de ser un objeto fundado en un sustrato. Parece racional, pues, distinguir tipos de valores según la índole de sus posibles sustratos. Grosso modo, Husserl señala que sustrato de propiedades axioló-

gicas puede ser la naturaleza ó el espíritu, palabras con que designa grandes regiones del ser que habrá que puntualizar con mayor detalle. Los valores, pues, son predicados de objetos que cabe entender como naturales, ó bien, son predicados de ciertos objetos que consideramos "personas" ó "espíritus".

a) Los valores de cosas: La primera categoría puede ser bautizada así: ¿Cuáles son, entonces, los posibles sustratos de los valores de cosas? ¿Qué entendemos, en este respecto, por naturaleza?

Tratándose los valores de propiedades de segundo grado de un sustrato, "x", ya determinado por una propiedad de primer grado ó "natural" (como la llama Husserl), cabe enumerar las grandes clases de estas propiedades de primer grado, ó naturales. Tenemos los objetos físicos, vale decir, aquellos que estudian las denominadas ciencias naturales. Pero también debemos contar entre los sustratos de valores de cosas, con los objetos imaginarios (los fantasmas de la imaginación, como Don Quijote); y a los objetos intelectuales ó ideales (como el teorema de Pitágoras).

Con estas subclases, sin embargo, no se agota el territorio de los posibles sustratos de valores de cosas. También la naturaleza animal y la naturaleza animada, nuestro propio cuerpo y nuestra naturaleza psíquica, pueden ser perfectamente sustratos de valores de cosas. Sobede, sin embargo, que cuando entrán en juego estos sustratos y, muy en especial, el cuerpo humano y su psiquis, no siempre es claro cuándo tenemos un valor de cosa y no otro tipo de valor. La característica básica que permite afirmar que se presenta un valor de cosa reside en la propiedad que Husserl denomina "transitoriedad": estos valores están enteramente ligados, en sus posibilidades de realización, a la existencia del sustrato.

b) Los valores de persona: Aquí el sustrato típico es el propio yo, no como ente psico-físico, sino como un ser espiritual con destino y biografía. La relación entre este sustrato personal y los valores que a él adhiere es mucho más compleja. Por de pronto, en cuanto el sustrato es el propio yo, yo mismo, cabría sostener algo así como que el sustrato es fáctico, pues mis propios valores lo aprecio sin tener beatíficamente expreso su sustrato, lo nombrado por el pronombre "yo". Y sólo cuando otra cosa me aparece como un alter ego, puedo hacerla sustrato de valoraciones personales. Sólo —según parece sostener Husserl— cuando el otro yo se me aparece, no como el objeto de actos de conciencia intelectuales, sino como correlato de actos de amor u odio, puede constituirlo en sustrato de valores de persona.

También aquí es factible distinguir subclases. Las actividades físicas del sujeto ó sus actividades espirituales permiten dis-

tinguir entre valores de persona que Husserl denomina "sensoriales" (como los del bienestar) y los "espirituales" propiamente. Por otro lado, ciertos valores de persona no requieren de otro sustrato que el individuo que los sustenta; tendríamos valores de persona "egoístas" (sin sentido peyorativo alguno, como la soberbia o la modestia). Frente a ellos, ciertos valores de persona requieren como sustrato ciertas relaciones interpersonales sin las cuales no pueden realizarse; un ejemplo típico lo ofrecerían los valores jurídicos.

— c) Los valores culturales o mixtos: Los objetos de la naturaleza que constituyen los sustratos de la primera especie de valores —los valores de cosas— pueden ser vistos también como sustratos de acciones o empresas humanas. Una cosa es el animal de la botánica; indica Husserl; otra, el animal adiestrado para ciertos fines. El sustrato natural queda revestido así de ciertas características no naturales, sobre las cuales a su vez originos valoraciones que suelen denominarse "culturales" (Husserl las llama también "mixtas"). El sustrato de los valores culturales es naturaleza, pero naturaleza "elaborada por el espíritu" para ciertos fines.

A diferencia de los valores de cosas, ampero, la realización de los valores culturales no está enteramente determinada por la existencia del sustrato. Constituyen, según la terminología husserliana, "idealidades ligadas"; lo que parece una tesis extraña en cuanto normalmente se piensa los valores culturales como entes individuales, y, por tanto, enteramente determinados por sus sustratos. Pero, para Husserl, en cuanto idealidades, cabe sostener que los objetos culturales —y naturalmente sus valores— son universales reiterables.

No es el cuadro de Rembrandt, *Mé et nonc*, el objeto de cultura que nos ha legado la historia. Basta observar que seguimos identificando al mismo objeto, el cuadro célebre, pese a que sus sustratos se modifican constantemente. O bien, como en el caso de la música o de la escultura, cuando en realidad el sustrato no pasa de ser más que una clase de ciertos datos análogos. Esta independencia de sustratos —por lo menos de un objeto individual que sirva de sustrato—, no implica sino afirmar que el valor cultural es dependiente de la posibilidad de reiteración de ciertos tipos de sustratos, pero no de la existencia de un sustrato individual.

IX

Leyes axiológicas y *propter fortia*. Restricción al principio de *Ratio*. Las leyes que se han estudiado —especialmente las de

la axiología formal— son enunciados descriptivos de características y relaciones típicas de los valores, como objeto genérico de la ética. En cuanto tales, no son normas, sino afirmaciones sobre las propiedades formales y materiales constitutivas del ser del valor. Pero toda ética aparece fundamentalmente como un código normativo: como normas que establecen obligaciones y prohibiciones. Lo ético por excelencia, afirma Husserl, es justamente lo que debe realizarse, no lo que es. Y, por tanto es menester establecer los fundamentos de una ética normativa.

Es sabido que Hume sentó el principio de que no es posible sacar conclusiones normativas de premisas féticas, como si hubiera un abismo entre el ser y el deber ser. Como las leyes de la axiología formal y material son enunciados no normativos, conforme al principio de Hume no sería lícito fundar una ética normativa en aquellas leyes. Sin embargo, apunta Husserl que las legalidades axiológicas estudiadas son fundantes de las reglas prácticas. Porque las leyes axiológicas no son meros enunciados descriptivos contingentes, sino enunciados necesarios que establecen propiedades y relaciones esenciales propias de los valores. Y con respecto de tales enunciados —los necesarios—, el principio de Hume no recibe aplicación, pues de lo que es necesario, como una ley matemática o lógica, cabe extraer una norma (leyes de cálculo, leyes del razonamiento), ya que no puede omitirse lo que es imposible que no ocurra. Por tanto, de las leyes axiológicas cabe extraer normas. Husserl designa a las correspondientes disciplinas normativas, "praxis formal" y "praxis material" respectivamente. Estas disciplinas prácticas toman en cuenta la existencia de un sujeto ético y las posibilidades de la realización de los valores.

La praxis formal: Las normas de la praxis formal constituyen, para Husserl, las condiciones formales de posibilidades de todo querer y hacer correctos, son algo así como "una lógica formal de las decisiones y acciones, correlatos éstas de las voliciones" (Ms. F I 24). Debe señalarse que las leyes que Husserl expone han sido estudiadas con mayor precisión, en los últimos años, por la lógica deóntica, que ha desarrollado un instrumental lógico con que Husserl no contaba.

Veamos una de estas leyes: "si un acto es obligatorio —dice Husserl— su omisión es prohibida". Si simbolizamos con "p" el enunciado descriptivo del acto en cuestión, y con las mayúsculas "O" y "F" las modalidades "es obligatorio" y "es prohibido", la ley mencionada rezaría: "Op = F no-p". Es admitido que el operador "F" (es prohibido) equivale a la negación de una permisón (simbolizaremos "es permitido" con la mayúscula "P"). Luego, si "prohibido" es "no permitido", podemos efectuar la correspondiente sustitución en la fórmula de Husserl, y obtenemos: "Op

= -P-p", vale decir: un acto es obligatorio, sí, y sólo sí, no es permitida su omisión. Esta es una ley válida de interdefinición de los términos "obligatorio", "prohibido" y "permitido". La lógica deóntica desarrolla exhaustivamente este tipo de leyes de interdefinición, que a veces, los juristas emplean intuitivamente.

Otras leyes práctico-formales —es decir: que establecen las condiciones formales o necesarias de todo enunciado normativo—, son derivadas de la lógica proposicional clásica. Así, por ejemplo, Husserl menciona que "la omisión de la omisión de un acto, implica su realización", ley que, como se ve, pareciera ser un avatar de la ley de la doble negación. La correspondiente ley normativa, reza, en Husserl, "si está permitida la omisión de una omisión, entonces está permitido el acto correspondiente". Por fin, tenemos leyes que establecen ciertas relaciones propias entre los términos normativos. Por ejemplo, dice Husserl que "es imposible que un mismo acto sea obligatorio y de consuno sea obligatoria su omisión". Esto es (guardando el simbolismo anterior):  $\sim Op$  y  $O-p$ ). Pero, como "O" equivale a "-P-", nuestra fórmula dice lo mismo que: " $\sim(Op$  y  $-Pp)$ ", ley que los juristas conocen como principio lógico-normativo de contrariedad: ningún acto puede ser obligatorio y prohibido.

No interesa exponer otras leyes que Husserl expresamente estudia, pues como se dijo, en muchas de ellas es posible, hoy, analizar con mayor precisión sus alcances lógicos. Por ejemplo, cuando Husserl cree que la permisión de un acto complejo implica la permisión de los actos componentes conjuntos, tema que implica pronunciarse con respecto a la distributividad del modalizador "P". La lógica deóntica contemporánea cuenta con métodos de decisión para establecer en muchos casos si efectivamente se está ante una tautología lógica, una ley práctico-formal, como las llamaba Husserl.

Importa destacar que estas leyes son condiciones necesarias formales de la validez de todo enunciado normativo; de ahí que Husserl las equipare a una "lógica formal", pues las leyes de la lógica desempeñarían idéntico papel con respecto de los enunciados verdaderos.

## X

Los valores y la voluntad: Para Husserl, los actos volitivos son actos fundados en una doble serie de presupuestos: Por un lado, la voluntad es motivada por ciertos actos representativos ("tesis dóxicas" en el vocabulario técnico de la fenomenología); por el otro lado, y siempre en forma conjunta, por actos de valoraciones ("tesis axiológicas"). El sentido de la tesis axiológica

fundante —de la valoración motivante— determina el sentido axiológico del acto valorativo. Se trata de una ley fundamental: "la voluntad que se funda en una valoración positiva, es en sí axiológicamente positiva". Es decir, el querer lo bueno es también algo bueno, así como el querer lo malo, es de por sí algo malo, y es adifóro el querer lo adifóro. Esta relación de concordancia entre el sentido del acto axiológico fundante y el acto de voluntad fundado recibe el nombre de "conveniencia": es "conveniente" (o "adecuada") la voluntad orientada hacia la realización de lo valioso. Con respecto a lo desvalioso, lo conveniente es que la voluntad se oriente hacia su omisión. La conveniencia de la voluntad posee de por sí un valor y permite una primera definición del "deber moral" (das Sein-sollende): "una cierta acción es exigida, u objetivamente debida, cuando la voluntad hacia ella dirigida es conveniente, así como es no debida, negativamente exigida, en caso de inconveniente". Pero esta primera definición es aún enteramente formal y no agota el repertorio de contenidos del "deber moral".

Los componentes del deber objetivo: La conveniencia de la voluntad de un sujeto puede ser establecida examinando la índole del acto voluntario en cuestión, a saber, su orientación o desviación hacia un valor. En este respecto, las condiciones del sujeto no modifican la situación. Se trata, pues, de un componente necesario de todo deber moral (de todo "deber-ser objetivo"), a saber: lo debido requiere ser objeto (correlato) de una voluntad conveniente. Pero, la adecuación o inconveniencia de la voluntad no importa aún un deber.

Para que algo pueda ser debido para alguien, sostiene Husserl, debe encontrarse entre sus posibilidades de realización, pues no puede obligarse a realizar lo imposible. Principio semejante es conocido desde hace tiempo como un principio de la ética kantiana. Kant estableció que "lo que es obligatorio, es posible". Este principio, por una simple conversión lógica, equivale a afirmar que lo que es imposible puede omitirse. Se trata —como puede probarse— de leyes lógicas universales. Sin embargo, el recurso a ellas parece dar a la ética un cariz subjetivo, en cuanto se admitiría que todo deber ético dependiera, o estuviera condicionado, por las posibilidades prácticas del sujeto actuante. Sobre todo, cuando, como destaca Husserl, es obvio que las posibilidades de cada sujeto son relativas a sus circunstancias. Si es condición de todo deber objetivo que lo debido sea factible por el sujeto, todo deber adquiere un cierto relativismo. Pero, continúa Husserl, sólo en cuanto un deber es factible puede decirse en su respecto que es "objetivo".

Los dos elementos mencionados —la conveniencia de la voluntad, la factibilidad de lo debido por el sujeto— no bastan de

por sí para constituir un deber ético. Pues parece notorio que muchas posibilidades factibles y adecuadas pueden ser convenientemente queridas por el sujeto. Sólo la posibilidad factible mejor o preferible, dentro de la esfera de lo lograblo prácticamente, es deber del sujeto volitivo. Así, pues, un deber objetivo importa un querer conveniente, dentro de las posibilidades factibles por el sujeto, de la mejor de ellas.

El deber de lo mejor como imperativo moral: Si hubiera algo así como un "imperativo categórico" moral, tendría que rezar: "Haz lo mejor", pues lo mejor es lo único debido. Pero —creo Husserl—, dada la forma de constitución de todo deber objetivo, no hay imperativos categóricos, sino, si se quiere mantener ese tradicional giro de lenguaje, sólo imperativos morales hipotéticos.

Una buena voluntad o intención —es decir, la voluntad que es presupuesto de un actuar ético—, sólo puede ser aquella orientada hacia la realización de lo mejor, pero dentro de sus posibilidades. La moral es relativa a tales posibilidades subjetivas. Pero no sólo ello: dado que el deber ético objetivo requiere una decisión entre posibilidades, para imponer la elección de la mejor, la determinación de la voluntad ha menester de actos racionales cognoscitivos. En efecto, cuál sea el ámbito de posibilidades factibles por el sujeto no es cosa que quepa establecer arbitrariamente, sino como un factor verificable; y, dentro del campo de lo factible, la elección de la mejor posibilidad requiere nuevamente una comparación y determinación racional de las posibilidades. Por ello, el "imperativo moral", rezaría, en rigor: "Si conoces el campo de tus posibilidades y sabes que una de sus posibilidades es más valiosa (mejor, preferible) que las demás, entonces es tu deber, querer su realización".



## LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

CLEMENTE A. DÍAZ

Profesor Adjunto de Derecho Procesal I

1. La norma jurídica enuncia un concepto general y abstracto; la jurisprudencia interpreta y aplica esos conceptos a los casos particulares. Pero las normas jurídicas y la jurisprudencia no llegan a describir enteramente el objeto del Derecho.

La ciencia del derecho tiende a llenar este vacío, sirviendo como nexo entre el supuesto general de la norma y el supuesto particular del "caso de jurisprudencia", mediante proposiciones jurídicas que son reglas de derecho.<sup>1</sup> Así, pues, las respectivas funciones del legislador y del juez, son integradas por la misión del jurista, que complementa el proceso de formación del Derecho,<sup>2</sup> no solamente en cuanto capta al fenómeno jurídico a través de la norma, sino también en cuanto formula, describe y concreta la generalización dogmática, el principio general, y en una palabra, en cuanto elabora, a través de las normas jurídicas y de las sentencias, el sistema.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KELSEN, "Problemas escogidos de la teoría pura del derecho", B. Aires, 1932, pág. 44; id., "Teoría general del derecho y del Estado" (trad. García-Maynez), México, 1930, pág. 46.

<sup>2</sup> "Formación" y no "creación" del Derecho, como se encarga de subrayar KELSEN, Problemas escogidos, cit. pág. 46: "... esta creación es una creación epistemológica del todo diferente a la creación de un objeto por el trabajo del hombre o a la creación de una ley por el legislador. ... Contra la distinción de la norma jurídica creada por la autoridad jurídica y la regla de derecho formulada por la ciencia del derecho, se podría sostener que la regla de derecho es una reduplicación superflua de la norma jurídica. La regla de derecho, ciertamente, es una reproducción del contenido de las normas jurídicas; pero esa reproducción es tan poco superflua como la reproducción por una pianista de una sonata creada por un compositor. También la actividad del pianista es una creación, pero una creación del todo diferente a la creación del compositor. Precisamente, es lo que hace el jurista respecto a la obra del legislador."

<sup>3</sup> Cf. KELSEN, Problemas escogidos, cit. pág. 46 y sgts. El tema se encuentra ligado al de la cientificidad del derecho (cfrs. AFTALION, "Crítica del saber de los juristas", La Plata, 1931, pág. 15 y sgts.), sobre el cual ya es de rigor mencionar la posición escéptica de von KIRCH-

2. La función de la doctrina de los autores consiste en formular la regla de derecho.

El carácter extra-sistemático de la norma jurídica y el carácter asistemático de la jurisprudencia son ampliamente superados por la doctrina de los autores, en la cual impera la sistematización del conocimiento del Derecho;<sup>3</sup> "Elevémosnos, ante todo al sistema" ha sido un grito de combate de quien, en el derecho procesal, representa la cima de los estudios sistemáticos de la doctrina.<sup>4</sup>

El estudio sistemático de las instituciones procesales no se detiene en el comentario gramatical o casuístico de las normas, sino que superando los estrechos cuadros normativos, los racionaliza y coordina en el marco sistemático, y frente a lo inadecuado, constituye un anticipo de la reforma procesal.

3. El valor de la doctrina de los autores, es puramente espiritual constituye una forma de manifestación del Derecho Procesal, a la cual se acude voluntariamente<sup>5</sup> para desentrañar el ser de la norma; el trabajo del jurista es puro esfuerzo intelectual sin otra fuerza obligatoria que la que se impone y surge de

---

MANN que, angustiado críticamente por la posible inestabilidad del Derecho, le negaba categoría científica. Sin embargo, la posición escéptica de van KIRCHMANN es fecunda, aunque errónea, pues, precisamente, en un ambiente positivista, influido por los descubrimientos de las ciencias naturales, contribuye a restablecer el valor de la doctrina jurídica.

<sup>3</sup> El objeto del conocimiento del jurista está constituido por las causas y las "leyes" que dominan la institución que constituye su hipótesis de trabajo; el legislador puede no conocer ni esas causas ni esas leyes, pues como dice KELSEN, Problemas escogidos, cit., pág. 48: "Los individuos que, en su capacidad de órganos de la comunidad jurídica, crean el Derecho, a veces no conocen profundamente o no conocen de ninguna manera el contenido de las normas que por sus actos crean; la opinión del legislador (rectius: opinión del miembro inferamente), que en un tiempo era importantísima para desentrañar el sentido legal, ha sido despojada de toda relevancia en el conocimiento del Derecho; se la elevó a la inusitada categoría de interpretación auténtica, pero de allí descendió para ocupar el ínfimo estrado de una simple opinión cuyo valor dependerá del grado de convencimiento que aporte (cfr. REICHEL, «La ley y la sentencia», trad. Miliana Villagrasa (Madrid, 1921, pág. 66))."

<sup>4</sup> CHIOVENDA, "Del sistema en los estudios del proceso civil", en "Ensayos de derecho procesal civil", (trad. Sentis Meléndez), B. Aires, 1940, t. I, pág. 377. Sobre el sistema en el derecho procesal: v. CARNE-LUTTI, "Sistema de derecho procesal civil" (trad. Alicia Zamora y Sentis Meléndez), B. Aires, 1944, t. I, XXXI; BARRIOS de ANGELIS, "El sistema en el derecho procesal civil", en "Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture", Montevideo, 1937, pág. 35, y spts; DE LA PLAZA, "Derecho procesal civil español", Madrid, 1945, t. I, pág. 22, etc.

<sup>5</sup> Cfr. APTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, "Introducción al derecho", Buenos Aires, 1960, pág. 377; ODIERGO, "Lecciones de derecho procesal", B. Aires, 1958, t. I, pág. 121.

la lógica del argumento y de su ajuste a la realidad jurídica. Mientras el jurista puede calificar a la norma jurídica como justa o injusta —lo cual le está vedado al juez—, la regla de derecho no es justa ni injusta, sino verdadera o falsa,<sup>7</sup> pero el ideal de una proposición absolutamente verdadera derivada del análisis del fenómeno jurídico procesal, es finalidad deseada pero pocas veces alcanzada; en materia jurídica el saber no se manifiesta en proposiciones apodícticas semejantes a las que la ciencia de la naturaleza apellida "leyes", sino en proposiciones polémicas porque la naturaleza funcional del derecho es esencialmente polémica.

Esta esencia polémica generalmente conduce a la posición escéptica del profano frente a la doctrina de los autores. Unos, como Kirchmann, imbuidos de la omnipotencia del legislador, opinan que una palabra suya destruye categóricamente el esfuerzo de cientos de juristas; otros, contraponen la existencia(?) de un derecho vivo frente al que peyorativamente denominan el "derecho de los juristas", al cual atribuyen conceptualismo y absoluta desconexión con la realidad.<sup>8</sup>

4. Sobre los estudios procesales en la R. Argentina. La reseña de los estudios sobre el Derecho procesal en la República Argentina implica el estudio de las influencias doctrinarias foráneas sobre los autores nacionales.<sup>9</sup>

Por tradición, los prácticos Manuel Antonio de Castro,<sup>10</sup> Miguel Esteves Sagui,<sup>11</sup> Antonio Malaver<sup>12</sup> y otros,<sup>13</sup> estaban iden-

<sup>7</sup> Kelsen, Problemas escogidos, cit. pág. 46.

<sup>8</sup> LEGAZ LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Barcelona, 1933, pág. 51. El "Juristenrecht" es todavía una expresión benigna frente a la concepción extrema de la existencia de un "Professorenrecht", que se define por su absoluta inutilidad práctica.

<sup>9</sup> Cfr. SENTIS MELENDO, "El proceso civil", B. Aires, 1927, pág. 12; 54. "Visión panorámica del derecho procesal civil argentino", en "Teoría y práctica del proceso", B. Aires, 1929, t. I, pág. 13.

<sup>10</sup> MANUEL ANTONIO DE CASTRO, "Prontuario de práctica forense" (reimpresión facsimilar del Inst. de Historia del Derecho Argentino). Sobre CASTRO, v. la interesante monografía de LEVENE, "La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador MANUEL ANTONIO DE CASTRO", B. Aires, 1941.

<sup>11</sup> MIGUEL ESTEVES SAGUI, "Tratado elemental de los procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires", B. Aires, 1896.

<sup>12</sup> ANTONIO E. MALAVER, "Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil", B. Aires, 1935. La bibliografía de MALAVER significa un anticipo del tránsito a la etapa procedimental imprimiéndose, sin abandonar las fuentes españolas (CARAVANTES, ESCRICHE, GREGORIO LÓPEZ, GÓMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZUÑIGA, SOLÓRZANO PEREIRA, RODRIGUEZ) y vernáculas (CASTRO, GUTIERREZ, ESTEVES SAGUI), en autores franceses que hoy han pasado definitivamente al olvido (BONCENNE, DALLOZ, SELIGMANN, HENRIOT DE PANSEY, REY, BELLOT, TARBE, MEYER, BERRIAT SAINT PRIX, BONJEAN, BONNIER).

<sup>13</sup> Entre ellos, FRANCISCO GUTIERREZ DE ESCOBAR, autor de

tificados con las leyes españolas y entre ellos, aunque no siempre fueran citados, gozaban de amplísimo predicamento las Siete Partidas, la Curia Filípica, el Conde de la Cañada,<sup>14</sup> Elizondo,<sup>15</sup> Febrero.<sup>16</sup> La codificación del derecho procesal en el último cuarto del siglo XIX no modifica el panteón doctrinario, sino que con De Vicente y Caravantes,<sup>17</sup> se ilustran Salvador de la Colina,<sup>18</sup> Nicolás Casarino,<sup>19</sup> y los anotadores Alberto M. Rodríguez<sup>20</sup> y

una Instrucción forense y orden de sustanciar los juicios... comúnmente conocido como "Cuadernillo de Gutiérrez"; v. REIMUNDÍN, "Apuntes para una introducción al estudio de la literatura procesal argentina", en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, año 1952, IV parte, pág. 135 y sigs.

<sup>14</sup> CONDE LA CAÑADA, "Instituciones prácticas de los juicios civiles y ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites", 3ª ed., Madrid, 1794, es el título del primer volumen; "Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza", 2ª ed., Madrid, 1794, es el título del volumen segundo, aunque generalmente se menciona la obra como "Instituciones prácticas".

<sup>15</sup> FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, "Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias", Madrid, 1798.

<sup>16</sup> Mencionar a FEBRERO, sin ningún aditamento pueda transferir la exposición en un verdadero laberinto bibliográfico. En 1789, JOSÉ FEBRERO publicó *Librería de escribanos e Instrucciones jurídicas teóricas y prácticas para principiantes*, verdadera enciclopedia del derecho, vigente, realizada con el mecenazgo de CAMPOMANES, la cual mereció varias ediciones hasta 1789/1790. En 1801, JOSÉ MARCOS GUTIERREZ publica una nueva edición del FEBRERO, con el título: *Librería de escribanos, abogados y jueces, reformada de nuevo en el lenguaje, estilo, método y en muchas de sus doctrinas, ilustrándola y enriqueciéndola con varias notas y adiciones para que se han tenido presentes los reales órdenes modernos, que rápidamente tomó el nombre de FEBRERO reformado y tuvo mucho predicamento en España*, existe también un FEBRERO adicionado, por MIGUEL AENAR con la colaboración de DIEGO NOTARIO, de 1823. En 1819, aparece un FEBRERO socialista, denominación abreviada de un larguísimo y enojoso título que todo aconseja ahorrar, por EUGENIO TAPIA, quien en 1845 publicó un FEBRERO socialmente redactado. Finalmente, FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE dan una nueva edición que podría denominarse FEBRERO arreglado: "Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en su todo a la legislación hoy vigente", cuya cuarta edición, Madrid, 1852, además de las correcciones y aumentos de JOAQUÍN AGUIRRE y JUAN MANUEL MONTALBAN, contiene las reformas y adiciones, considerables, de JOSÉ DE VICENTE y CARAVANTES.

<sup>17</sup> JOSÉ DE VICENTE y CARAVANTES, "Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento", Madrid, años 1856/1858, y un tomo adicional como apéndice de 1870.

<sup>18</sup> SALVADOR DE LA COLINA, "Derecho y legislación procesal", B. Aires, 1915/1918. Sobre DE LA COLINA (1851-1920), v. sus semblanzas por LASCANO, en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 1932, 2ª parte, pág. 90.

<sup>19</sup> NICOLÁS CASARINO, "Procedimientos judiciales", Buenos Aires, 1917.

<sup>20</sup> ALBERTO M. RODRÍGUEZ, "Comentarios al Código de Proce-

Mariano G. Calvento<sup>21</sup> y en el orden del proceso penal, A. Malagarriga y S. A. Sasso<sup>22</sup> y Jorge H. Frias.<sup>23</sup>

La etapa procedimental no pierde contacto con la tradición española pero, a través de dos figuras consulares, opera el tránsito de superación de la tendencia puramente exegética de los prácticos, hacia el estudio de la teoría general y la sistemática procesales: casi cronológicamente contemporáneos, Tomás Jofré<sup>24</sup> y Máximo Castro.<sup>25</sup> Mientras éste continúa aferrado al tradicionalismo procesal, sin desconocer empero alguna de las corrientes más modernas, Jofré, espíritu desparejo, talento desordenado e intuitivo, con sus poderosa personalidad impone un cambio de ritmo en las ideas procesales, al introducir en la Argentina el conocimiento de los Principios de Chiovenda.

dimientos en materia civil y comercial de la capital", 2ª ed., B. Aires, 1914/1915.

<sup>21</sup> MARIANO G. CALVENTO, "Código de procedimientos civil y comercial explicado y anotado", B. Aires, s/f.

<sup>22</sup> A. MALAGARRIGA y S. A. SASSO, "Procedimiento penal argentino", B. Aires, 1919.

<sup>23</sup> JORGE H. FRIAS, "Derecho procesal: materia criminal", Buenos Aires, 1919/1922.

<sup>24</sup> TOMAS JOFRE, "Manual de procedimiento civil y penal", cuya quinta edición (B. Aires, 1941/42/43) fue adicionada por HALPERIN. Sobre JOFRE v. PODETTI "El fundador del derecho procesal argentino. Doctor TOMAS JOFRE", Mendoza, 1937; AYARRAGARAY, "La orientación procesal de TOMAS JOFRE", en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 1950, 1ª parte, pág. 373; LASCANO, en loc. cit. sub nota 18.

El "Manual" de JOFRE, aparecido en la segunda década del siglo xx tiene el mérito de producir una renovación en la orientación de los estudios procesales, hasta ese entonces dominadas por una bibliografía española o francesa puramente exegética y sin proyección alguna. Es indudable que JOFRE no absorbió ni pudo asimilar toda la doctrina chiovendiana; estaba, para ello, demasiado enraizado en el procedimentalismo, pero existe sin embargo verdadera identificación de JOFRE con CHIOVENDA, cuando se observa que ambos sustentan con igual fervor la implantación de la oralidad en el proceso y el aumento de los poderes del juez.

<sup>25</sup> MAXIMO CASTRO —cuerpos edasque 1945—, nunca publicó la obra orgánica sobre derecho procesal que se esperaba de él; bajo su nombre circulan unos Cursos, que según se dice fueron la versión taquigráfica de sus lecciones, pero que menos poco expertas contaminaron hasta desfigurar y desnaturalizar las ideas de ese expositor, claro, ordenado y metódico que fue CASTRO.

CASTRO no compartió el entusiasmo de JOFRE, cuyo colega fue en la cátedra, por las nuevas corrientes del pensamiento procesal. No las ignoraba, pero como dice LASCANO, op. loc. cit. sub nota 18, pág. 157, "CASTRO representó así una fuerza de contención más que de oposición a la nueva corriente ideológica en materia procesal".

En sus trabajos procesales, v. gr.: "Litigación entre herederos", en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 1943, 1ª parte, pág. 31 y sgts., y "Sobresimplimiento en el juicio ejecutivo", en "Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina", B. Aires, 1948, pág. 3 y sgts., CASTRO revela sus innegables condiciones de expositor claro y analítico more citato, resíduo de su preparación civilística.

"La etapa procesalística es tan perfectamente individualizable que hasta fecha de nacimiento tiene: 1941, año de la aparición del "Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial" de Hugo Alsina, y en el campo de la dogmática procesal significa la recepción definitiva de las teorías procesales. Simultáneamente, otros dos acontecimientos de similar valor, contribuyen a cimentar esta orientación: la aparición de los "Fundamentos de derecho procesal civil" de Eduardo J. Couture y de la Revista de Derecho Procesal.

Hugo Alsina<sup>22</sup> no solamente ordena y encauza la corriente ideológica chiovendiana descubierta e introducida por Joffrè, sino que la sistematiza científicamente en el "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", aunque se resienta del eclecticismos profesoral de su autor y de una no siempre discriminada información jurisprudencial, que han contribuido a restarle personalidad.<sup>23</sup>

Eduardo J. Couture, uruguayo de nacimiento, sentimentalmente rioplatense e intelectualmente argentino, habla publicado antes de 1942, la "Teoría de las diligencias para mejor proveer".

<sup>22</sup> HUGO ALSINA —*vióset adueqy 1958*—, escribió además de su "Tratado", muchos artículos y ensayos, cuya enumeración sería extensa, y un trabajo sobre "La justicia federal" (B. Aires, 1931).

Como se dice en el texto, su "Tratado" es una obra monumental, que puede sin embargo no haber formado una conciencia científica como afirma SENTI-MELENDO, "Visión panorámica", cit. en "Teoría y práctica", cit. t. I, pág. 28, pues casi simultáneamente a su aparición, surgían las obras fundamentales de COUTURE, PODETTI y LASCANO, que revelan la existencia de un poderoso empuje científico, pero es indudable que el "Tratado" de Alsina tiene el enorme mérito de conglutinar a su alrededor esa enorme corriente ideológica del procesalismo científico, a las que reúne en un solo bloque. Con ALSINA se pudo estar o no de acuerdo, incluso puede ser saludable corregir su concepción institucional o su sistematización, pero de cualquier manera no puede prescindirse de él.

<sup>23</sup> La segunda edición del "Tratado" de Alsina, B. Aires, 1956/55 (a partir del t. IV a cargo de CUADRAO), fue saludada con una enorme cantidad de notas laudatorias y apologeticas (v. los comentarios de SENTI-MELENDO, La Ley, t. 91, pág. 1010; de PALACIO, en La Ley, t. 103, pág. 1128; id. en La Ley, t. 128, pág. 1311; id. La Ley, t. 112, pág. 1179; de MERCADER, en Jurisprudencia Argentina, 991-V, sec. 58b., pág. 3; id. 963-I, sec. bib., pág. 3; de CHICHIZOLA, en Jurisprudencia Argentina, 864-II, sec. bib., pág. 18; etc.); la segunda edición es la actualización de la primera, que se cristalizó entre los años 1941/1943; a través de largos quince años no se modificó ni la concepción ni el sentido de las instituciones.

La segunda edición del "Tratado" no tuvo, a pesar de las encomiásticas reconocencias, el significado de la primera, porque en el momento de su aparición se habían superado ampliamente las condiciones que imperaban entre los años 1941/1943, e incluso la reforma procesal de un viejo código de procedimientos, al que ALSINA continúa apegado, era una empresa en marcha que había dejado atrás algunas concepciones procesales anticuadas.

Montevideo 1932 y "El divorcio por voluntad de la mujer" (Montevideo, 1931),<sup>20</sup> obras en las cuales se perfilaba ya al estudio de la teoría general del proceso y que presuncionan los "Fundamentos del derecho procesal civil".<sup>21</sup>

Los Fundamentos constituyen el intento más serio y responsable de una teoría general del proceso que se haya escrito en Sud América; ejemplo de claridad conceptual y expositiva, con un raro equilibrio valorativo de las ideas y de las concepciones, actualizado en el movimiento procesal foráneo, que con los estudios monográficos recopilados en sus reestructuraciones en "Estudios de derecho procesal civil", forman una inapreciable masa homogénea de doctrina, con aciertos creadores de indudable valor.<sup>22</sup>

La "Revista de Derecho Procesal" (1943-1955),<sup>23</sup> cuyo director fue Alsina, pero Sentís Melendo su alma, desempeñó a

<sup>20</sup> Lo admirable de esta obra es el tour de force de COUTURE, que las escribe en un medio intelectual de "muy escasa tradición jurídica", como dice NEZZERA ALVAREZ, y que a través de GALLINAL y de LAGARMILLA no había salido de la "escuela de la exégesis" en materia procesal; por eso estas obras son precedidas de capítulos preliminares que si bien hoy serían inútiles, en su tiempo eran tanto más necesarios cuanto traían conocimientos que no formaban parte del acervo cultural procesal de los lectores.

<sup>21</sup> Los Fundamentos del derecho procesal civil aparecieron en Buenos Aires en 1942; en 1951 se publica la segunda edición que no solamente es ampliada y actualizada, sino reestructurada; finalmente, en 1958, aparece la tercera edición (póstuma) con nueva y fundamental reestructuración, pues no solamente queda integrado el sistema con la incorporación del estudio sobre la jurisdicción, sino que, como capítulo final, COUTURE presenció su desplazamiento hacia los principios fundamentales del derecho, cabazo que sin duda hubiera sido ampliado en las sucesivas reestructuraciones que pudo haber impreso a su obra. No se puede dejar de mencionar la "edición brasileña" de los "Fundamentos", traducido al portugués por RUBENS GOMES DE SOUSA, Sao Paulo, 1948.

<sup>22</sup> COUTURE es autor de numerosos estudios monográficos, parte de los cuales recogen los tres volúmenes de Estudios de derecho procesal civil, B. Aires, 1948/1949/1950; siendo todos ellos aportes valiosos para la dogmática procesal; se destacan: "Las garantías constitucionales del proceso civil" (tomo I, págs. 18/63); "Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano" (tomo I, págs. 291/342); "Sobre el concepto néme *remittit ad rem operta se*" (tomo II, págs. 123/152); "Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial" (tomo II, págs. 181/227); "Declaración judicial de la prescripción adquisitiva" (tomo II, págs. 313/378); "El deber de las partes de decir verdad" (tomo III págs. 225/258); etcétera.

<sup>23</sup> En la Presentación de la Revista se expusieron sus propósitos: "Encuadrar, analizar las corrientes científicas del pensamiento procesal, estudiando y profundizando en los viejos derechos nacionales que arrancan de la histórica legislación española; asimilando la nueva doctrina del proceso y enlugar la tradición jurídica nacional aplicando los métodos modernos para conseguir nuevos ordenamientos."

través de los cortos trece años de su existencia,<sup>23</sup> el papel del órgano de expresión del movimiento procesal argentino y sudamericano.

Casi simultáneamente con la aparición de estas obras, Lascano publica su monografía sobre "Jurisdicción y competencia", Buenos Aires, 1941, que aún hoy es considerado como el estudio más completo y armónico sobre esos importantes capítulos del Derecho procesal,<sup>24</sup> y Podetti, su "Teoría y técnica del derecho procesal", B. Aires, 1942, que constituye el ensayo preliminar de un conjunto de Tratados que la muerte prematura del autor dejó inconcluso.<sup>25</sup>

Desde aquella fecha, hasta el presente numerosos autores publican obras sistemáticas sobre Derecho Procesal: Reimundín, en 1956, su "Derecho procesal civil";<sup>26</sup> Eduardo B. Carlos, cono-

<sup>23</sup> La REVISTA DE DERECHO PROCESAL funcionó regularmente hasta más o menos 1958, y este género de publicaciones hace gravitar mucha parte de su utilidad en la uniforme periodicidad de la aparición. A partir de esa fecha, hubo incomprensibles demoras, hasta que en el número correspondiente al año 1958, apareció en las postmaterias del año 1958, la Dirección participó lo que quizo ser un "boletín médico" sobre el estado de salud del paciente, pero que en realidad fue un "certificado de defunción".

Con verdadero pesar debió recibirse la noticia en las filas del procesalismo argentino, pues la REVISTA DE DERECHO PROCESAL era el medio apropiado de expresión de la investigación científica argentina en materia procesal, que no ha sido sustituido hasta el presente. En conjunto, forma una sólida masa de cultura procesal, imprescindible para el investigador, útil para el práctico y difícilmente sustituible.

<sup>24</sup> DAVID LASCANO —cuerpo adusque 1950—, escribió relativamente poco: "Nullidades de procedimiento", B. Aires, 1939; "Jurisdicción y competencia", B. Aires, 1941, y una decena de ensayos; pero su obra más relevante es el "Proyecto de código de procedimientos civil y comercial", del Instituto de Altos Estudios Jurídicos y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (La Plata, 1935); la "Exposición de motivos" del "Proyecto" siempre será consultada con provecho.

<sup>25</sup> JOSE RAMIRO PODETTI —cuerpo adusque 1955— había publicado con anterioridad cuatro volúmenes sobre el "Código de procedimientos en materia civil y comercial de la Provincia de Mendoza" (B. Aires, 1934/1938), y en el año 1949 comienzan a aparecer "una serie de manuales teórico-prácticos sobre instituciones procesales", que habían sido precedidos por una exposición programática, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 1944, 1.ª parte, págs. 113/170; "Tratado de la jurisdicción", B. Aires, 1949; "Tratado de proceso laboral", B. Aires, 1949/1950; "Tratado de las ejecuciones", B. Aires, 1952; "Tratado de la competencia", B. Aires, 1954; "Tratado de los actos procesales", B. Aires, 1955; "Tratado de las medidas cautelares", B. Aires, 1956; "Tratado de los recursos", B. Aires, 1958.

<sup>26</sup> RICARDO REIMUNDÍN, además de la obra citada en el texto, había publicado con anterioridad un documento-estudio sobre La condena en costas en la legislación argentina, B. Aires, 1942 (3.ª ed., Buenos Aires, 1968) y redactado un anteproyecto de Código procesal; Le reformas procesal civil en la Provincia de Salta, Salta, 1948; últimamente, Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual, B. Aires, 1966.

cido por la seriedad de sus trabajos monográficos, publica la "Introducción al estudio del derecho procesal", B. Aires, 1958, en la cual, por primera vez en la Argentina, se pretende concretar la unidad conceptual del derecho procesal;<sup>28</sup> Oderigo en la misma fecha edita sus originales *Lecciones de derecho procesal*, B. Aires, 1958/59;<sup>29</sup> este movimiento procesal es superado con amplitud en la década del 60, en que surgen nuevos valores como Claria Olmedo, autor de un enjundioso "Tratado de derecho procesal penal", B. Aires, 1960/68;<sup>30</sup> Colombo, cuyo "Código de procedimiento civil y comercial, anotado y comentado", B. Aires, 1964, oculta un verdadero tratado bajo la forma engañosa de la exégesis detallista del código de procedimientos;<sup>31</sup> Palacio-Morello, unen sus producciones diferenciadas en un "Manual de derecho procesal civil", B. Aires, 1965<sup>32</sup> y Areal-Fenochietto imitan esta

<sup>28</sup> EDUARDO B. CARLOS, con su Introducción de cima a una posición científica preanunciada en sus trabajos "En torno a la fundamentación científica del derecho procesal civil", en "Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina", B. Aires, 1946, págs. 105/121, y "Anotaciones al problema de la unidad del derecho procesal", en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 1951, 1er. vol., págs. 149/182.

<sup>29</sup> MARIO A. ODERIGO, con profunda versación penalística ("Código penal anotado", B. Aires, 1942; 3ª ed., B. Aires, 1957), se orienta definitivamente en la dogmática procesal con *Derecho procesal penal*, B. Aires, 1952, y luego con las "Lecciones", y en ellas, apareado a la originalidad de su estilo, despuntan valiosas ayudas sistemáticas.

<sup>30</sup> JORGE A. CLARIA OLMEDO, profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, se aparta de la aquella corriente de procesalistas que toman como eje de su exposición los antiguos códigos de procedimientos de la Capital Federal; este defecto de los civil-procesalistas como ALSINA y sus seguidores, y de los penal-procesalistas como ALCALA ZAMORA y LEVENE, "Derecho procesal penal", B. Aires, s/f., y ODERIGO, "Derecho procesal penal", cit. produce una verdadera incomunicación en la investigación procesal, por la ausencia de estudios sobre los ordenamientos procesales provinciales, y aleja indefinidamente la concreción de un derecho procesal argentino. La obra de CLARIA OLMEDO es debilmente valiosa en este aspecto, pues además de su formación dogmática impecable, produce la ruptura de una errónea posición sistemática que opone la contención de un dique al avance torrencioso de la ciencia procesal.

<sup>31</sup> CARLOS J. COLOMBO culmina con el "Código anotado y comentado" un cuarto de siglo de dedicación exclusiva al Derecho procesal, que se inicia con la monografía "La negligencia en la producción de las pruebas", B. Aires, 1942; "Corte Nacional de Casación", B. Aires, 1943; "La transacción", B. Aires, 1944, y numerosas colaboraciones en revistas jurídicas.

<sup>32</sup> LINO E. PALACIO, autor de los dos primeros tomos del "Manual", es conocido por su amplia producción procesal; muchos artículos y ensayos en revistas jurídicas, numerosas ediciones bibliográficas, una Teoría y práctica de la reforma procesal civil, B. Aires, 1958; la actualización del libro de IMAZ-REY, sobre recurso extraordinario, etc. AUGUSTO MARIO MORELLO, que escribe el tercer tomo del "Manual", danó a la estampa varios libros: "Juicios sumarios", La Plata, 1956; "El proceso de usucapion", B. Aires, 1966, alternando esta producción procesal con libros como "Separación de hecho entre cónyuges",

fecunda comunión en otro "Manual de derecho procesal", B. Aires, 1966.<sup>41</sup>

A esta producción bibliográfica de obras sistemáticas sobre el Derecho procesal, debe agregarse la de los comentaristas y anotadores, como Fernández, cuyo "Código de Procedimientos civil y comercial, comentado", (2ª ed., B. Aires, 1942; 3ª ed., B. Aires, 1955) es una obra de inapreciable valor práctico y dogmático;<sup>42</sup> como Sartorio, que vuela su inapreciable experiencia en "La Ley 50" (2ª ed., B. Aires, 1955);<sup>43</sup> y obras similares de menor envergadura como "Código y leyes procesales concordantes" de Serantes Peña y Clavel Borrás (B. Aires, 1955); Luis Barberis, "Código de Procedimientos en materia criminal", B. Aires, 1966 y otros.

La nómina bibliográfica se encuentra enriquecida con los

---

B. Aires, 1961, y "El boleto de compraventa inmobiliaria", La Plata, 1965.

El "Manual", producto de la vinculación de sus autores a través de la Universidad Nacional de La Plata, contempla diferencia y compara los ordenamientos procesales de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires, y como lo anuncian sus autores constituye un "anticipo de una empresa científica de más elevadas proyecciones".

<sup>41</sup> Projectada la obra en tres volúmenes, a la fecha solamente ha aparecido el primero, que comprende el estudio de la teoría general del Derecho procesal; es una obra que nace en la cátedra, pero que está dirigida al profesional. Es el primer libro de sus autores, aunque LEONARDO JORGE AREAL ha publicado estudios y artículos en revistas jurídicas.

<sup>42</sup> RAYMUNDO L. FERNANDEZ, cuyo "Código", 1ª ed., obtiene el premio nacional de ciencias, 1932, ha sabido dar jerarquía científica al comentario del articulado del Código de Procedimientos. Es autor de un "Tratado teórico práctico de la quiebra", B. Aires, 1937, y de un "Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios", B. Aires, 1941, que han quedado superados por la producción bibliográfica sobre estas ramas y por la evolución jurisprudencial; pero de su innegable veracidad da cuenta la circunstancia de haber sido el redactor del "Proyecto de código procesal para la Nación", al que hizo preceder de una "Exposición de motivos" que con el título de "La reforma procesal civil" apareció en La Ley, t. 101, págs. 803/821, y que constituye un verdadero alegato de la reforma integral del antiguo procedimiento civil de la Capital Federal.

<sup>43</sup> "La ley 50", de JOSE C. SARTORIO, es obra de una utilidad extraordinaria para el estudio del procedimiento federal en materia civil y comercial; contiene la recopilación de una secular experiencia de un ordenamiento legal que, a pesar de su antigüedad, no se ha resentido con los males de la vejez, porque ha llevado la tranquila vida de los señoriales juzgados federales. Obra similar a la de SARTORIO es la de LUIS JUAREZ ECHEGARAY, "Derecho procesal federal", Córdoba, 1936/1939.

nombres de Ayarragaray,<sup>44</sup> Mercader,<sup>45</sup> Bartoloni Ferro,<sup>46</sup> Ibáñez Frocham<sup>47</sup> y Alfredo Vélez Mariconde, y Emilio A. Agrelo (h.), Axel M. Bremberg, Mariano Cúneo Libarona, Mario I. Crichizols, Isidoro Eisner, Enrique Fornatti (\*), Eduardo Augusto García, Carlos A. Leites, Ricardo Lavene (h.), Enrique Martínez Paz (h.), Artemio Moreno, Mauricio Ottolenghi, Emilio Passini Costadest, Adolfo E. Parry, Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Carlos J. Rubianes, Eduardo R. Stafforini, José Zeballos Cristobo, etc.

3. Sin que ello implique haber agotado el nomenclator bibliográfico argentino, importaría cerrar este capítulo con el enjuiciamiento del procesalismo vernáculo, a manera de balance final, respondiendo a la inquietante incitación de algunas preguntas: ¿Existe una escuela argentina o rioplatense de derecho procesal? ¿Qué aportaron los procesalistas argentinos al progreso de la ciencia procesal?

6. *Sobre la existencia de una escuela de derecho procesal.* Eufóricamente se pudo afirmar, cuando despuntaban con prodigioso vigor los primeros brotes durante aquella fecunda primavera procesal de 1941,<sup>48</sup> que existía o que nacía una escuela rioplatense de derecho procesal;<sup>49</sup> fue una afirmación juvenil, plena

<sup>44</sup> CARLOS A. AYARRAGARAY, autor prolífico, polemista encarnizado y escritor ameno, inicia su carrera procesal con "El ministerio público", B. Aires, 1928, y hasta el presente continúa su labor con "Introducción a la ejecución de sentencia", B. Aires, 1943; "El perjurio", B. Aires, 1945; "Sentencias obligatorias", B. Aires, 1950; "Explicación teórica-práctica de la reforma procesal", B. Aires, 1954; "La reforma procesal", B. Aires, 1957; "El principio de inmaculación en el proceso", B. Aires, 1959, y "Lecciones de derecho procesal", B. Aires, 1962, además de numerosas colaboraciones en la REVISTA DE DERECHO PROCESAL, Jurisprudencia Argentina, La Ley, etcétera.

<sup>45</sup> AMILCAR A. MERCADER, poseedor de un estilo literario de gran personalidad, escribió en 1939 "Poderes de la Nación y de las provincias para instaurar normas de procedimientos"; después, "La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico", B. Aires, 1944; "El tercero en el proceso", B. Aires, 1960, y finalmente recopiló sus numerosas colaboraciones y trabajos en Estudios.

<sup>46</sup> ABRAHAM BARTOLONI FERRO, se ha dedicado exclusivamente al proceso penal en sus obras sobre "El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales", Santa Fe, 1944/1954; "Ensayos de derecho procesal", Santa Fe, 1945; "Cuestiones de derecho procesal penal", B. Aires, 1935.

<sup>47</sup> MANUEL IBÁÑEZ FROCHAM escribe "La organización judicial argentina", B. Aires, 1938, que a pesar de sus valores ha quedado un poco olvidada y superada, pero no así en el "Tratado de los recursos en el proceso civil", 1ª ed., B. Aires, 1943; 2ª ed., B. Aires, 1957; 3ª ed., B. Aires, 1963.

<sup>48</sup> CARLOS J. COLOMBO, "La negligencia en la producción de pruebas", cit. pág. 8.

<sup>49</sup> Rioplatense y no argentino para incluir en el ámbito mayor del término a los procesalistas uruguayos, quienes alrededor de COUTURE adquirieron justificada jerarquía y prestigio por sus valiosos trabajos so-

de poético entusiasmo, más deseo espiritual que afirmación científica.

Una "escuela" es el precipitado de un complejo de presupuestos que no existían en el año 1942; que tampoco existen en el país en el año 1942; que tampoco existen en el país en el año 1968. Una "escuela" requiere el contorno físico que solamente lo puede ofrecer el centro de investigación y el claustro universitario;<sup>20</sup> y un elemento humano al que se le haya inculcado el sentido profundo de la seriedad intelectual y los métodos de la investigación científica.<sup>21</sup>

Sin la odiosa pretensión de enjuiciar la misión y la esencia de la Universidad argentina,<sup>22</sup> todavía no se dan en ella, en lo que respecta al Derecho procesal y su sistematización científica, los presupuestos necesarios para que pueda pensarse en la existencia de una "escuela de derecho procesal", sin desconocer que el trabajo individual de investigación ha sido importante y en algunos casos, valioso. Pero si se analiza con atención se observará que ese trabajo individual, creado por el esfuerzo personal, desdicha la labor monográfica emprendida con seriedad científica en el orden de la investigación, prefiriendo el ensayo y la nota de jurisprudencia, cuya rapidez y agilidad pierde en profundidad lo que gana en superficie.

Por eso, en aquel tiempo pudo hablarse de una moda procesal, como síndrome del interés que despertó en el ambiente jurídico la ciencia procesal, aunque en la actualidad lo acertado sea

---

bre la ciencia del derecho procesal, v. gr.: ADOLFO GELSI BIDART, LORENZO CARVELLI, DANTE BARRIOS DE ANGELIS, RICARDO CHAO LAURENTI, y otros.

<sup>20</sup> COUTURE, en el "Prólogo a la obra de CALAMANDREI", "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", B. Aires, 1945, pág. 19, expresó que "de escuela puede hablarse solamente cuando en torno a una universidad o a un Instituto se forma un conjunto tal de estudiosos que dan a su labor el mismo sentido de cooperación que en otros órdenes de la vida asegura el triunfo de los mejor organizados". V. en otro orden de ideas, CALAMANDREI, "Los estudios de derecho procesal en Italia" (trad. Sentis Micendo), B. Aires, 1969, pág. 81 y sgta.

<sup>21</sup> No se incluye entre los presupuestos mencionados en el texto al MAESTRO, porque éste es una consecuencia, no una causa. Tráigase el Maestro y ubíquese en un falso ambiente universitario, entre un elemento humano mediocre, y existirá solamente mera labor personal, sin ninguna otra importancia que la del aporte individual.

<sup>22</sup> Sobre la misión de la universidad, cóns. y v. DANA MONTARO, "Problemas generales y particulares de las universidades argentinas", Santa Fe, 1943; AYARRAGARAY, "La universidad y su función", en REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES, tomo XXIX, pág. 91; LOPEZ OLACIREGUI, "Régimen jurídico de la universidad argentina", en REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES, 1980-81, pág. 85 y sgta.

referirse a un movimiento procesal argentino,<sup>83</sup> precursor de un inculcable o insospechado porvenir, en el cual se conjugarán complejos factores que sería prematuro vaticinar.

7. *Aporte argentino a la ciencia procesal.* Admitida la existencia de un movimiento procesal vernáculo, corresponde preguntarse qué ha aportado el mismo para el progreso de la ciencia procesal.

Desgraciadamente, la respuesta no puede ser optimista y positiva,<sup>84</sup> por muchas razones, en la Argentina aún no se ha superado la etapa informativa, de absorción de los conocimientos procesales foráneos, y de adaptación de los movimientos legislativos nacionales, entre ellos:

a) La propensión parroquial de los autores a limitar el objeto del estudio procesal a un determinado ordenamiento legislativo-procesal, prescindiendo de los restantes ordenamientos en un país de multiplicidad legislativa.

b) La proclividad por las obras-herramientas de trabajo constituidas esencialmente por el aporte jurisprudencial, en defecto de una sólida doctrina, cuya ausencia, es en algunos casos notable.

c) La tendencia exegética de la doctrina argentina demasiado apegada a la letra de los códigos.

d) El escaso espíritu sistemático por ausencia de una formación justafilosófica.

No se puede comparar el movimiento procesal argentino con las aportaciones de otros países eminentemente desarrollados, dotados de un espíritu científico universitario casi secular; el procesalismo alemán, el procesalismo italiano datan de mediada la centuria pasada y de los comienzos de este siglo, y fueron posibilitados por una intensa actividad científica que les precedió; la obra de Bulow sobre las excepciones procesales, o la de Wach sobre la acción declarativa o la de Chiovenda sobre la acción, no constituyen episodios esporádicos, en el devenir científico, sino lentos procesos de decantación; en la Rep. Argentina, cuyo ingreso en los cuadros de la ciencia procesal solamente data de la quinta década del siglo xx, no se puede admitir que en corto lapso llegue a las alturas que otros países alcanzaron después de muchos años de incesante labor, en ambientes ampliamente dotados

<sup>83</sup> Sobre modo y movimiento procesales, v. SENTIS MELENDO, "Teoría y práctica del proceso", cit. t. I, pág. 108; id., t. I, pág. 283.

<sup>84</sup> Ejemplo, sin embargo, de optimismo es SENTIS MELENDO, "Teoría y práctica", cit. t. I, pág. 88; id., tomo I, pág. 283.

para la investigación. Pero donde no se resiste la comparación es frente a aquellos países que llegan a la ciencia procesal casi contemporáneamente como Brasil en el continente americano y España en el continente europeo, en los cuales se ha superado la etapa informativa y se adelanta rápidamente en el estadio formativo. En esa trayectoria científica se debe confiar.

## ENSAYOS



# LA AUTOFINANCIACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

ALBERTO MANUEL GARCÍA

## Primera parte

### GENERALIDADES Y ASPECTOS ECONOMICOS DE LA AUTOFINANCIACION DE LAS EMPRESAS

#### 1) NOCIÓN DEL AUTOFINANCIAMIENTO DE LA EMPRESA

Toda empresa, para conseguir los fines que se propone en su accionar, necesita de fuentes financieras que le proporcionen los capitales necesarios. Tales fuentes financieras reconocen, de acuerdo a una clasificación, un doble origen: internas (es decir, propias) a la empresa, o externas a ella. Las primeras constituyen su capital propio, las segundas su capital de crédito.

Cuando hablemos de la autofinanciación de las empresas ponemos el acento sobre la primera de dichas fuentes financieras. Por ello Tancredi Bianchi ha podido definir al autofinanciamiento "como aquél proceso por el cual una empresa logra satisfacer sus propias necesidades financieras sin recurrir a una fuente externa para obtener medios a título de capital o a título de crédito".<sup>1</sup> Como resultado de esta primera noción podemos excluir como fuentes del autofinanciamiento a las diferentes deudas que tiene la sociedad respecto a terceros: Estado, bancos particulares, obligaciones emitidas por la empresa.

En una segunda aproximación al concepto de autofinanciación debemos excluir al capital social originario como fuente de autofinanciamiento de la empresa, ya que esta noción supone la

<sup>1</sup> Cfr. TANCREDI BIANCHI, "L'autofinanziamento" en "Saggi di Economia Aziendale e Sociale in memoria di Gino Zappà", Milano, Dott & Giuffrè Editore, 1961, pág. 179.

existencia de una empresa en marcha con determinadas necesidades financieras.

Marcel Malissen<sup>2</sup> a través de un examen del balance de una sociedad nos permite clarificar la noción de autofinanciación hasta aquí alcanzada.

ACTIVO	PASIVO
Capitales fijos: Inmovilizaciones	
Capitales circulantes: { stocks crédito existencias	
Capital social	} Financiamiento propio externo
Primas de emisión	
Reservas	} Financiamiento propio interno (Autofinanciamiento)
Provisiones	
Beneficios del ejercicio	
Deudas a largo término	} Financiamiento externo
Deudas a corto término	
	(Extraño)
Total de los empleos	Total de los recursos

Pero esta noción requiere precisiones mayores en cuanto consideráramos las diferentes formas de financiamiento interno de la empresa, a través de la constitución de diversos tipos de reservas. Entre las fuentes internas de financiación más importantes podemos enumerar: 1) Utilidades líquidas del ejercicio no distribuidas; 2) emisión de acciones por un precio superior a su valor nominal; 3) emisión de obligaciones a un precio superior a su valor nominal; 4) de la venta de partes beneficiarias, creadas por el estatuto sin destino especial; 5) plusvalías derivadas de la sobrevaluación de los bienes; 6) donaciones, legados, loterías, etcétera.<sup>3</sup>

Dichos fondos constituyen lo que en Estados Unidos se conoce con el nombre de "surplus" (que significa literalmente excedente o superavit) mientras el nombre de beneficios (earned surplus) se reserva a las utilidades del ejercicio.<sup>4</sup> Winiński señala,

<sup>2</sup> "L'autofinancement des sociétés en France et aux Etats Unis", Dalloz, Paris, 1953, pág. 12.

<sup>3</sup> GERMAN J. TIMMERMANN, "Las reservas en los balances de las Sociedades Anónimas", Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad del Litoral, pág. 169 y sgts.

<sup>4</sup> SOLA CARIZARES, "Tratado de Sociedades por acciones en el Derecho comparado", Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1957, t. I, pág. 428-429.

también, la diferencia entre el concepto de beneficio económico—equivalente al "surplus"— y el de utilidad jurídica que se encuentra separado de aquél tanto por razones prácticas como jurídicas.<sup>2</sup> Tancredi Bianchi, por su parte menciona la diferencia entre utilidades brutas y netas.<sup>3</sup>

De la distinción precedente entre beneficio en sentido lato (beneficio económico, "surplus", utilidades brutas) y beneficio en sentido estricto (earned surplus, utilidades netas) se deriva la posibilidad de una doble noción de autofinanciamiento. En sentido amplio, cuando la autofinanciación de la empresa se produciría por la acumulación de toda aquella clase de fondos que distinguamos. En sentido estricto, cuando se operaría únicamente por la no distribución de utilidades netas.

Esta doble noción es también desarrollada por Malissen, quien, empero, se inclina a considerarlas como dos maneras distintas de medir el autofinanciamiento de la empresa más que como dos nociones distintas del mismo.<sup>4</sup>

Sin embargo la distinción de estas dos nociones tiene consecuencias importantes: la definición amplia debe ser preferida mientras consideremos el aspecto económico del fenómeno que nos ocupa (así, por ejemplo, la sobrevaluación de los bienes a amortizar es una de las fuentes más importantes del autofinanciamiento); la definición estricta debe, en cambio, prevalecer al contemplamos el problema desde una perspectiva estrictamente jurídica. Así, por ejemplo y en este último sentido, la constitución de reservas sobre utilidades brutas, implica la formación de reservas ocultas que, como veremos después, y salvo excepciones, no son admitidas como instrumentos legales por la mayor parte de la doctrina y legislación comparadas.

Nos resta, para terminar de precisar la noción de autofinanciamiento, considerar la hipótesis de que éste puede producirse mediante el aumento de capital de la empresa, en lugar de serlo por la constitución de reservas. El aumento de capital puede operarse por tres métodos principales: por la emisión de nuevas acciones, por el pasaje de reservas a capital, y por la distribución de utilidades en acciones. Por el primer método la empresa recu-

<sup>2</sup> "El primero es todo aumento de valor en el patrimonio comprometido en la empresa; es, como se ha dicho, el excedente de riquezas sobre lo invertido en la actividad comercial y que existe independientemente de su determinación. Es como un concepto amplio en el que se involucran tanto los bienes que se adquieren por la actividad propia cuanto aquellos aumentos de valor derivados de otros fenómenos económicos sociales. Toda época valora queda allí involucrada", en "Utilidades líquidas y realizadas en las Sociedades Anónimas. Estudio de algunos conceptos para su mejor determinación jurídica", *Rev. An.*, 1946.

<sup>3</sup> *Id.*, op. cit., pág. 188.

<sup>4</sup> *Cfr.*, op. cit., pág. 13 y sgts.

rra a fuentes financieras externas a ella, recurre al mercado de capitales, por lo cual no puede considerarse comprendido en la noción de autofinanciación, aunque la posición de los accionistas en la sociedad difiera de los simples acreedores de ésta. Por el segundo y el tercero se opera una verdadera autofinanciación de la empresa que ha constituido reservas con las utilidades de los diferentes ejercicios. Pero estos últimos métodos sólo son relevantes jurídicamente; desde el punto de vista económico lo importante era la constitución previa de reservas en base a los beneficios no distribuidos.

En virtud de estas consideraciones podemos precisar dos nociones de autofinanciación: la económica que lo define como un proceso por el cual una empresa logra satisfacer sus propias necesidades financieras recurriendo a fuentes internas a ella, mediante la constitución de reservas, sean visibles, disimuladas u ocultas; y la noción jurídica, por la cual una empresa se autofinancia cuando constituye reservas en base a utilidades netas o cuando aumenta su capital social por el pasaje de reservas a capital, o por la distribución de utilidades en acciones.

## II) IMPORTANCIA DEL AUTOFINANCIAMIENTO DE LAS EMPRESAS EN LA ECONOMÍA CONTEMPORÁNEA

El proceso de autofinanciamiento de las empresas constituye en la economía contemporánea uno de los fenómenos más perceptibles e importantes, común, por igual, a los países con economía colectivista y a los que asientan su economía en el mercado y en la propiedad privada de los medios de producción. Existe, sin embargo, una desigual importancia relativa del proceso de autofinanciación en los países de economía colectivista y en los de economía de mercado.

En los primeros la autofinanciación constituye uno de los pocos modos de financiamiento de las empresas, junto con los aportes estatales a las mismas. La razón aparece clara: no existiendo en tales países un mercado de capitales privados en donde puedan colocarse acciones u obligaciones, ni instituciones de crédito privadas, y considerando, además, la propia estructura de las empresas, es dable concluir que el proceso de autofinanciamiento será una fuente principalísima y casi única (junto con los aportes estatales en créditos, etc.) de financiación de las empresas.

Pero incluso en los países de economía de mercado y de propiedad privada de los medios de producción, en donde existe un mercado de capitales, el financiamiento de las empresas por medios propios ha cobrado una real importancia hasta constituir, equitativamente... la principal fuente de inversión de las mismas...

Algunas cifras y opiniones ilustrarán mejor esta afirmación:

En Francia, en el ejercicio 1952-53, el 88 % de las inversiones ha sido cubierto por la autofinanciación y por el ahorro forzoso a costa de los dividendos.<sup>9</sup> "Las sociedades francesas —expresa Ripert— tienen tendencia a no distribuir todos los beneficios y efectuar grandes reservas. El fisco que veía así disminuir el producido del impuesto a los réditos de los valores mobiliarios, ha querido gravar las reservas (ley del 31 de diciembre de 1935). Posteriormente ha renunciado a esta imposición (ley del 12 de enero de 1941)".<sup>10</sup>

Respecto a los Estados Unidos, contamos con estadísticas correspondientes a sociedades manufactureras y mineras durante el período 1947/56 dadas a conocer por el C.F.I.<sup>11</sup>

#### *Fuentes de fondos*

I	Depreciación	30 %
II	Utilidades no distribuidas	34 %
III	Emisión de acciones	2 %
IV	Acreedores a largo plazo	14 %
V	Acreedores a corto plazo	14 %
VI	Otras fuentes	7 %

De acuerdo a este cuadro el proceso de autofinanciamiento (puntos I y II) aparece constituyendo el 64 % del total de la inversión de las empresas consideradas, cifra que es susceptible de ser aumentada pues no conocemos si en el 2 % por emisión de acciones está comprendido el pasaje de reservas a capital o distribución de utilidades en acciones, y además, no conocemos la discriminación del 7 % correspondiente a otras fuentes. De allí que en el mismo estudio se señale que "existen para el país del norte otras estimaciones que hacen llegar al 71 % el aporte de fuentes internas al financiamiento".<sup>12</sup>

A fines del año 1959 el estado de situación y de resultados para todas las empresas manufactureras organizadas como "corporaciones" en Estados Unidos daba las siguientes cantidades

<sup>9</sup> GAY DE MONTELLA, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1934, pág. 114, citado por C. OBRIGOLEA en "Algunas consideraciones sobre el autofinanciamiento de las empresas", en J. A., 1984-I, punto II.

<sup>10</sup> GEORGES RIPERT, "Tratado Elemental de Derecho Comercial"; Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1934, t. II, pág. 518.

<sup>11</sup> "Financiamiento del Desarrollo Económico", C.F.I. (Consejo Federal de Inversiones), Bs. As., 1961, pág. 87.

<sup>12</sup> *Id.*, op. cit., pág. 88.

(transcribimos sólo la parte correspondiente al pasivo de las empresas, porque es la pertinente al tema).<sup>12</sup>

#### *Pasivo*

Créditos bancarios a menos de un año	2,7 %
Adelantos recibidos del gobierno	0,7 %
Deudas comerciales	8,2 %
Deudas por impuestos	4,4 %
Otras obligaciones corrientes	5,3 %
Deudas bancarias a más de un año	1,8 %
Otras deudas a más de un año	10,3 %
Otras obligaciones no corrientes	1,0 %
Reservas no computadas en otros rubros	1,2 %
Capital	26,7 %
Beneficios no distribuidos	37,8 %
	100,0 %

Por este cuadro no podemos apreciar la incidencia de las distintas fuentes financieras en la inversión de la empresa, como en el cuadro anterior, sino sólo tomar nota del peso que tienen las reservas por beneficios no distribuidos y otros no computados (igual al 39 % del pasivo de la empresa), en la estructura económica de las empresas estadounidenses.

Respecto a Italia, y en general al proceso seguido por los diferentes países luego de la segunda guerra mundial señala Tancredi Bianchi: "El autofinanciamiento ha tenido amplia manifestación durante y después del conflicto mundial. A tal tendencia no es extraño sobre todo en el país nuestro, la ineficiencia del mercado financiero, en general y de la bolsa de valores en particular".<sup>13</sup>

En lo que atañe a la Argentina contamos también con cifras aunque exiguas, respecto a las fuentes financieras de las empresas, proporcionadas, también, por el C.F.I.<sup>14</sup>

#### *Fuentes de fondos*

En por ciento sobre cada total

<i>Internas</i>		60,0 %
a) Depreciación	12,2 %	
b) Utilidades no distribuidas	33,1 %	
c) Utilidades distribuidas en acciones	14,7 %	

<sup>12</sup> *Id.*, pág. 88.

<sup>13</sup> TANCREDI BIANCHI, *op. cit.*, pág. 225.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pág. 88.

Externas

40,0 %

a) Acreedores	25,1 %
b) Fondos especiales	5,5 %
c) Nuevas suscripciones de capital	9,4 %

Y se señala en el estudio como conclusión a la transcripción de estas cifras: "Es importante señalar que aquello que sería verdadero «ahorro» de las empresas (aceptando que las utilidades distribuidas en acciones se computan en él) ha financiado en el período el 60 por ciento del incremento en el patrimonio neto que está representado analíticamente en el uso de los fondos".

Cabe anotar finalmente que la política de autofinanciamiento es seguida por igual en las grandes empresas, en las medianas y pequeñas, con una incidencia relativamente mayor en estas dos últimas, en cuanto les resulta más difícil recurrir al mercado del crédito y al financiero, en particular. Para estas empresas el ahorro mediante la acumulación de utilidades de ejercicio no distribuidas y la disponibilidad liberal del proceso de amortización, son la parte principal del gradual aumento de la dimensión empresarial, mientras que la gran empresa puede más fácilmente recurrir al mercado financiero, y, por lo tanto y al menos en teoría, puede sentir menor estímulo a acentuar la política de autofinanciamiento.<sup>18</sup>

Descripta en sus rasgos generales la importancia del fenómeno de la autofinanciación, en los puntos subsiguientes averiguaremos las causas del mismo y sus efectos con respecto a la economía global del estado. El análisis de estas cuestiones nos permitirá valorar a la autofinanciación. Valoración que incidirá posteriormente en la consideración de los problemas jurídicos con ella relacionados.

### III) CAUSAS DE LA IMPORTANCIA DE LA AUTOFINANCIACIÓN

Como primera causa, y principal, de la importancia contemporánea del fenómeno que nos ocupa podemos señalar a la ineficiencia de los mercados financieros externos a la empresa. Odriozola, teniendo bien presente la realidad argentina, hace notar la dificultad de las empresas de recurrir a fuentes financieras extrañas a ella: porque el apoyo bancario es cuantitativamente menor como fuente de capitales (lo que puede comprobarse en los cuadros anteriores), por la dificultad y onerosidad del préstamo particular, por la dificultad de emisión de nuevas acciones ordinarias debido a la pesadez del mercado accionario,

<sup>18</sup> TANCREDI BIANCHI, op. cit., págs. 221-2.

en donde sólo una minoría de las acciones que allí se cotizan superan el valor nominal de \$ 100 por acción (valor nominal que la sociedad deberá respetar si pretendiese nuevas emisiones, de acuerdo al 328 Cód. de Com.).<sup>28</sup>

Los motivos que explican esta ineficiencia de los mercados financieros son variables de acuerdo con los países y a las épocas. Podemos, sin embargo, apuntar que la eficiencia de tales mercados depende, entre otras causas, de la importancia de los intermediarios financieros, de la mayor o menor cantidad de circulante, de la incidencia de la inflación sobre el crédito, y de los motivos psicosociales que determinan el ahorro y la inversión de la población. Debemos, por otra parte, tener bien presente que la eficiencia del mercado financiero externo depende, también, de las fases del ciclo económico que afecta a los países con economía capitalista, y que durante la faz de depresión las empresas se ven prácticamente imposibilitadas de acudir a fuentes financieras externas a ellas.

Una segunda causa importante para explicar la importancia actual de la autofinanciación, es el deseo de las empresas de asegurar su estabilidad y su expansión, aun a costa de una menor retribución del capital social. El principio de permanencia de las empresas está sólidamente arraigado en los administradores que toman las precauciones necesarias para que no se vea afectada, por falta de previsión, la marcha de aquellas, aunque deban para esto entrar en conflicto con los accionistas particulares, que generalmente pretenden una elevada tasa de dividendos. Más adelante volveremos sobre el conflicto entre administradores y accionistas, pero, sin perjuicio de ello, podemos señalar aquí que, aunque éste efectivamente existe, la posibilidad de pagar elevados dividendos depende muchas veces de una previa expansión de la empresa debida al autofinanciamiento.

Tancredi Bianchi ha estudiado el caso de las empresas italianas que tienen las mayores tasas de dividendos y sus conclusiones son importantes de reseñar. Observa que en el caso de la FIAT —una de ellas— mientras tiene una tasa de dividendos del 17 % sobre el valor nominal de la acción, existe una remuneración efectiva de los medios propios emergentes del balance de cerca de un tercio. Otro tanto sucede con la elevada tasa de dividendos de Italcementi, que se reduce a menos de la mitad en cuanto se relaciona con la suma del capital social aumentada del autofinanciamiento por acumulación emergente del balance público. Y concluye: "Pero la tasa de dividendos del 20 al 25 % para la industria y también cerca del 40 % para algunas empresas bancarias

<sup>28</sup> Op. cit., punto I.

aparece en todo caso desproporcionado si no jugase el efecto de precedentes notables autofinanciamientos".<sup>17</sup>

Por lo que podemos comprobar que, a largo alcance, los intereses de los administradores y accionistas terminan por coincidir.

En tercer lugar cabe señalar la particular situación de las empresas que no se cotizan en bolsa. Si la mayoría de las empresas, en algunos países se encuentran con particulares dificultades de financiación debido a la ineficiencia de los mercados de capital, la situación se agrava respecto de las empresas que no cotizan sus títulos en bolsa. En estos casos su fuente de recursos, casi única es la autofinanciación.

Es importante apreciar en orden a las causas que explican la contemporánea importancia del fenómeno en estudio, la incidencia de la política estatal. El estado frecuentemente regula la política de dividendos de la empresa. Algunas veces lo hace movido por circunstancias especiales como durante y después de la guerra en que creyó prudente limitar los beneficios exorbitantes percibidos por algunas empresas. Así Francia, al igual que Alemania e Italia, redujo por ley del 28 de febrero de 1941 los dividendos susceptibles de ser distribuidos al monto del mayor dividendo distribuido en uno de los tres años anteriores a la guerra o, en su defecto, al seis por ciento del capital social;<sup>18</sup> también fueron limitados los dividendos en Suecia, por ley de 1948.<sup>19</sup> Otras veces el estado debe intervenir en la distribución del dividendo y en la constitución de reservas movido por razones de desarrollo económico. Así el estado puede fijarse determinados objetivos a alcanzar en algunos o todos los sectores de la producción y favorecer una política de ahorro de la empresa.<sup>20</sup>

Todo este complejo de causas estructurales, de política empresarial y estatal explican el auge del autofinanciamiento en la

#### IV) EFECTOS DEL FENÓMENO DE LA AUTOFINANCIACIÓN.

##### SUS DEFECTOS

La autofinanciación es un fenómeno pródigo de consecuencias para la empresa y para la economía general. Del balance de sus defectos y de sus ventajas, obtendremos una valoración del mismo.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, pág. 233. *Cfr.*, también, págs. 217-224.

<sup>18</sup> *Cfr.*, GEORGES RIPERT, *op. cit.*, pág. 513.

<sup>19</sup> SOLA CASTELLANOS, *op. cit.*, t. II, págs., 441-42.

<sup>20</sup> Cuyos métodos más comunes serían: la exención de utilidades a la reinversión, la permisión de la depreciación acelerada y la revaluación de los activos. Ver C.F.I., *op. cit.*, pág. 92.

economía contemporánea. Nos interesará, ahora, apreciar los efectos del fenómeno.

Podemos resumir las principales desventajas:

a) *Incidie negativamente sobre el mercado financiero.*

Habíamos apreciado, en el punto anterior, que una de las causas de la importancia actual de la autofinanciación consistía en la ineficacia de los mercados financieros. Pero tal ineficacia se ve luego agravada por el proceso de financiamiento interno de la empresa. Este proceso: sustituye el ahorro voluntario privado por el de la gestión; sustrae cuotas importantes de ahorro de los órganos habituales de acrecentamiento y redistribución del capital monetario, en desmedro por lo tanto de los intermediarios del crédito (bolsa, banca, sociedades de inversión, etc.); aumenta el peso de las grandes empresas industriales respecto a los organismos financieros, etc.<sup>21</sup>

Sin embargo estas consideraciones no nos parecen decisivas, especialmente respecto a la Argentina. En primer lugar, el ahorro voluntario se determina por razones psicosociales que pueden resultar negativas para la comunidad. El ahorro individual, en nuestro país, se mueve en gran medida determinado por fines de especulación o bien demuestra preferencia por inversiones inmobiliarias en desmedro de las inversiones en acciones; por otra parte, tampoco es posible desconocer la enorme evasión de capitales que sufre desde hace años nuestro país y que expresaría la tendencia de parte del ahorro individual a no reinvertirse en el país. En segundo término es complementariamente insuficiente el desarrollo alcanzado en la Argentina por las sociedades de inversión que podrían corregir las tendencias negativas de la inversión individual; la realidad lamentable de los otros intermediarios financieros como la bolsa de valores, también es bien conocida. Finalmente hay que recordar que no sólo las grandes empresas recurren a la autofinanciación sino que, como hemos visto en puntos anteriores, es muy probable (no tenemos cifras al respecto) que en términos relativos sean las empresas pequeñas y medianas las que más recurran a este procedimiento.

b) *Contribuye a la formación de trusts, holdings, etc.*

La ampliación desmedida de las inversiones de las grandes empresas dota a éstas de medios suficientes para invadir las áreas

<sup>21</sup> TANCREDI BIANCHI, *op. cit.*, págs. 226-27.

de otras empresas menores, y absorberlas por medio de la constitución de trusts, holdings, etc.

Sin embargo tampoco este efecto nos parece esencial, pues puede ser corregido mediante una adecuada política legislativa y judicial antitrusts.

c) *Acentúan los desequilibrios territoriales en la formación del ahorro y en la distribución de las inversiones.*<sup>22</sup>

Estos desequilibrios territoriales que resultarían del autofinanciamiento de las grandes empresas ubicadas en algunas zonas, existirían igualmente en el caso de operar un eficiente mercado financiero que proporcionara la mayor fuente de capitales a las empresas, y sólo podría ser corregido por una adecuada política estatal que determinara las zonas en que debieran realizarse las nuevas inversiones y, eventualmente, procediera a desconcentrar si fuera posible) ciertas áreas sobrecargadas de establecimientos industriales.

d) *Puede producir un desequilibrio en la estructura económica de las empresas.*

El recurso a fuentes financieras internas a la empresa debe, en primer lugar, asegurar los típicos valores productivos de la empresa, es decir su desenvolvimiento ordinario. Cuando la inversión se ramifica excesivamente se produce, muchas veces, un desequilibrio financiero de la empresa que requiere nuevas inversiones, para asegurar el correcto desenvolvimiento de las nuevas plantas. Estas nuevas necesidades de capital traen como consecuencia que la empresa deba recurrir al mercado del crédito, pudiendo ser difícil para ella hacerlo si ha procedido a su autofinanciamiento por una reducción excesiva de la distribución de beneficios.<sup>23</sup>

De cualquier manera, debemos señalar a modo de crítica, que es un problema de prudencia de los administradores determinar cuáles deben ser las nuevas inversiones de las empresas y de elaborar una adecuada política de dividendos estables y aumentos gratuitos de capital, que permiten mantener el equilibrio económico de la empresa y poder acudir al mercado de capitales cuando fuere preciso.

Es, entonces, apreciable que las desventajas que puede ocasionar el fenómeno de la autofinanciación, o no son tales (casos de "a" y "c"), o son solucionables (casos de "b" y "d"). Exis-

<sup>22</sup> *Id.*, *id.*, pág. 237.

<sup>23</sup> *Id.*, *id.*, págs. 224-228.

ten, además, otras razones por las cuales creemos que la autofinanciación debe alentarse.

#### V) EFECTOS DEL FENÓMENO DE LA AUTOFINANCIACIÓN. SUS VENTAJAS

Podemos resumir brevemente las principales ventajas del autofinanciamiento del siguiente modo:

a) La autofinanciación corrige la relación entre lo que se ahorra y lo que se invierte,<sup>24</sup> efecto por demás deseable en un país como el nuestro.

b) Permite resolver las dificultades ocasionadas por la carencia de mercados de capitales ordenados y suficientes, y, especialmente permite ampliar la dimensión de las empresas pequeñas y medianas que tienen un acceso menor a dichos mercados.

c) Es un elemento necesario a la estabilidad y permanencia de las empresas. De aquí la defensa que la concepción institucionalista del derecho hace a las soluciones jurídicas que permiten allanar el camino a la autofinanciación.

d) Permite eludir los efectos desfavorables de la faz depresiva del ciclo económico y mantener una cierta estabilidad en los dividendos que paga la empresa.

e) La ampliación de las dimensiones y de la capacidad productiva de las empresas que se genera en virtud del autofinanciamiento colabora decisivamente en el crecimiento económico del estado. De allí que éste deba favorecer tal proceso, y tenerlo muy especialmente en cuenta al establecer, en sus planes económicos, metas a alcanzar en los distintos sectores productivos de la comunidad.

En virtud de estas consideraciones, estimamos que deben preconizarse aquellas soluciones jurídicas que favorezcan el autofinanciamiento de las empresas.

#### VI) LOS MÉTODOS JURÍDICOS QUE PERMITEN LA AUTOFINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS

Los métodos jurídicos por los cuales puede operarse la autofinanciación de las empresas son dos: la constitución de reservas (sean facultativas o libres) y el aumento del capital (por medio

<sup>24</sup> *Id.*, *id.*, pág. 227.

del pasaje de reservas a capital, o por la distribución de utilidades en acciones). En el transcurso subsiguiente de este trabajo circunscribiremos nuestro estudio al primero de dichos métodos, por estimarlo de más importancia en lo que atañe a la autofinanciación de las empresas.

## VII) NOCIÓN Y FINALIDAD DE LAS RESERVAS

Alfredo de Gregorio<sup>25</sup> define a las reservas "como una determinada suma de valores patrimoniales activos excluidos de la distribución —agregada a la parte mencionada necesaria para cubrir el capital social— con el fin de procurar a la empresa mayor seguridad y solidez económica". Y agrega que, como el aumento de la reserva presupone el aumento del patrimonio neto (o sea presupone que el capital social y las reservas precedentemente constituidas están plenamente cubiertas), todas aquellas cuentas que sirven para comprobar pérdidas y deudas, o para reducir al justo valor algunos rubros del activo, deben excluirse de la nómina de las reservas. Es la misma opinión de Gay de Montella, quien también considera que la reserva tiene lugar por la detracción sobre los beneficios netos, y por lo tanto no la constituyen otras cuentas que suelen aparecer en los balances de las empresas con el nombre de "reservas".<sup>26</sup>

No es, empero, una sobación pacífica. En estudios especializados Cassagne Serres<sup>27</sup> y Germán J. Timmermann,<sup>28</sup> entre otros, utilizan una terminología amplia titulando reservas a todas las cuentas que aparecen con ese nombre en los balances de las S. A., tengan su fuente en los beneficios netos o en los beneficios brutos de la empresa.

En realidad la cuestión no es meramente terminológica. En primer lugar cabe señalar que dichas cuentas que figuran en los balances con el nombre de "Reservas" (por ejemplo: cuentas de amortización, cuentas por deudas inexigibles o dudosas, por siniestros pendientes, etc.) implican valuaciones, sea de instalaciones e implementos a amortizar, sea de riesgos futuros, de deudas inexigibles, etc., y como tales, dichas valuaciones significan en parte valores patrimoniales actuales y en parte verdaderas reservas. En segundo término nos toca tener presente que tales valu-

<sup>25</sup> "Los Balances de las S. A. Su régimen jurídico"; Ed. Depalma, Bs. As., 1935, pág. 403.

<sup>26</sup> GAY DE MONTELLA, "La vida económica y financiera de las Sociedades Anónimas", Bosch, Barcelona, 3ra. Ed., 1944, pág. 197.

<sup>27</sup> "Las Reservas Legales, Técnicas, Facultativas, Discretadas y Oculadas en las S. A.", Bs. As., 1933.

<sup>28</sup> Op. cit., pág. 170 y sigs.

ciones cuando son exageradas, implican verdaderas reservas ocultas que son declaradas ilegales por las más fuertes tendencias doctrinarias. Empero reconociendo —con De Gregorio— la dificultad para deslindar en tales cuentas lo que tienen de valores actuales y lo que tienen de apreciaciones futuras preferimos la terminología amplia de "Reservas".

Las reservas reconocen diferentes finalidades. Así pueden crearse para: a) compensar o aminorar las consecuencias de las pérdidas eventuales; b) para responder a los gastos extraordinarios previstos e imprevistos; c) para alcanzar un fin especial (v. g. regularidad en la distribución de dividendos); d) destinadas a un mayor desenvolvimiento de la empresa; e) reservas sin destino determinado (de previsión general); f) reservas para primas de seguros.<sup>79</sup> Podemos resumir estas finalidades, diciendo que las reservas tienen función aseguradora de la integridad del capital social —en este sentido es garantía de los acreedores de la empresa—, de previsión de nuevas circunstancias y destinadas a ampliar los medios de acción de la empresa (autofinanciación).

Pero esta ampliación de los medios de acción de la empresa puede resultar no sólo de cuentas especiales con tal fin y que se constituyan con beneficios netos no distribuidos, sino también de cuentas que tengan función aseguradora o de previsión. En este último caso se tratan casi seguramente de reservas ocultas o disimuladas.

#### VIII) RESERVAS DISIMULADAS Y OCULTAS

Reservas disimuladas son aquellas que aparecen en los balances con un monto inferior a su valor real. Las ocultas son aquellas que no son puestas de manifiesto por los balances.

Las principales cuentas o "reservas" del balance que pueden dar lugar a la formación de reservas ocultas son: a) cuentas de amortización; b) cuentas de reservas por deudas inexigibles o dudosas; c) cuentas de reserva o fondos para oscilación del valor de los títulos; d) cuentas o fondos de garantía; e) reservas para siniestros pendientes, o riesgos futuros.<sup>80</sup>

Las reservas disimuladas y ocultas ocasionan tanto ventajas como desventajas. Entre las primeras podemos apuntar: 1) permite disimular una pérdida extraordinaria o una disminución de

<sup>79</sup> CASSAGNO SERRES, *op. cit.*, págs. 13-15.

<sup>80</sup> *Cfr.*, DE GREGORIO, *id.*, págs. 406-413: sintetizamos en la exposición todos los análisis que hace el autor sin considerar, empero, todas las hipótesis que enumera el autor, sino sólo las que estimamos más importantes.

beneficios ocurridos durante el curso de un ejercicio, sin detrimento del capital, evitando la brusquedad de una baja en la cotización de las acciones y obligaciones;<sup>21</sup> 2) puede ser necesario acudir a ellas para mantener el prestigio de una empresa y de sus valores en bolsa, en cuanto que la aparición de las reservas no es recomendable financieramente sino en el caso de estar seguro el Consejo de Administración de no tener que usar de ellas, o bien de que tengan que desaparecer rápidamente;<sup>22</sup> 3) las reservas ocultas en el fondo de amortización pueden ser especialmente necesarias para permitir a la empresa no solo renovar su material sino para realizar las nuevas inversiones que el progreso técnico exige: es por ello que este tipo de reservas ocultas resultan muchas veces amparadas por el estado.<sup>23</sup>

Entre las desventajas más notorias enumera Gay de Montellá las siguientes: 1) la detracción del dividendo atenta contra el capital; 2) subtrae al balance sus condiciones de sinceridad; 3) lesiona derechos cuando coexisten diferentes categorías de accionistas; 4) puede favorecer la especulación respecto a las personas que están advertidas de la marcha de la empresa.<sup>24</sup>

Teniendo presente las tres primeras desventajas, el grueso de la doctrina se inclina a restarles juridicidad, por lo que, en principio, deberíamos prescindir de este método para producir la autofinanciación de las empresas.

## IX) LA AUTOFINANCIACIÓN POR CONSTITUCIÓN DE RESERVAS LIBRES. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

El medio jurídico más importante y, por otra parte, el más aceptado doctrinariamente para que pueda operarse la autofinanciación de las empresas —y, especialmente, de las sociedades anónimas— es la constitución de reservas especiales por medio de beneficios líquidos no distribuidos.

Este método de autofinanciación engendra delicados problemas jurídicos, a los que nos referiremos en la segunda parte de

<sup>21</sup> = GAY DE MONTELLÁ, *op. cit.*, pág. 77, pág. 263.

<sup>22</sup> El art. 96 del TU de la ley sobre la imposición directa establece que: "El período de amortización de las nuevas plantas y de la ampliación, transformación y reconstrucción de las plantas existentes, puede en propuesta del contribuyente reducirse en un más de dos quintos. En tal caso la amortización tiene iniciación desde el ejercicio en el cual el gasto es realizado y se añade a las cuotas normales en el dicho ejercicio y en los tres sucesivos, una ulterior cuota no superior al quince por ciento de los gastos." TANCREDI BIANCHI, *op. cit.*, pág. 206. Para el desarrollo del tema: págs. 200 a 208.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, parág. 77, págs. 202-4.

este trabajo. Problemas jurídicos que resultan —como la mayoría de las hipótesis que normativiza el derecho— de un previo conflicto de intereses entre partes económicamente diferenciadas. Estas partes son: el accionista individual, la empresa como institución y la sociedad en general.

Por una parte la mayoría de la doctrina y legislación nacional y extranjera reconoce un derecho del accionista al dividendo. Por otra, también se reconocen a los administradores o a la Asamblea de accionistas el derecho de limitar la distribución de beneficios teniendo presente las necesidades de conservación y progreso de las empresas (autofinanciación). Finalmente el estado, guardián de los intereses de la comunidad, aparece como interesado en el progreso de toda esa comunidad en conjunto, y por lo tanto interesado en favorecer el proceso de continua inversión de las empresas.

## Segunda parte

### ASPECTOS JURIDICOS DEL PROBLEMA DE LA AUTOFINANCIACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

#### I) Introducción

Nos hemos referido en el párrafo anterior a que la protección que hace la doctrina al accionista individual se centra, en el caso en estudio, en el reconocimiento de un derecho al dividendo. Pero esa misma doctrina suele distinguir entre tres especies de este derecho: derecho abstracto al dividendo, derecho al reparto periódico de utilidades, derecho concreto al dividendo.

Asimismo hemos aludido a la preocupación de la doctrina por la suerte de la empresa, que necesita de la constitución de reservas por medio de beneficios líquidos no distribuidos para ampliar o conservar sus medios de acción económicos. Ella suele distinguir, en este último caso, si las reservas están o no previstas en el estatuto y las opiniones divergen, especialmente, en cuanto se trata de determinar cuáles son los órganos, y en qué condiciones, encargados de constituir tales reservas.

A continuación trataremos de ir considerando sucesivamente estas alternativas.

## II) DERECHO ABSTRACTO A LAS UTILIDADES

Para una buena parte de la doctrina el derecho al dividendo es uno de los derechos individuales que le corresponden al accionista por el solo hecho de ser tal. De allí que no podamos entrar al análisis de ese derecho sin tener, siquiera, una idea somera de la teoría de los derechos individuales de los accionistas.

### a) Teoría de los derechos individuales de los accionistas.

La teoría denominada en Alemania de los "sonderrechte" y en Suiza de los "derechos adquiridos" consiste en reconocer a los accionistas la existencia de ciertos derechos que se derivan directamente de la ley o de los estatutos, y que son independientes de las resoluciones de la Asamblea general o de la Administración.<sup>22</sup>

Se elaboró en Alemania en torno al art. 35 del Código Civil sobre Asociaciones aplicable a las Sociedades Anónimas y en Suiza sobre la base del 627 del antiguo texto y del 948 de la nueva ley. En Francia, en cambio, por leyes de noviembre de 1913 y mayo de 1930 se niega la posibilidad de crear mediante el estatuto otros derechos intangibles al lado de los declarados expresamente como tales por la ley.<sup>23</sup> En Brasil la ley confiere al accionista unos derechos de los que ni los estatutos ni la asamblea podrán privarle.<sup>24</sup> En España contempla tales derechos el art. 39 de la nueva ley de sociedades del año 1951.

Para ejemplificar cuáles son estos derechos podemos enumerar los que confiere la acción en Estados Unidos: 1) El derecho al control y a la administración, de los cuales el principal es el derecho al voto; 2) el derecho de propiedad, que incluye el derecho al dividendo y al activo social, el de ser registrado como accionista y el privilegio de no responder por las deudas sociales; 3) el derecho de protección y reparación que comprende los derechos de información e inspección, de impugnar los actos ilegales, y, en general los derivados del common law, la equity o la ley en los casos en que se atente contra los derechos del accionista.<sup>25</sup>

La fundamentación de tales derechos —para Ripert— se ha hecho en la doctrina desde un doble ángulo: 1) considerándolos

<sup>22</sup> Cfr. ROBERTO GOLDSCHMIDT, "Problemas Jurídicos de las Soc. Anónimas", Ed. Depalma, Bs. As., 1948, pág. 49. Cfr. GARGO, "Sociedades Anónimas", Ediar Editores, Bs. As., 1954, t. II, pág. 167 y arts. Cfr. SOLA CASZARES, "Trat. de Sociedades por acciones en el Derecho Comparado", Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1957, t. I, págs. 33-34.

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, *id.*, pág. 49.

<sup>24</sup> SOLA CASZARES, *id.*, págs. 129-130.

<sup>25</sup> *Id.*, *id.*, pág. 390.

un efecto del contrato de sociedad, en cuanto el accionista no puede verse privado de los derechos que se le han atribuido por contrato, salvo si se ha admitido anticipadamente que podría imponérsele una renuncia o modificación; 2) o entendiéndose que resultan de ser la sociedad anónima parecida al estado de constitución democrática. La primera fundamentación la parece atacable a Ripert por el hecho de que la mayoría de las leyes permiten la modificación de los estatutos en todas sus disposiciones; nosotros agregamos por nuestra parte, que tales derechos son reconocidos en muchos casos directamente por la ley y el estatuto no puede violarlos. La segunda teoría le merece la objeción de que en un estado los derechos individuales de los ciudadanos son inherentes a la naturaleza humana, lo que no sucede en el caso de la sociedad anónima.

De allí que Ripert se incline por una tercera fundamentación: la sociedad anónima es una creación del estado, que tiene como característica estructural limitar el poder de los órganos de la sociedad en beneficio de los accionistas; el accionista que defiende su derecho, contribuye con su defensa a la limitación de este poder y mantener la construcción jurídica en su regularidad".<sup>38</sup>

Para Ascarelli no se pueden hablar en rigor de derechos individuales de los socios, sino que de la posición o "status" de socio se derivan a la vez deberes, derechos (algunos patrimoniales y otros no patrimoniales) y facultades. Los derechos y facultades extrapatrimoniales garantizarían ciertos derechos patrimoniales, como el derecho al dividendo y el de participación en las utilidades.<sup>39</sup>

Con todo, gran parte de la doctrina moderna —expresa Bodenheimer—, es contraria a reconocer derechos subjetivos a los socios. Se inclina más bien a resolver el problema de la protección de los miembros de una entidad, en cuanto opone a la autonomía de las entidades ciertos límites objetivos (principios de igualdad, buenas costumbres), principios que tienen la ventaja de ser menos rígidos y absolutos que los derechos subjetivos y ser, por lo tanto, más aptos para adaptarse al carácter dinámico de la vida económica moderna.<sup>40</sup>

También pueden provenir críticas con respecto a la existencia de tales derechos subjetivos, y en tanto reconocan una fundamentación contractual, de la teoría de la institución. Reconocida la Sociedad anónima como una institución y no como una entidad

<sup>38</sup> RIPERT, "Trat. Elemental de D. Comercial", t. II, págs. 350-351.

<sup>39</sup> TULLIO ASCARELLI, "Principios y problemas de las Sociedades Anónimas", Colección de Estudios Jurídicos, Imprenta Universitaria, México, 1951, págs. 46-47.

<sup>40</sup> Cit. por GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 66.

de naturaleza contractual, tiene determinados fines sociales que realizar. Los derechos e intereses privados deben, muchas veces subordinarse a tales fines. De aquí que los derechos de los socios no se determinen en el acto constitutivo de una manera definitiva sino que puedan ser modificados si la vida o la prosperidad de la sociedad lo exigen.<sup>43</sup>

Pero aún admitida la existencia de derechos individuales del accionista, y que el derecho al dividendo es uno de ellos, nos resta todavía determinar el alcance de éste.

#### b) *Derecho abstracto a las utilidades.*

Para Sussini la doctrina suele distinguir entre el derecho del accionista a las utilidades netas y el derecho al reparto periódico de éstas.<sup>44</sup> Las consecuencias de tal distinción serían las siguientes: el primero es inderogable tanto por el estatuto como por la asamblea general, en cuanto se trata de un derecho individual que protege al accionista; el segundo, en cambio, complementario del anterior es renunciable no sólo individualmente, sino que podría ser suprimido por el estatuto social o posteriormente por reformas de estatutos por la asamblea general.<sup>45</sup>

Dejaremos para un tratamiento posterior el segundo de estos derechos, el del reparto periódico de utilidades, y haremos ahora unas breves consideraciones sobre el primero de ellos: el derecho a las utilidades netas o derecho abstracto al dividendo.

Su fundamentación puede ser diversa: 1) en algunos casos surge explícitamente de la ley, como en el Brasil,<sup>46</sup> en la nueva ley Suiza (art. 646 III), en el nuevo código italiano de 1942 (art. 2350: cada acción atribuye el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas y del patrimonio netos resultante de la liquidación. . .), en la nueva ley, sobre sociedades anónimas, española de 1951 (art. 39 inc. 1), en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades de Malagarriga y Astiria; 2) en otros casos se la encuentra en el Código Civil, al considerar la causa del contrato

<sup>43</sup> RIFERT, *id.*, pág. 18.

<sup>44</sup> MIGUEL SUSSINI (h), "Los dividendos de las S. A.", Ed. Depalma, Bs. As., 1951, págs. 46-47. Cfr., RIFERT, *op. cit.*, pág. 369: "El derecho del accionista no es, pues, un derecho a exigir cada año una parte de los beneficios; es sólo el derecho a no ser indebidamente privado de sus derechos sobre los beneficios realizados y las reservas constituidas". Cfr., también DE GREGORIO, en BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE, *D. Comercial*, t. 6, vol. I de Sociedades, pág. 574.

<sup>45</sup> SUSSINI, *id.*, 54. Ver infra IV, respecto a la última parte de la opinión de Sussini.

<sup>46</sup> SOLA CARIZARES, *id.*, tomo I, págs. 129-130.

de sociedad.<sup>44</sup> Así para Odróizola resulta el derecho analizado de la finalidad del contrato de sociedad y de su propio objeto que es partir el lucro que pueda resultar de la explotación comercial.<sup>45</sup>

Sin entrar a discutir la primera fundamentación, que depende de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, podemos señalar que la segunda no puede aceptarse sin ciertas críticas. Tales críticas resultan del cambio institucional operado en las sociedades anónimas que implica que, muchas veces, los accionistas no se hagan parte de la sociedad con el ánimo de vivir todas sus vicisitudes (*affectio societatis*) y ni siquiera con el deseo de obtener un lucro que emane de los propios negocios sociales. Por el contrario tal ánimo de lucro puede tener motivaciones completamente diversas como las que resume Solá Cañizares acertadamente: 1) para hacer una inversión de capital y en este sentido la práctica ha creado acciones a interés fijo; 2) para hacer especulaciones con los títulos; 3) para realizar una determinada política industrial, comercial o financiera (sociedades "holdings"); aquí desaparece la idea de lucro respecto de la sociedad que se desea controlar; 4) para asegurar la existencia de un servicio público o de una empresa de interés público (estado accionista). "Todo esto —síntetiza Solá Cañizares— nos muestra como un elemento esencial, la finalidad de lucro, falta a menudo en los pretendidos socios de la llamada sociedad anónima".<sup>46</sup>

De allí que el derecho al dividendo, si no resulta de una explícita creación de la ley, sería de existencia discutible, salvo que se aceptara como causa del contrato de sociedad anónima una idea más amplia que la tradicional.

### III) DERECHO AL REPARTO PERIÓDICO DE UTILIDADES

Admitido sin discusión por la mayoría de la doctrina —que, en general, no se hace eco de las críticas precedentes— la existencia de un derecho abstracto al dividendo, una parte de los autores que se ocupan del tema intentan fundamentar, luego, la existencia del derecho al reparto periódico de utilidades.

Fundamentación que podemos sintetizar brevemente así:

1) Desde un punto de vista rigurosamente dogmático puede afirmarse que no existen utilidades hasta la finalización de la

<sup>44</sup> DE GREGORIO, en *Boletín-Rocco-Vivante*, II, pág. 374. DE GREGORIO, en "Los Balances de las S. A. Su régimen jurídico"; Ed. Depalma, Bs. As., 1950, pág. 85.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, párrafo IV.

<sup>46</sup> En "La crisis del concepto jurídico clásico aplicable a la empresa por acciones" (L. L., t. 48, pág. 388).

empresa y consiguiente liquidación. Hasta ese momento no se puede establecer cuáles son las ganancias o pérdidas que ha producido la sociedad durante su vida.

2) Pero la costumbre y necesidades prácticas imponen la determinación periódica de utilidades, pues el aplazamiento de utilidades hasta la liquidación sólo sería posible en sociedades constituidas por corto plazo, o con el objeto de realizar una única operación comercial.

3) Además este derecho surge implícitamente de diferentes artículos del código de comercio (292 inc. 3, 361, 364, 847 inc. 2, 848 p. 1 del Código de Comercio) y 1755 del Código Civil.<sup>48</sup>

4) Este derecho no constituye un elemento esencial al contrato de sociedad anónima, sino que es un elemento normal a él. Sería esencial si su ausencia o limitación pudieran hacer viciar de nulidad el contrato. Pero la doctrina, que estamos sintetizando, entiende que es un elemento normal del contrato de sociedad, y que por lo tanto puede ser dejado sin efecto tanto en el mismo contrato, como posteriormente por medio de la reforma de estatutos.<sup>49</sup>

La consecuencia más importante que se deriva de esta opinión doctrinaria es que, como se entiende que el derecho al reparto periódico de utilidades es un derecho implícito, en ausencia de una cláusula estatutaria expresa que permitiera a la asamblea ordinaria disponer de parte de los beneficios (cláusula permisiva), ésta no podría constituir reservas especiales sin utilizar el procedimiento de reforma de los estatutos.

Más adelante nos haremos cargo de esta consecuencia. Ahora simplemente resumiremos un conjunto de argumentos que pueden oponerse a los que sustentan la existencia de un derecho al reparto periódico de utilidades.

1) Mientras los autores citados admiten la existencia de una costumbre en la determinación periódica de utilidades, Vivante ya señalaba que en los contratos de sociedad desde el siglo XIV era costumbre liquidar las ganancias al cumplirse el término fijado para la duración de la sociedad. Y que esa misma costumbre prevalecía, actualmente en Italia, donde las sociedades destinan una parte importante de utilidades para aumento de capital.<sup>50</sup> También para Rivarola existe en las sociedades anónimas un uso

<sup>48</sup> Cfr. SUSSINI, *op. cit.*, págs. 40-41. Cfr. HALPERIN, "Manual de Sociedades Anónimas", Cap. V, pág. 170. Cfr. DE GREGORIO, "Los Balances de las S. A.", pág. 89 y *sigts.*

<sup>49</sup> SUSSINI, *id.*, pág. 45; HALPERIN, *id.*, pág. 171; DE GREGORIO, *id.*, págs. 100-101.

<sup>50</sup> Cit. por SUSSINI, págs. 43-44.

constante en la formación de reservas para dar mayor solidez a los negocios sociales para ampliar los mismos y para preservar a la sociedad de recurrir a nuevas suscripciones de capital en el futuro.<sup>52</sup> La importancia de las cifras de la autofinanciación que hemos expuesto en la primera parte permitiría inducir la existencia de una costumbre de este tipo. Pero aun cuando pudiera acreditarse la existencia de un uso como el que alude la doctrina nacional hay que recordar —con Messineo— que un uso siempre es derogable por otro uso.<sup>53</sup>

2) En cuanto a los artículos de los que surge implícitamente tal derecho en nuestro ordenamiento legal nos merece las siguientes consideraciones:

a) el art. 1755 del Código Civil, citado en apoyo de su tesis por Sussini, no establece ninguna obligación de repartir ganancias anualmente: sólo se refiere a la actitud del acreedor frente al socio deudor, en el caso de que se le hubieren asignado a éste una parte de las utilidades del ejercicio. Más aún, señala la posibilidad de que el socio, teniendo utilidades asignadas, no tuviera el derecho de retirarlas de la sociedad.

b) el 292 inc. 3 del Código de Comercio establece que la escritura de la sociedad debe contener las bases para la formación de los balances, y el cálculo y distribución de utilidades. No impone ninguna obligación de que haya que hacerse un reparto periódico de utilidades. Ni siquiera se prevé tal situación en subsidio de estipulación expresa al respecto.

c) el 361 impone a los directores a fin de cada año la obligación de presentar (entre otras cosas) "la propuesta del dividendo o fondo de reserva en su caso". Es de notar, en primer lugar, que se trata de una obligación de los directores y que la asamblea puede no seguir la propuesta que ellos hagan. En segundo término el artículo contempla la propuesta de un fondo de reserva por los directores, con lo que implícitamente el artículo establece la legitimidad de tal tipo de fondos. Pero será siempre la asamblea la que decidirá, al considerar tal propuesta, el "quantum" del dividendo repartible o del fondo de reserva a constituir.

d) el art. 364 establece la obligatoriedad de que el reparto hecho a los accionistas sea sobre la base de beneficios irrevocablemente realizados y líquidos, comprobados en la forma determinada en el código y los estatutos de la sociedad. Con esto se intenta proteger la integridad del capital. Pero de aquí no se

<sup>52</sup> Cfr., "Sociedades Anónimas"; Librería y Editorial "El Ateneo", 4ta. ed., Bs. As., 1942, págs. 469-81.

<sup>53</sup> "Manual de Derecho Civil y Comercial"; Ediciones Europa-América, Bs. As., 1955, t. V, págs. 508-9.

puede inducir la existencia de un derecho al reparto periódico de utilidades: el artículo no menciona el caso de que habiendo utilidades líquidas y realizadas éstas deban ser repartidas.<sup>64</sup>

e) Finalmente los artículos 847 y 848 al disponer la prescripción de las distintas acciones sociales no establecen como caso autónomo la prescripción de una acción que resulta de la violación del derecho al reparto periódico. De allí que la aplicación de tales artículos implica la demostración previa de la existencia del derecho que se trata de reconocer.

Es importante señalar, aquí, que en países como España en donde la legislación reconoce expresamente la existencia de un derecho al dividendo, no se pretende deducir de él la obligación por parte de la sociedad de repartir todas las utilidades del ejercicio. Así Garrigues-Uría derivan de tal derecho dos consecuencias: protege al accionista contra cualquier posible acto social que pretenda excluirle en la participación de los beneficios obtenidos por la empresa (v. g. acuerdos entre accionistas para privar a otros de su participación), y lo proteger, además, contra la posible decisión de la sociedad de no repartir los beneficios que obtenga, reservándolos indefinidamente. Pero la existencia de tal derecho no impediría que la sociedad, por la decisión de la mayoría de la Junta General, substráyese al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio económico en la medida que una norma de prudencia y de protección de los intereses sociales así lo aconseje.

Rivarola, por su parte, teniendo en cuenta de que el dividendo está sometido a la condición de existir beneficios y de que su reparto está, igualmente, sometido a la condición de encontrarse éstos disponibles, opina de que el derecho al dividendo consiste para el accionista, en no ser privado de la parte de beneficios disponibles. Es decir que, para este autor, el derecho al dividendo consiste en un simple derecho concreto al mismo.<sup>65</sup> Y agrega, que si bien el destino de las utilidades es el reparto, de ello no se deduce que, entre el momento en que se producen esas utilidades y el momento en que se hayan de distribuir, no pueda existir un tiempo intermedio en que su destino sea otro que el reparto. No partir ahora las utilidades no importa negar que hayan de partirse en el futuro.<sup>66</sup>

De todo lo que antecede podemos concluir que el reconocimiento de la existencia de un derecho al reparto periódico de utilidades es una cuestión dudosa. Nosotros negamos la existencia de un tal derecho, al menos con respecto a nuestra legislación.

<sup>64</sup> Cfr., RIVAROLA, op. cit., pág. 458.

<sup>65</sup> "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", 2a. ed., Madrid, 1933, t. I, pág. 461 y sgts.

<sup>66</sup> Cfr., op. cit., pág. 462 y sgts.

<sup>67</sup> Id., op. cit., págs. 460-461.

#### IV) CONSTITUCIÓN DE RESERVAS SI ESTÁN PREVISTAS EN EL ESTATUTO

La doctrina nacional y extranjera contempla el problema de la constitución de reservas por parte de la asamblea en diferentes formas según éstas estén o no previstas en los estatutos. A continuación contemplaremos el primero de estos casos.

La constitución de reservas puede estar previstas en los estatutos en diferentes maneras: 1) como reservas estatutarias, es decir, indicadas en los estatutos originariamente o por vía de reforma: en este caso de las utilidades anuales se separa la suma que corresponde a las reservas previstas en los mismos; 2) como reservas facultativas: éstas no se imponen al Directorio en la confección del balance, sino que se someten a la prudencia de los órganos sociales.<sup>28</sup>

La doctrina nacional coincide en que si el estatuto prevé la posibilidad de crear reservas extraordinarias, las resoluciones de la asamblea instituyéndolas serían legítimas y no prosperaría la oposición a su creación por parte de los accionistas y demás participantes de las utilidades.<sup>29</sup>

Como excepción, en el derecho comparado, a esta solución podemos mencionar al decreto ley brasileño sobre S. A. del 26 de septiembre de 1940, que establece en su artículo 130 que en caso de existir fondos de reserva previstos en el estatuto, no puede asignarse la totalidad de utilidades a tal fin. Y por otra parte el monto de los fondos de reserva establecidos estatutariamente en ningún caso pueden sobrepasar la cifra del capital social realizado.<sup>30</sup>

Es, sin embargo, un caso que reconoce muy pocos similares, en el derecho comparado, que más bien se inclina a soluciones distintas (ver punto V, "C").

#### V) CASO EN QUE LA CONSTITUCIÓN DE RESERVAS NO ESTÁ PREVISTA EN EL ESTATUTO

La doctrina y legislación comparadas difieren en este caso sobre qué órgano ( y con qué mayorías la asamblea) puede constituir tales reservas. A continuación contemplaremos las sucesivas hipótesis.

<sup>28</sup> HALPERIN, *op. cit.*, pág. 282.

<sup>29</sup> Cf., SUSSINI, *op. cit.*, págs. 54-55; HALPERIN

<sup>30</sup> Cf., SUSSINI, *op. cit.*, pág. 51.

a) *No puede constituirse por la asamblea.*

Muy pocas opiniones doctrinarias o legislativas niegan absolutamente a la asamblea, la posibilidad de constituir reservas, en el caso de que éstas no estén previstas por los estatutos. A lo sumo le imponen la adopción de tal medida por el procedimiento de reforma de estatutos, como lo apreciaremos en el párrafo subsiguiente. Con todo en la doctrina nacional podemos citar la opinión de Garo, que disiente en este aspecto del resto de la doctrina nacional.

Para Garo<sup>21</sup> ni con la mayoría simple, ni con las mayorías previstas en el art. 354 del Código de Comercio (para reforma de estatutos) pueden crearse reservas que impliquen la retención de los beneficios por tiempo indefinido o la supresión en absoluto de todo dividendo, porque éste es un derecho fundamental de todo accionista. Únicamente puede tomarse tal decisión por voluntad unánime de todos los accionistas y en una asamblea extraordinaria. Y agrega como fundamentación —la que traduce un evidente error de concepto— que ello es así porque tal decisión puede equipararse a un aumento del capital social o porque constituye una verdadera modificación de los estatutos.

En cuanto al derecho comparado, sólo el caso de la ley chilena adscribiría a tal posición doctrinaria, ya que para Solá Cañizares en ese país no podrían formarse por acuerdo de la asamblea reservas que no estuvieran previstas en la ley o en los estatutos, "por ser las reservas incompatibles con la finalidad establecida por el art. 466 del Código de Comercio."<sup>22</sup>

b) *Puede constituirse la Asamblea por el procedimiento de reforma de estatutos.*

La mayoría de la doctrina nacional se adscribe a esta solución.

Así para Halperín "en ausencia de una cláusula estatutaria expresa la Asamblea de accionistas carece de facultades para suprimir la distribución, ni para crear reservas irrevocables que sean incompatibles con la naturaleza y finalidad de la institución: serían aumentos disfrazados del capital social, requerirían la mayoría y el quórum previstos por el 354 Código de Comercio, y darían lugar al ejercicio del derecho de receso, porque el derecho al dividendo no se origina en los estatutos, sino que se deriva de la ley y la costumbre".<sup>23</sup> Reconocería como excepción a esta

<sup>21</sup> Op. cit., págs. 149-150.

<sup>22</sup> Op. cit., t. I, pág. 283.

<sup>23</sup> Op. cit., págs. 170-171.

solución el caso de tratarse de una simple postergación de la distribución, teniendo en cuenta las conveniencias sociales.<sup>92</sup>

Coinciden en lo sustancial con esta solución: Malagarriga,<sup>93</sup> Fernández,<sup>94</sup> Timmermann,<sup>95</sup> Allegria<sup>96</sup> y Sussini.<sup>97</sup>

La fundamentación que da la doctrina es, pues, doble: 1) se trataría de un aumento disfrazado de capital social; 2) porque el derecho al dividendo (como derecho al reparto periódico de utilidades) se fundamenta en la ley y en la costumbre y requeriría para ser dejado sin efecto una expresa disposición estatutaria.

Nos hemos hecho cargo de la segunda fundamentación en el número III de esta segunda parte. Ahora nos restaría decir, con respecto a la primera que las reservas se convertirían en capital social sólo cuando se las distribuyera en acciones. Impide la asimilación de las reservas al capital el hecho de constituirse éstas con diferentes finalidades que las hace ser muchas veces aleatorias, mientras que el capital es siempre invariable. Y aún aquellas que se constituyen con el fin de acrecentar los medios de desenvolvimiento económico de la empresa (autofinanciación), podrían ser dejadas, en cualquier momento, sin efecto por la Asamblea, por las mismas mayorías con que las constituyó. En el mismo sentido que nuestra opinión Garrigues recuerda que no todo beneficio que pase ya a la reserva es ya capital.<sup>98</sup>

La solución sería diferente —como lo hace notar el propio Garrigues— si los estatutos previesen la distribución del beneficio neto, estableciendo los porcentajes correspondientes a cada grupo de participes. Es evidente que, en tal caso, la formación de un fondo de reserva extraordinario, sólo podría ser acordada por la Asamblea, previa la modificación del correspondiente precepto estatutario sobre distribución del dividendo.<sup>99</sup> Sólo existiendo tal tipo de cláusula tendrían sentido fallos como el de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala III, al establecer que desde que los beneficios están bien determinados, ellos pertenecen a los accionistas en la medida fijada por los estatutos.<sup>100</sup> En cambio, cuando los estatutos guarden silencio sobre esta distribución —prosigue diciendo Garrigues— o se limiten a decir que la Junta

<sup>92</sup> Cfr., op. cit., pág. 171.

<sup>93</sup> Cfr., "Tratado Elemental de D. Comercial"; Tipográfica Editora Argentina S. A., Bs. As., 1955, págs. 497-98.

<sup>94</sup> Op. cit., pág. 548.

<sup>95</sup> Op. cit., pág. 179.

<sup>96</sup> Cfr., "Cuadernos de Legislación ordenados N° 5", Bs. As., 1963, págs. 80-1.

<sup>97</sup> Cfr. op. cit., págs. 58-59.

<sup>98</sup> Cfr., "Tratado de Derecho Mercantil", Revista de D. Mercantil, Madrid, 1947, t. I, vol. II, pág. 713.

<sup>99</sup> Cfr. op. cit., pág. 713.

<sup>100</sup> Fallo de marzo 3/1939. L. L., t. 13, pág. 737.

General determinará cada año el dividendo que ha de repartirse a los accionistas, parece que la Junta General recobra su soberanía para fijar el "quantum" del dividendo, y que esta soberanía sólo reconoce como límite la imposibilidad de negar en absoluto el derecho al dividendo.<sup>23</sup>

c) *Puede constituirse la Asamblea por mayoría simple.*

La solución de que pueden constituirse reservas libres o extraordinarias por simple mayoría de la asamblea ordinaria, es la opinión minoritaria en la doctrina nacional, pero la que encuentra mayor eco en la doctrina y legislación extranjera.

En nuestro derecho tal solución puede fundamentarse como sigue: 1) si no pueden constituirse reservas por simple mayoría, se impide la posibilidad de producirse el autofinanciamiento de las sociedades anónimas; 2) no existe norma legal expresa que imponga la distribución periódica de utilidades, ni tal solución se deriva implícitamente de la ley; está prevista la consideración anual pero no su reparto (arts. 361 y 363 Cód. Com.); 3) las decisiones de la sociedad deben surgir de la voluntad de la mayoría, válidamente expresadas en la Asamblea de los accionistas;<sup>24</sup> 4) el destino temporario de los beneficios en poder de la sociedad estaría reconocido por el art. 315 del Cód. de Com. al referirse a la "masa social compuesta del fondo social y de los beneficios acumulados", con lo que se admite, precisamente, que existen beneficios no distribuidos;<sup>25</sup> 5) existiría un uso constante entre las sociedades que acreditaría la acumulación de beneficios no distribuidos; 6) finalmente, el 361 in fine acordaría implícitamente a la Asamblea la posibilidad de considerar por simple mayoría el contenido del fondo de reserva y de los dividendos a repartir al analizar la propuesta hecha por los directores.

Estimamos que pueden citarse en apoyo de esta tesis los fallos jurisprudenciales que han establecido que "la exigibilidad del dividendo de las sociedades anónimas depende de la pertinente resolución de la asamblea que aprueba su distribución. En tanto ello no ocurra, las utilidades no pertenecen a los accionistas sino a la sociedad".<sup>26</sup> "El derecho al cobro del dividendo nace una vez realizada la Asamblea que dispone su pago, o bien desde que se levanta el acta que así lo determina".<sup>27</sup> De acuerdo a estos fallos,

<sup>23</sup> Cfr., op. cit., págs. 715-16.

<sup>24</sup> Cfr., respecto a los tres primeros argumentos, ODRIOZOLA, op. cit., punto IV.

<sup>25</sup> Cfr., RIVAROLA, op. cit., pág. 460.

<sup>26</sup> Cámara Apelaciones Rosario, en pleno, octubre 6/1948. R. SF. 20-127.

<sup>27</sup> Cámara N. Comercial. Sala C., febrero 24/1961. El Derecho, 1963, t. VI, págs. 202-3.

entonces, no existe un derecho al reparto periódico de utilidades que nazca con independencia de la previa decisión de la Asamblea. La Asamblea debe considerar la propuesta de dividendo o el fondo de reserva en su caso, y por mayoría simple determinar cual habrá de ser el contenido de uno u otro. Sin embargo un fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Rosario negó tal facultad a la Asamblea.<sup>78</sup>

La mayoría de la doctrina y legislación comparada se inclina por la solución que examinamos.

Así para Alemania, el Código de Comercio establecía en su artículo 271, párrafo 3, que las decisiones de la Asamblea general que estableciesen reservas extraordinarias no podían ser impugnadas sino por un accionista o grupo de accionistas que reuniesen, al menos 1/20 parte del capital social.<sup>79</sup> La distribución o no de dividendos es materia reservada a la Asamblea, la que delibera sin quórum por mayoría simple, salvo que los estatutos requieran mayoría reforzada o se trate de modificación de estatutos (mayoría de 3/4 partes del capital social).<sup>80</sup>

Con respecto a Francia opina Ripert que la Asamblea General tiene el derecho de no distribuir todos los beneficios, pero su decisión debe estar inspirada por justos motivos (entre los que no parece estar, para el autor, la acumulación de beneficios no distribuidos). Es decir, que la Asamblea no podría de manera arbitraria privar indefinidamente a la minería de toda distribución.<sup>81</sup> Sin embargo la jurisprudencia francesa moderna afirma no sólo las atribuciones de la Asamblea General para deducir de los beneficios las sumas necesarias para asegurar el porvenir de la sociedad en previsión a todas las eventualidades posibles, sino que legitima el empleo de beneficios en el acrecentamiento del activo social, y admite las facultades de ese cuerpo para distribuir únicamente el dividendo que estime compatible con una sana administración y el buen desarrollo de los negocios sociales.<sup>82</sup> Es particularmente importante el fallo de la Sala Comercial de la Corte de Casación Francesa, de abril de 1961, que revocó el de la Corte de París y admitió que la Asamblea General pudiese disponer la constitución de reservas no previstas en los estatutos, siempre que no sea un caso de abuso del derecho.<sup>83</sup>

Con respecto a Italia el 2433 del nuevo código expresa que

<sup>78</sup> Marzo 3/1939, L. L., t. 12, pág. 757.

<sup>79</sup> Cfr. SUSSINI, op. cit., pág. 61.

<sup>80</sup> SOLA CASTELLARES, op. cit., t. I, págs. 26-27. Nos resulta confusa la opinión de FISHER, "Las Sociedades Anónimas. Su régimen jurídico", Ed. Reus S. A., Madrid, 1934, págs. 88-90.

<sup>81</sup> Cfr. op. cit., págs. 508-509.

<sup>82</sup> Cfr. SUSSINI, op. cit., págs. 58-60.

<sup>83</sup> Citado por ODRIOZOLA, op. cit., punto IV.

"la Asamblea que aprueba el balance delibera sobre la distribución de utilidades a los socios". La Asamblea, por simple mayoría, puede moderar la distribución de utilidades y, difícilmente una impugnación (hecha por un accionista) de la deliberación de la misma, que fije en una medida excesivamente restringida tal distribución, puede desembocar en su anulación.<sup>84</sup>

En Suiza están previstas en la ley las reservas legales y estatutarias. Las libres son acordadas por la Asamblea, y su tratamiento y decisión no están incluidos dentro de las mayorías especiales previstas por la ley.<sup>85</sup>

En lo que atañe a Gran Bretaña la Asamblea General puede tratar cualquier tema: las decisiones ordinarias se toman por mayoría simple. Las que exigen mayorías extraordinarias están expresamente establecidas en la ley: entre éstas no figura la decisión que hace a la distribución de beneficios. De allí que tal decisión pueda ser tomada por simple mayoría.<sup>86</sup>

Con respecto a España, durante la vigencia del Código de Comercio Joaquín Garrigues<sup>87</sup> admitía que la Junta General era libre para decidir la creación de reservas extraordinarias en beneficio de la economía de la empresa, si bien reconocía que los acuerdos de este orden debían ser remitidos en última instancia a la apreciación de los tribunales de justicia, que decidirían en cada caso sobre la necesidad y oportunidad de la medida adoptada. El autor señalaba, también, que la orientación moderna de la legislación y jurisprudencia iba en sentido de acordar a la Junta General amplias facultades para defender el interés de la empresa mediante la constitución de reservas. La nueva ley española de 1951 acuerda en su artículo 59 a la Junta General ordinaria resolver sobre la distribución de los beneficios, y ello a pesar de reconocer al accionista un derecho al dividendo por su artículo 39. El derecho a exigir el dividendo está condicionado al previo acuerdo de la Junta.<sup>88</sup>

#### d) Puede constituirse por los directores.

Esta posibilidad no se da en nuestro derecho, sino en los países sajones —como Estados Unidos—, o en los países de derecho continental cuyas leyes admiten —como la Suiza<sup>89</sup>— que el Directorio pueda crear reservas ocultas.

<sup>84</sup> MESSINEO, *op. cit.*, pág. 504.

<sup>85</sup> Cfr. SOLA CARIZARES, *op. cit.*, t. II, págs. 474 y 483-84.

<sup>86</sup> Cfr. SOLA CARIZARES, *op. cit.*, t. II, págs. 50-51.

<sup>87</sup> Cfr. *op. cit.*, págs. 413-18.

<sup>88</sup> Cfr. GARRIGUES-URLA, *op. cit.*, págs. 493-3.

<sup>89</sup> Cfr. SUSSINI, *op. cit.*, pág. 56.

Con respecto a los Estados Unidos, el balance y la distribución de dividendos no es necesario que sean aprobados por la Asamblea, ya que se considera como una función propia de los administradores, quienes, incluso, pueden modificar los estatutos (by-laws) sin necesidad de acuerdo de la Asamblea. Se considera a la aprobación de cuentas y dividendos como una función normal de la administración —ordinar y business—. <sup>80</sup> Y la jurisprudencia predominante en Estados Unidos reconoce al Directorio facultades muy amplias para constituir reservas para distintos fines, inclusive para expandir la empresa.<sup>81</sup> Dentro de esta corriente jurisprudencial el fallo de la C. S. Michigan en el caso Dodge vs. Ford Motors Co., al que hace alusión Odriozola, es un caso excepcional.

#### VI) LIMITACIONES A LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA O DEL DIRECTORIO

Prácticamente la totalidad de los autores que reconocen a la Asamblea ordinaria la facultad de constituir por mayoría simple reservas extraordinarias se preocupan por establecer límites a su decisión. Lo propio sucede, en los Estados Unidos, respecto a las decisiones de los directores.

Estas limitaciones han sido clasificadas por Solá Cañizares<sup>82</sup> en tres tipos de protecciones: 1) legal, que puede ser directa (reconocimiento a los accionistas individualmente o a una minoría de éstos de determinados derechos) o indirecta (cuando se exigen para cierto tipo de acuerdos mayorías especiales o de quorums mayores que los habituales); 2) jurisprudencial; cuando se trata de poner límites a la competencia de la Asamblea General (se utilizan diferentes fórmulas tales como, v. g., abuso del derecho, desviación del poder, noción de "fraud on the minority", doctrina del "ultra vires", teoría institucional, aplicación de disposiciones del derecho común); 3) estatutarias.

De estos tres tipos de limitaciones estimamos que la que mejor concilia los intereses de los accionistas individuales, de la propia empresa, e incluso el del estado, es el segundo de ellos. La protección jurisprudencial del accionista permite impedir, a través de la utilización de fórmulas de amplio contenido, que las decisiones de la empresa se inspiren en motivos que sólo beneficiarían a una minoría de los accionistas y no a la empresa en su conjunto. Se trata de un medio más flexible, como hemos visto

<sup>80</sup> Cfr. SOLA CAÑIZARES, l. , pág. 402; id., págs. 495, 413-13.

<sup>81</sup> Cfr. SASSINI, op. cit., págs. 69-96. SOLA CAÑIZARES, págs. 429-30.

<sup>82</sup> Cfr. l. III, p. 4g. 161 y sigs.

al considerar la teoría de los derechos individuales del accionista, de proteger los intereses de éstos sin descuidar las necesidades propias de la empresa.

#### VII) CONCLUSIONES

En la primera parte del trabajo tratamos de exponer la importancia de la autofinanciación, para la marcha de las empresas y para la economía general del estado. Del balance de sus ventajas y desventajas nos quedó un saldo positivo que influyó en nuestra consideración de la faz jurídica del problema.

Así a lo largo de la segunda parte intentamos ir, sucesivamente, removiendo los obstáculos jurídicos que se presentaban para que se produjera el fenómeno del autofinanciamiento de las sociedades anónimas por el método de la constitución de reservas libres. Con este fin pusimos en duda la existencia de un derecho abstracto a las utilidades, negamos la existencia de un derecho al reparto periódico de éstas y consideramos que la Asamblea ordinaria, por simple mayoría podía constituir tal tipo de reservas.

Finalmente, considerando también legítima la protección de los accionistas individuales, estimamos que tal protección podría producirse eficazmente a través de la labor de los jueces, operada por medio de fórmulas amplias que permitieran revertir las decisiones de la Asamblea.



## LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

JUAN ERNESTO CAMBIASO

La existencia de ciertos entes, evidentemente distintos a los seres humanos, pero sujetos de derecho como ellos, empíricamente improbables pero jurídica e históricamente imprescindibles, ha hecho que los estudiosos de lo jurídico dedicaran gran parte de su tiempo y mucha de su energía intelectual para llegar a comprender la naturaleza jurídica de la sociedad. Tanto ha sido así que Tullio Ascarelli pudo afirmar que en los países de lengua latina éste es el objeto principal de la disputa dogmática.

Esta búsqueda no es intrascendente, porque al determinar la naturaleza de un instituto jurídico solucionamos en gran parte el problema de los jueces y los abogados, así como el de los legos que se sirven de él, acoplando al instituto la serie de principios generales que acompañan a todos aquéllos otros que comparten su naturaleza, así como los propios que se derivan de ella. Es decir que el jurista en este trabajo sigue primeramente un camino inductivo ascendente hasta aclarar la cuestión oscura y luego otro deductivo descendente al tratar de derivar de la naturaleza los principios que le son implícitos.

La legislación continental no dudó en incluir a la sociedad entre los contratos sin hacer salvedad mayor, considerándolo un contrato de cambio con algunas peculiaridades.

Pero la teoría general del contrato del siglo pasado no era lo suficientemente amplia como para comprender al de sociedad sin distorsionarse a sí misma. Las nuevas teorías contractuales fueron ampliando el concepto de contrato, liberándolo del imperativo de referirse a dos declaraciones simétricas y antitéticas de voluntad.

Louis Jesserand en un artículo publicado en 1836 que denominó "El Desarrollo Moderno del Derecho Contractual" niega valor para el derecho positivo a la sentencia con que Cicerón calificaba al derecho natural como el verdadero derecho, aquella ley

tanto sempiterna como inmutable, por demasiado simplista, artificial y desgajada de la verdad cual es que el derecho es una ciencia social que estudia la sociedad humana en constante devenir. Observa Josseland un desarrollo cuantitativo así como cualitativo de la institución contractual. Ejemplo de este último es la ampliación del contenido obligatorio de los contratos respecto de terceros.<sup>1</sup>

Pero afirmar esta ampliación del número de contratos como del alcance del objeto de la obligación emergente implican de parte de quienes lo aceptan y como primer paso lógico, una ampliación del concepto mismo de contrato "admitiendo en él todas las voluntades concurrentes emitidas y unidas con ánimo de producir obligaciones, sin distinguir acerca de las condiciones en que se produce esta unión, ni en razón de los resultados, fugaces, temporales o permanentes a que conduce". Es decir que existe contrato "aun cuando el negocio jurídico no se refiera a dos declaraciones simétricas y antitéticas de voluntad, y aun cuando no entrara por consiguiente en el molde de la stipulatio romana" (palabras del mismo Josseland).<sup>2</sup>

No todos aceptaron dar este paso conceptual, y solucionaron el flagrante problema de diversas maneras:

Messa por su parte sostiene que es un contrato bilateral, independiente del número de partes intervinientes. Las características propias emanan de la existencia de pluralidad de obligaciones y del fin social, aunque la sociedad sea de dos socios; de ahí la peculiaridad de los efectos del incumplimiento.<sup>3</sup>

En 1892 Kuntze desarrolló la teoría del "Gesamtakt" o acto complejo en el cual las voluntades individuales no sólo son interdependientes y juegan unidas sino que se funden en una sola y misma voluntad, no habiendo por lo tanto ni siquiera contrato.<sup>4</sup>

Tres años más tarde Gierke en su libro "Deutsches Privatrecht" publicado en Leipzig, partiendo de la insuficiencia explicativa del contrato, sobre todo respecto de terceros y de los socios frente a la corporación elabora la teoría denominada "del acto social constitutivo", que es la culminación de la idea de Kuntze. Ve en la sociedad un acto unilateral formado por la voluntad de los socios dirigida a la creación de una persona distinta de ellos.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> LOUIS JOSSELAND, "El Desarrollo Moderno del Derecho Contractual", La Ley, 1936, t. II.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Citado por I. HALPERIN en "Sociedades Comerciales, Parte General", Depalma, 1966, pág. 11.

<sup>4</sup> KUNTZE, "Der Gesamtakt als neuer Rechtsbegriff", en "Festschrift der Leipziger Juristen Fakultät f. Mueller", 1892.

<sup>5</sup> GIERKE, "Deutsches Privatrecht, Leipzig, 1835.

La teoría del acto colectivo fue sostenida en Alemania por Witta y en Italia por Messineo en su libro "Studi".<sup>2</sup> Afirman que esta voluntad no es única sino una voluntad pluripersonal formada por yuxtaposición e interdependencia de las voluntades singulares para la satisfacción de intereses paralelos. Es una mera suma de voluntades, diferente de la única y compleja de Gierke, y no una síntesis de ellas como en el contrato.

Otros autores italianos, Soprano y Salandra, llegaron por esta vía a una solución mixta, aplicando la teoría del acto complejo a las relaciones de la sociedad con terceros y sosteniendo el contrato para explicar el vínculo entre los socios. Es decir que la sociedad sería simultáneamente un acto bilateral contractual y uno unilateral; en palabras de Ascarelli "un acto doble: contrato y declaración colectiva unilateral hacia terceros".<sup>3</sup>

Por otro camino marcharon Renard y Hauriou al desarrollar la teoría de la institución, concebida como una idea de obra que se realiza y perdura en un medio social, caracterizada por las notas siguientes: una idea directriz, un principio de autoridad que hace realizable la idea, existencia de identidad o comunión entre los socios. Esta teoría tiene como virtud describir algunos de los aspectos de las sociedades anónimas, pero su contenido jurídico es inferior al sociológico, por lo que el objeto de su estudio es distinto que el del nuestro: ella estudia la sociedad como fenómeno social y no como instituto jurídico.<sup>4 7 8</sup>

Contra la actitud doctrinaria que se opone a ver en la sociedad intereses contrapuestos y niegan por eso su naturaleza contractual afirmase que esta contraposición se da tanto en el momento de la constitución cuanto durante la vida de las mismas: en la creación durante el proceso de evaluación de aportes; a lo largo de su funcionamiento en la distribución de dividendos o en el caso de aumento de capital, o en cualquier decisión de la mayoría; en la liquidación con los problemas de partición del haber societario. Por eso Ascarelli observa con Ferri, a quien transcribe, que la "unión entre prestaciones y realizaciones del interés individual no es directa, sino que pasa a través de un diafragma que es al efecto representado por la actividad social con la consecuencia de que la prestación no tanto es, como en los contratos de

<sup>2</sup> MESSINEO, Citado por I. HALPERIN en "Sociedades Comerciales. Parte General", Depalma, 1966, pág. 12.

<sup>3</sup> SOPRANO y SALANDRA, Citados por GERVASIO COLOMBRES, "Curso de Derecho Societario. Parte I", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, pág. 20.

<sup>4</sup> M. HAURIOU, "La Théorie de l'Institution et de la Fondation", en 4<sup>e</sup> Ann. Cahier de la Nouvelle Journée", Paris, 1925.

<sup>7</sup> G. RENARD, "La Théorie de l'Institution Essai d'ontologie juridique", 1<sup>er</sup> vol. partie juridique, Paris, 1930.

cambio, destinada a realizar el interés de la otra parte, cuanto es destinada a permitir el desenvolvimiento de aquella actividad de la cual dependerá luego la realización del interés individual". Característica que no da como exclusiva del contrato plurilateral sino de todos aquéllos destinados al ejercicio de una actividad frente a terceros, cuando la actividad es común.

Diferenciar a la sociedad del resto de los contratos por "el fin común de los socios" merece también críticas. La sociedad no es un fin en sí misma, es un medio o instrumento jurídico. Tampoco tiene un fin propio. Los fines son de los socios, la sociedad sólo tiene un objeto que es su destino, el campo de su actividad.<sup>12</sup>

El "fin común de los socios" aparece cuando ellos todavía no son tales, y es querer la sociedad y moverse para crearla, satisfacer por su intermedio intereses personales. No hay por lo tanto fin común de los socios sino fin común de las personas independientes, el que al realizarse por la creación de la sociedad los transforma en socios, y ser socio quiere decir haber creado un medio para tratar de satisfacer intereses no coincidentes ni paralelos. El fin común es el inspirador del medio, que es realizado por personas singulares, y que otorga a los participantes en su creación la calidad de socios por el propio hecho de la participación en esa comunidad de medios y poderes, como la llamó Ferri.

La forma cómo estas personas crean el medio común es la siguiente: Concurren con sus voluntades inspirados por el fin común, las coordinan y estatifican de acuerdo con una síntesis lograda de intereses contrapuestos. Y esto no es más que un contrato de muchas partes, un contrato plurilateral, que debemos distinguir del contrato de cambio en lo siguiente: mientras el objeto de los contratos de cambio puede ser un "do ut des", un "do ut facias" o un "facio ut des", el contenido de los contratos plurilaterales puede ser alternativa o conjuntamente un "do ut dent", un "do ut faciant" o un "facio ut dent". Sólo hemos vertido al plural la fórmula tradicional, y en ese plural comprendemos todas las nuevas relaciones que se presentan en la sociedad: de los socios entre sí, de ellos con la sociedad, es decir todas las figuras que se presentarán al momento de la creación del contrato o con la acción jurídica de la persona jurídica que de él emana, relaciones que Ascarelli ve con los caracteres de la circularidad.

A esta altura de los hechos el "fin común de los socios" no existe más, pues ese fin parajurídico, psicológico y motivacional que tanta importancia tenía antes de la creación del contrato,

<sup>12</sup> H. P. FARGOLI, "En torno al contrato de Sociedad", *Jurisprudencia Argentina*, 1958-1, Sec. Doctr., pág. 63 y sigs.

pues era el que iba a determinar su creación así como su contenido, al ser un logro, un objetivo alcanzado, desaparece como tal. Es así que un objetivo común ha hecho que los intereses contrapuestos como tales se reunieran y trataran de satisfacer en forma de sociedad intereses que siguen siendo individuales. Nadie al comprar acciones de una sociedad anónima en bolsa o suscribir parte de una serie junto con varios miles de individuos se va a preocupar de tener un fin común con ellos, buscará, eso sí, satisfacer sus propios deseos tratando de sacar la mayor ventaja lícita de su aportación; ha sin duda alguna contratado. Lo único común entre los socios es querer formar una sociedad o participar en ella, es decir, el simple deseo de contratar, de la misma manera que lo único común entre un comprador y un vendedor es celebrar el contrato que llamamos de compraventa.

Ese medio o instrumento jurídico, organizado como persona jurídica tiene origen en un contrato plurilateral que por organizarla se llama de organización y que contiene en forma mediata, ex-lege, y en forma inmediata, un conjunto de normas que van a regir parcialmente la conducta de ciertos individuos que crean por ellas su propio sistema de emitir la voluntad común y obligarse comúnmente en y a través de la sociedad.

Este contrato plurilateral le organización, llamado sociedad, debe ser distinguido del llamado negocio pluripersonal, en la que hay un negocio jurídico pluripersonal, pero, y aquí está el quid de la cuestión, unilateral; hay un conjunto de declaraciones de voluntad de varias personas que forman una sola parte, que obran todas en una única dirección en protección de un interés único o centro de interés. En cambio el negocio jurídico plurilateral se caracteriza por la existencia de pluralidad de partes, de intereses parciales que hacen que las partes actúen movidas hacia distintos centros de interés. No hay entre ellas similitud alguna. Para mayor claridad de esta diferencia T. Ascarelli en el segundo párrafo del quinto capítulo de sus "Saggi di Diritto Commerciale" distingue del contrato plurilateral la pluralidad que Messineo había indicado en la delegación (concebida, en contraste con la doctrina dominante, como negocio único), y en la constitución de dote de parte de un tercero, hablando al efecto de negocio plurilateral. En ese sentido dice: "Las dos categorías parían en realidad de una diversa fenomenología y llegaban en cuanto a la sociedad a conclusiones opuestas, en virtud del lógico desarrollo de premisas opuestas, si bien que el recurso común a un mismo adjetivo no hubiera debido producir confusión".

"Jamás se pensó en aproximar sociedad y delegación pues:

- a) Contrato de un número indeterminado de partes en un caso; negocio (negocio único) necesariamente de tres (no más ni menos de tres) partes en el otro.

"b) Falta en el primer caso de aquella tipicidad del objeto de la prestación que en vez sí subsiste en el segundo.

"c) Subsistencia en un caso de una identidad del tipo de los derechos de todas las partes; Inexistencia por el contrario en el segundo.

"d) Aplicabilidad en el primer caso de una disciplina peculiar (y distinta de aquella general de los contratos) en relación con los efectos de la validez y los vicios de la adhesión singular sobre la suerte del contrato; Inaplicabilidad en el segundo.

"e) Situación que llamaría circular en el primer caso y en cambio (según la imagen tradicional para la delegación) triangular en el segundo.

"f) Afirmación en la primera doctrina de la contractualidad de la sociedad y negación de esta contractualidad en la segunda doctrina."

Hecha esta salvedad enumeraremos en primer lugar los caracteres de este contrato cuya naturaleza jurídica acabamos de determinar, a continuación de lo cual, y consecuente con lo afirmado en la primera parte sobre la importancia de la determinación de la naturaleza de un instituto jurídico, seguirán los corolarios que se derivan de su naturaleza contractual, plurilateral y organizativa.

Con respecto a los caracteres de la sociedad diremos que es un contrato consensual, conmutativo, de formación instantánea o por un proceso de constitución sucesiva o por un único acto abierto a posteriores adhesiones, oneroso, de ejecución continuada (carácter que se deriva no de los aportes debidos y no integrados sino de su naturaleza organizativa).

Parte de la doctrina, así Brunetti, y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial propugna la bilateralidad del contrato. Por su parte el Dr. Isaac Halperín dice que no se debe confundir onerosidad con bilateralidad y compartiendo la opinión con Greco afirma que las prestaciones no están destinadas a contraponerse o a entrecruzarse sino que concurren a un objetivo común, que consecuentes con lo dicho anteriormente no puede ser más que la satisfacción de intereses particulares y la unión de las prestaciones a través del diafragma de la actividad social de que hablaba Ferri. Asimismo el Dr. Halperín distingue el contrato asociativo del contrato de cambio en que el incumplimiento no autoriza la rescisión sino la exclusión del socio; la exceptio non adimpleti contractus no se aplica si el objeto es realizable y en que la posibilidad y necesidad de cumplir el fin social y la continuidad de la sociedad dominan la igualdad de deberes y derechos existentes.

Siguiendo con el desarrollo previsto podemos deducir de la naturaleza jurídica de la sociedad y de sus caracteres como contrato los siguientes corolarios que completan la descripción que pretendemos lograr en este trabajo.

El primero de ellos es que hay dos o más partes, a diferencia de lo que ocurre con el contrato bilateral de cambio. En segundo lugar todos los participantes son titulares de derechos y de obligaciones, sin excepción. Cada una de las partes está vinculada por derechos y obligaciones hacia las demás y con la sociedad, en una situación que tiene los caracteres de la circularidad.

Otros corolarios son la posible complejidad del iter de constitución sucesiva si la ley lo permite. La asamblea constitutiva podrá, si se le permite en la ley, pronunciarse por simple mayoría. Es la comunión de fin del contrato, autónomo del mismo, la que fija los límites de los derechos y obligaciones de las partes.

En cuanto al efecto de los vicios sobre la existencia de la sociedad debemos remarcar que el dolo deberá existir en la voluntad de todas las partes para volutar el contrato. Asimismo la ilicitud de la adhesión singular es netamente diferente de la ilicitud del objeto de la sociedad; aquel produce la separación del socio y la disminución del capital social, éste nulifica el contrato todo. Es decir que hay que distinguir siempre el vicio de la adhesión singular del vicio del contrato.

No existe tampoco sinalagma funcional: el incumplimiento de una de las partes deja existente el contrato; no se aplican entre los socios el pacto comisorio tácito o la excepción de incumplimiento. El ingreso y egreso de socios se produce sin que exista novación. Por respecto a la seguridad de los socios los efectos de la nulidad son *ex-nunc* y no *ex-tunc*.

Del carácter instrumental del contrato se deriva que la ejecución de la obligación de las partes no agota el contrato sino que es premisa de la actividad posterior; por lo que deberá haber necesariamente un término de duración y deberán estar previstos legal o estatutariamente los regímenes de disolución y liquidación. Por el mismo carácter instrumental habrá también un fondo común.

De la pluralidad de partes y relaciones se postula necesariamente, dada aquella circularidad de la que hablaba Ascarelli, la falta de un contenido típico en las prestaciones de las partes, y la identidad del tipo de derecho de las mismas, es decir que los elementos variables son la cantidad del género en que consistan y el objeto de las obligaciones que les son recíprocas. La relación de equivalencia se da, pero establecida en relación con todos los demás cocontratantes.

El destino de las prestaciones es el nuevo sujeto y no el o los cocontratantes como en el contrato de cambio. Por ello, aunque los intereses sean opuestos, la satisfacción es común. Los fines de los contratantes son, como hemos visto, obtener utilidades o bien gozar de bienes y servicios.

Con el desarrollo de estas deducciones derivadas de principios más generales, analizadas en nuestra doctrina contemporánea por los doctores Isaac Halperin y Gervasio Colombres, a quienes hemos seguido en su desenvolvimiento, se completó el cuadro que pretendíamos tener de la naturaleza jurídica de la sociedad.<sup>11</sup>

El problema se centró en tres objetos principales de estudio: El primero fue si la bilateralidad era esencial al contrato. Hemos visto que no hay tal y que la pluralidad no es ajena al concepto de contrato. El segundo fue si en la sociedad había o no una pluralidad de centros de interés; hemos demostrado la afirmativa y visto que lo único común es la voluntad de contratar. El tercero y último fue conciliar esta pluralidad de intereses y el motivo común en relación a la falta de un objeto típico de las varias prestaciones; lo que hemos podido hacer gracias al aporte conceptual de Ferri y a la claridad de la imagen del diafragma de la actividad social en el que se realiza la unión indirecta entre las prestaciones y las realizaciones del interés individual.

Por fin con los caracteres del contrato y los corolarios de su naturaleza jurídica terminamos el presente estudio con la esperanza de que se pueda decir de él que es útil y cierto.

<sup>11</sup> I. HALPERIN, *op. cit.*, pág. 29 y siguientes. GERVASIO COLOMBRES, *op. cit.*, pág. 31 y siguientes.

## AUTOCRACIA vs. DEMOCRACIA EN PLATÓN

MARÍA EUGENIA URQUIJO

En el Instituto de Filosofía del Derecho de nuestra Facultad, un grupo dirigido por los Dres. Eugenio Bulygin y Jorge A. Bacqué, e integrado por los abogados Olga Bruera, Astrid Gómez, María Elena Paternoster, María Eugenia Urquijo y César Siculer, el escribano Bartolomé Tiscornia y los Sres. Juan Cambiasso, Adolfo Colembres, Armando D'Onofrio, Abel Fleitas, Gervasio Iglesias, Carlos Nino y Rafael Saiegh, dedicó dos horas por semana, durante el segundo cuatrimestre del año pasado, a la asistencia a un Seminario sobre "Autocracia vs. Democracia en Platón". Se utilizaron como textos básicos "La República" de Platón y el Libro I de "La Sociedad Abierta y sus Enemigos" de Karl Popper.

Entre los asistentes al seminario se repartieron los capítulos del libro de Popper, comprometiéndose cada uno a tener listo un trabajo de síntesis del mismo, incluyendo las citas correspondientes de "La República", para una fecha determinada, entregándolo por escrito una semana antes del día señalado para su exposición y crítica.

Las tres primeras clases, a fin de dar tiempo a los primeros expositores para preparar sus trabajos, se destinaron a una introducción general sobre el concepto de democracia, a cargo del doctor Eugenio Bulygin, y una exposición sobre el concepto de Igualdad, en base a la obra de Bena y Peters "Principios Sociales y el Estado Democrático", a cargo del Dr. Jorge A. Bacqué.

Los trabajos se presentaron con puntualidad, se leyó y se discutió, a veces largamente, cada uno de los temas tratados. El interés se mantuvo constante y, ante el buen resultado, creemos que vale la pena, dada la actualidad e importancia del tema, dar a conocer la labor desarrollada, en forma de resumen de lo expuesto, de algunas de las polémicas suscitadas y de las conclusiones generales a que llegamos al terminar el seminario.

## I. HISTORICISMO - MITO DEL DESTINO - HERÁCLITO - TEORÍA DE LAS FORMAS E IDEAS (a cargo de Gervasio Iglesias y Carlos Nino)

**Historicismo:** Popper clasifica en dos tendencias las diferentes concepciones del desarrollo histórico de la humanidad: Historicismo e Ingeniería Social, según veremos más adelante con mayor detalle. En la corriente historicista, enseña Popper aquellas doctrinas que conciben al hombre como un simple instrumento del desarrollo, sujeto a leyes inmutables y fatales, a las que no puede sustraerse; por oposición, la Ingeniería Social, admite la posibilidad de decisión del hombre, en su papel de artífice de su destino. El historicismo, puede subdividirse en: telista (incluye la concepción del "pueblo elegido") y económico-naturalista (corrientes racistas y el marxismo).

**Heráclito:** Antes de referirse a Platón, considerando la gran influencia que sobre éste tuvo, Popper analiza brevemente las ideas de Heráclito; hasta su aparición, la filosofía griega concibió el mundo como una estructura fundamentalmente estática, cuya sustancia componían los objetos materiales. Heráclito introduce una concepción historicista de tipo telista, que ejercerá notable influencia sobre la filosofía posterior; para éste, el mundo es un proceso colosal, la suma de los cambios, no ya un todo estático, sino el conjunto de una serie de hechos; ese cambio, no es caótico, obedece a una razón, a una sabiduría universal (ley del destino). A través de su teoría de la "identidad de los opuestos", enuncia un verdadero relativismo: el continuo fluir hace que las cosas pasen de un estado a otro que le es opuesto; frío-calor, vida-muerte, húmedo-seco, etc. y la armonía resulta de las oposiciones que nos permiten apreciar uno y otro extremo; los opuestos se pertenecen, para los dioses todas las cosas son iguales, el bien y el mal, son lo mismo. Pero, pese a su relativismo, hay en Heráclito algo bueno por encima de todo: la fama eterna.

**Teoría platónica de las ideas:** Como es sabido, Platón concibe dos mundos: el sensible o de los objetos materiales y el inteligible de los conceptos-o-ideas; el primero no es más que el conjunto de *formas* transitorias, imperfectas, simples reproducciones de las ideas que son puras, perfectas, inmutables. Adoptando Platón la teoría del cambio permanente, que obedece a una ley universal, introduce dos elementos nuevos: a) todo cambio social es decadencia y degeneración y b) el esfuerzo humano puede contener ese proceso, que no es, por tanto, fatal (este elemento lo desvía del historicismo). El continuo fluir va alejando las cosas del mundo perfecto de las ideas, cuyo fin marcó la "caída del hombre"; cada nuevo cambio implica un paso adelante (o hacia atrás) que nos aleja de las formas, dificultando aún más la posibilidad de

detención del proceso degenerador. Postula, en base a estas ideas, la supresión del cambio político.

## II. CAMISO Y ROSCO (a cargo del Esc. Bartolomé Tiscornia)

Si las "ideas" son perfectas y buenas, todo aquello que las preserva será bien y todo lo que las destruya mal; el cambio es el mal y el reposo es divino. Platón observa el crecimiento de los estados, a medida que cambian, para llegar a conocer la "idea del estado": la forma de sociedad original es el reinado de los hombres sabios, ciudad-estado ideal, tan próxima a la perfección que es difícil que llegue a cambiar (recordemos que cuanto más nos aproximamos a la idea, menores son las posibilidades o peligro de cambio). Los períodos de la degeneración del ideal de estado son: timocracia (reemplazo de los sabios por los nobles), oligarquía (reemplazo de los nobles por los ricos), democracia (ausencia de leyes) y tiranía. Para remediar estas enfermedades sociales, las condiciones que deben darse son: división de la sociedad en castas (magistrados, militares y artesanos); unidad de la clase gobernante de los magistrados (mediante un sistema comunista, la ausencia de contacto entre las castas y la educación reservada como prerrogativa a la clase gobernante).

## III. NATURALIZA Y CONVENCION (a cargo de los señores J. Cambiasso y A. Colombres)

El fin del tribalismo coincide con el descubrimiento por parte del hombre de que su sociedad está regida por normas convencionales, que lejos de ser inalterables, surgen del arbitrio humano; ni son leyes de la naturaleza, ni manifestaciones de una inexorable voluntad divina. Platón rechaza este descubrimiento; exige que la sociedad se rija por las leyes que surgen de su propia naturaleza; hay que descartar todo lo creado por el hombre artificialmente, como único medio de remediar los males sociales. Compara la sociedad con una especie de super hombre, su funcionamiento responde a leyes iguales a las de la biología; su buen funcionamiento, de que esas leyes se cumplan, de que los individuos obren en función del todo, así como cada órgano del cuerpo humano cumple una función armónica con cada uno de los otros. La decadencia resultará de sustraer al individuo de la función que "naturalmente" está llamado a desempeñar.

**Objeciones:** La función que el hombre debe desempeñar en sociedad, no está determinada por la naturaleza; la capacidad, la vocación y demás elementos que impulsan al individuo a cumplir

una función determinada, no dependen, al menos exclusivamente, de factores naturales, sino también del medio, la educación, es decir, de factores adquiridos; no hay predestinación natural.

#### IV. LA JUSTICIA TOTALITARIA (a cargo de la Dra. Astrid Gómez)

Fundado en la sociología historicista y en la teoría de las ideas (cambio-reposo), elabora Platón su programa político, tendiente a detener la evolución, logrando el estado perfecto: a) División en clases; b) Identificación del destino del estado con el de la clase gobernante; c) Monopolio de la educación por la clase gobernante; d) Censura de la actividad intelectual por la clase gobernante y propaganda para "unificar mentes"; e) Autarquía económica del Estado. Dado que el estado perfecto es lo bueno, justicia será todo lo que interese al logro y conservación de lo bueno, o sea del estado perfecto; y como éste implica el gobierno de una clase privilegiada, la justicia se identifica con este tipo de gobierno. Para una teoría humanitaria, en cambio, la justicia se identifica con la igualdad.

**Objeciones:** Se destacó el peligro de aceptar la posibilidad de conocer con exactitud cuál es el estado ideal, lo que implica el rechazo de toda opinión que no comparta esta supuesta verdad objetiva. Se criticó la arbitraria definición de justicia de Platón.

#### V. PRINCIPIO DE CONDUCCIÓN (a cargo de la Dra. María Elena Paternoster)

Para Platón, el problema esencial del gobierno está en encontrar a los "buenos gobernantes", en descubrir los medios de llegar a identificar a quienes se encuentran capacitados para tal tarea; para Popper, en encontrar, en fabricar "los medios de evitar que los malos gobernantes causen mucho daño". Para el primero, se gira en torno de las personas, para el segundo, en torno de las instituciones. Platón se pregunta ¿quién debe gobernar?, Popper ¿qué instituciones protegerán a los súbditos del peligro de abusos por parte del gobernante? En cuanto a quién debe gobernar, Platón responde que el sabio, amante y poseedor de la verdad, el rey filósofo. Con esto se conecta la cuestión educacional; la educación para Platón debe ser monopolio de la clase gobernante y destinada a la formación de futuros líderes.

**Objeciones:** Platón suprime la libertad intelectual, la crítica que es base de toda sabiduría, tanto que propone que a los jóvenes se les impida pensar mediante la práctica de ejercicios físicos y el cuidado del cuerpo y sólo en la vejez (ya anulado el espíritu

estético) se les enseña la filosofía dogmáticamente (La República, 498 b). Se dijo por otro lado, que la teoría de Popper, que pone el acento sobre las instituciones, es sin duda más realista; pero, habrá que reconocer que, dada la teoría platónica, lo lógico es que éstas no le preocupen; si bien es criticable la seguridad con que afirma que el filósofo es, por definición, quien conoce la verdad, como si ésta fuera accesible sólo para aquél; pero dado esto por sentado, más la creencia en una selección natural, es lógico que no se planteen el problema de las instituciones emanadas de la voluntad humana, sino el de los medios para descubrir al que, por naturaleza, debe ser el gobernante; por lo demás, todo verdadero filósofo va a alcanzar la verdad única, coincidiendo con los demás filósofos gobernantes; luego, la libertad intelectual y el espíritu crítico estarán de más, pues no habrá posibilidad de error.

#### VI. EL FILÓSOFO RUY (a cargo del Dr. César Siculer y el Sr. Rafael Saiegh)

Filósofo es para Platón el que "ama la verdad", sin embargo, admite que éste mienta, "a la manera de remedio". Así, el mito de la sangre y el suelo, será una "noble mentira", destinada a satisfacer la necesidad de explicación de la división de la sociedad en castas y del gobierno de los sabios; los hombres a quienes los dioses han hecho de oro, deben gobernar, los de plata serán sus auxiliares, los de hierro y cobre campesinos y demás clases productoras; los metales son hereditarios y Popper ve en esto una inconfundible doctrina racista; parecería que Platón encuentra imposible hacer razonar al pueblo, convierte así las razones en sentimientos, en mitos. Debe gobernar el sabio, porque sólo el sabio tiene contacto con el mundo de las ideas, sólo él puede realizarlas; asimismo, sólo el que conoce las ideas puede conservarlas una vez realizadas, de ahí la importancia de formar a los nuevos gobernantes.

#### VII. INGENIERÍA SOCIAL (a cargo de los Sres. Abel Fleitas y Armando D'Onofrio)

Habíamos dicho que la posibilidad de detención del cambio, introducida por Platón en el historicismo, hace de él un ingeniero social; pero ahora Popper concibe dos formas de ingeniería social: a) utópica (transformación brusca de la sociedad, que persigue grandes fines a largo plazo, en la que ubicaría a Platón) y b) gradualista (transformaciones parciales, a corto plazo). Adhiere a la segunda y su crítica a la primera consiste funda-

mentalmente en los siguientes argumentos: si podemos aceptar que la evolución social responde a leyes causales, es cierto que estas leyes son desconocidas aún para el hombre; por consiguiente, el proponerse grandes y lejanos fines, incluye el peligro de equivocar los medios perjudiciales, a los que justificamos en base a la bondad del fin propuesto (aun cuando ese fin lo justificara), no alcanzemos éste y hayamos sacrificado mucho para obtener nada. En cambio, los pequeños fines que nos proponemos, sin cambiar bruscamente las instituciones, no exigirán más que pequeños sacrificios y, suponiendo que no logremos el fin deseado (cosa que será más fácil, pues tenemos mayores medios a nuestro alcance para predecir los resultados en pequeña escala), el sufrimiento causado con los pequeños medios equivocados no será tan lamentable.

**Objeciones:** Hay casos, justamente aquéllos en los que más interesa encontrar y dar soluciones, porque son los más apremiantes, en los que la ingeniería gradual nada puede hacer, porque en la lucha con grandes intereses y fuerzas opuestas, los pequeños avances se ven frustrados, y no hay más remedio que recurrir a soluciones drásticas y cambios fundamentales, aun a riesgo de equivocar el camino.

#### VIII. LA SOCIEDAD ABIERTA Y SUS ENEMIGOS (a cargo de las Dras. Olga Bruera y María Eugenia Urquijo)

Popper caracteriza la sociedad cerrada como: sociedad mágica, tribal y colectiva; y la sociedad abierta como aquella que exige de los individuos decisiones personales, reflexión racional sobre sus actos y espíritu crítico frente al gobierno y las leyes. La Grecia de Platón marcó el paso de la sociedad tribal a la sociedad abierta; la profunda revolución que este cambio implica, hace trastabillar las instituciones, crea el sentimiento de inseguridad, origina la tensión y la lucha de clases; ante esta situación, Platón busca soluciones, volviendo la mirada hacia la paradisíaca sociedad tribal, que se le aparece como la única capaz de ofrecer al hombre seguridad, anulando el impulso individual y la responsabilidad de cada uno aisladamente. Se nos aparece Atenas como sociedad abierta y Esparta como sociedad cerrada, y estos dos tipos de la Grecia del siglo V a. C., los ve Popper prolongados hasta nuestros días: Atenas, defensora de la igualdad que suprime privilegios, favorecedora de la "mayoría", amante de la libertad, aparece como la precursora de las democracias. Esparta: protectora del tribalismo detenido, cerrada a la ideología individualista, defensora de su autarquía económica, particularista (podemos leer "nacionalista"), y dominadora de pueblos esclavizados, sería

la precursora de los totalitarismos modernos, ceñidos a idéntica línea de pensamiento.

Por último, analiza Popper el proceso operado en Platón; su maestro Sócrates, el gran demócrata, el espíritu amplio, es convertido en vocero de doctrinas totalitarias, en virtud de la traición de su más brillante discípulo. Cree ver en la obra platónica, la lucha de "dos universos dentro de una misma alma"; por un lado su tendencia oligárquica, que le llega por tradición y es, al mismo tiempo, fruto de la experiencia, dado el momento de crisis política en que vive; por otro, la profunda impresión que le causan las teorías humanitarias de su maestro. De ahí, nos dice Popper, su constante afán por hacer que Sócrates se interprete a sí mismo a lo largo de los diálogos; de ahí su continua búsqueda de la unidad y la armonía; y a esa lucha interna atribuye la fascinación que sobre el lector ejerce la obra platónica, porque ese enfrentamiento entre la seguridad y la libertad, entre la facilidad cómoda de obedecer y la responsabilidad difícil de decidir, lo vive aún cada uno de nosotros; porque la época de Platón, aún nos pertenece.

Cautivados por la belleza de la obra platónica, rechazamos muchas veces el ensañamiento iconoclasta de Popper; defendimos en Platón lo que vimos como congruente línea de pensamiento, como conclusiones consecuentes con los principios de los cuales había partido; pero algo quedó claro y nos sirve como conclusión final: el gran defecto de la peligrosa política platónica, consiste en partir de la seguridad de poseer la única verdad. Todo gobierno que trate de organizarse sobre esa base, anulará necesariamente la posibilidad de diálogo, acallará las críticas, se estacionará en un punto negando la posibilidad de cambio (aunque para lograrlo deba echar mano a la fuerza, a la esclavitud de pensamiento, a la mentira seductora) y acabará negando la razón. Quienes creen que la sociedad es la obra y la responsabilidad de todos y cada uno de sus miembros, que todos y cada uno tenemos el derecho y la obligación de contribuir a su constante construcción, y que esto no es posible sin la garantía de libertad, que permite la expresión del pensamiento y la posibilidad de crítica racional, que salve los errores, quienes en esto crean, no deben perder de vista el peligro que significa la adopción del "mito" como rector de la organización social; de lo contrario, corremos el riesgo de anular la libertad, condición elemental del mantenimiento de la dignidad humana.



## SHULD Y HAFTUNG

*Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias*

BENITO DANIEL SCHILMAN

### ORIGEN

La deuda (*shuld*) y la responsabilidad (*haftung*) se presentan en la historia del derecho como dos instituciones separadas en un comienzo, y así resulta de los prolijos estudios de Brinz y de Gierke en los textos romanos, como de los realizados por Amira a través de las antiguas costumbres germánica y escandinava.

#### I. — ROMA

Los romanos originariamente hablaban de *nexum* y *obligatio* para designar la situación personal del hombre libre que en razón de haber contraído una deuda quedaba personalmente sometido al acreedor; esa sujeción personal era una consecuencia de la deuda, pero algo distinto a ella. Posteriormente la Ley Poetelia suprimió la sujeción del cuerpo del deudor y lo sustituyó por el sometimiento de su patrimonio en garantía del acreedor; con esto la diferencia apareció menos nítida, pero desde un punto de vista lógico ella subsiste; una cosa es la deuda misma, y otra el hecho de que en razón de esa deuda todo el patrimonio del deudor quede afectado en garantía.

#### II. — GERMANIA

Los autores germanos recogieron la idea de la distinción y matuvieron la diferencia entre *schuld* y *haftung*. En su origen *schuld* era tanto el deber legal de prestar por parte del deudor, como el de recibir del acreedor, de suerte que éste último no nace del cumplimiento como pudiera creerse, pero es simultáneo con el primero.

*Haftung* es un concepto complementario si bien distinto, ya que envuelve la idea de compulsión que no existe en el anterior;

es un poder conferido al titular del crédito para hacer efectivo el shuld.<sup>1</sup> Históricamente nació después que aquí porque al principio quien faltaba al compromiso quedaba "fuera de la paz" como que atentaba contra la comunidad, pero los medios para compelerlo incumbían a ésta y no a la otra parte, y por más enérgicos que fuesen eran indirectos,<sup>2</sup> lo cual no impedía que su patrimonio se confiscara, pudiendo pasar al acreedor en pago de la multa impuesta. Esta transferencia alcanzaba en ocasiones hasta el propio cuerpo del obligado.

Aquello que comenzó como una responsabilidad penal en las relaciones del individuo frente a la comunidad, transformóse con el correr del tiempo en responsabilidad civil respecto del titular del crédito.

### III. — EVOLUCION

Haftung surgió como complemento necesario del deber legal puro (shuld) lo que permitió que poco a poco, bajo la presión de las necesidades y exigencias de la vida social, los dos conceptos llegaran paulatinamente a unirse hasta formar una unidad de tal manera que la responsabilidad terminó por presentarse directamente ligada al deber como una consecuencia del acto que creaba a éste.

Esta unión de ambos aspectos se hizo lógica y cada vez más necesaria a medida que el derecho de las obligaciones se iba desenvolviendo, ya que la seguridad añadida al shuld le daba a éste mayor consistencia y eficacia.

De ahí que se generalizó la práctica de encontrar en toda relación obligatoria ambos elementos, hasta el punto de que ambos fueron confundidos, como correlativos el uno del otro.

Corrientemente se originan simultáneamente en una misma transacción, pero si esto puede volver la distinción entre ellos más difícil, no debe alterar los conceptos mismos.

Gracias a ello puede llegarse a mantener el antiguo concepto que reconocía la existencia de transacciones obligacionales puras, es decir que sólo creaba la shuld (deber jurídico), y transacciones de responsabilidad pura (haftung) a las que la primera idea es ajena; destinada esta última a asegurar el cumplimiento de una prestación ya existente por sí misma.

<sup>1</sup> Derecho de agresión, como lo calificó Enneccerus (Derecho Civil, t. 1. pá. 16).

<sup>2</sup> GOROSTIAGA expresa que ni el acreedor ni el juez podían coaccionarlo directamente al cumplimiento de su obligación (El Código Civil y su Reforma ante el Derecho Comparado, T. 38, p. 131).

En particular, la frecuente realización práctica de tales actos de responsabilidad pura, a los que pertenece ante todo la asunción de una garantía por la deuda de otro, es de mayor significancia para el conocimiento de la distinción conceptual entre *shuld* y *haftung* no sólo para el derecho antiguo, sino también para el moderno.

## CONCEPTO

"La obligación es el vínculo de derecho por el que se nos construye a pagar alguna cosa". Tal la definición de los viejos textos romanos, indiscutida por más de un milenio, creyéndose que ésta era una definición del concepto apropiada a todas las circunstancias independientemente del tiempo y de la localidad. No obstante, algunos romanistas levantaron dudas, especialmente Brinz quien en 1874 atacó el punto de vista prevalente, encontrando que la esencia de la obligación era la sujeción del obligado a la ejecución judicial, es decir el sometimiento de la persona y de los bienes del deudor para el caso de incumplimiento, y estudiando el concepto romano de la obligación descubrió en ella dos elementos distintos: el *debitum* y la *obligatio* o *nexum*, que para emplear el lenguaje moderno podríamos llamar deuda, deber, *shuld*, y responsabilidad, garantía, *haftung*. Algo después Carlos Von Amira, en 1882, investigando el antiguo derecho germánico del norte (fuentes suecas y noruegas), observó que allí también la obligación se descomponía en dos elementos *shuld* y *haftung*; recién mediante este descubrimiento se hizo posible la comprensión del derecho de las obligaciones germánicas. Es de observar que la obra de Von Amira data de 1882 en que apareció su estudio,<sup>2</sup> lo que significa que la distinción precisa entre *shuld* y *haftung* sólo se hizo en los últimos tiempos.

El examen de otros derechos antiguos como el griego y el asirio-babilónico ha demostrado que tampoco en ellos la obligación era un concepto unitario, sino que se descomponía en los dos elementos ya señalados. Recién entonces la doctrina estableció en forma definitiva que no se trataba de una cuestión nacional específica sino de "una distinción lógica indispensable para cada derecho de obligaciones",<sup>3</sup> aunque estuviera deservuelta con más amplitud en un país que en otro.

Conclusión, que como lo expresa Webner, es sorprendente. En el derecho antiguo, *shuld* no entrañaba ninguna idea de compulsión; ésta resultaba de *haftung* que se añadía a aquélla asegu-

<sup>2</sup> Nordgermanisches obligationenrecht.

<sup>3</sup> GOROSTLAGA, op. cit., pág. 124.

rando su ejecución, pero conservando ambas su respectiva independencia.

No era necesario que una persona fuese al mismo tiempo deudor y responsable; se podía ser responsable antes de deber y serlo sin haber debido nunca, de la misma manera que se podía deber sin llegar a ser jamás responsable.

La responsabilidad era una garantía; por ella se debía suministrar una satisfacción en caso de incumplimiento del shuld, pero conserva su independencia frente a éste, al extremo de que históricamente la responsabilidad del tercero ha precedido a la responsabilidad propia.

Estos descubrimientos realizados en el antiguo derecho tuvieron gran repercusión y abrieron una profunda brecha en el concepto unitario y clásico de la obligación que nos habían legado los Institutas de Justiniano.

## SHULD

La deuda (shuld) es el derecho latente o en expectativa del acreedor a la prestación; el deber latente del obligado de cumplir la prestación; el estado o situación de las partes, acreedor y deudor, antes de producirse el cumplimiento de la obligación.

Vale decir que es la situación del deudor que consiste en un deber de cumplir la prestación debida, y correlativamente la situación del acreedor de legítima expectativa de recibir el pago, pero sin tener todavía el derecho de exigir esa prestación.

*I.* — Por shuld se entiende en el sentido más amplio de la palabra, el deber jurídico. Cuando se habla de deber jurídico se tiene en cuenta, en primer término y en forma exclusiva, al deudor para precisar la obligación a su cargo; y que debe cumplir la prestación o el deber de prestar, que además de su aspecto positivo puede presentar un aspecto negativo, cuando la obligación consiste en una abstención, en el deber de abstenerse.

Pero, ¿es único el sentido de esta expresión? Siempre se la usó para expresar la posición del deudor en la relación obligatoria. Sin embargo, germanistas modernos han establecido que ella tuvo y debe tener, una doble acepción tanto cuando se la aplica al obligado o deudor, como al acreedor.

*II.* — *Concepto:* Sutil como es la distinción, resulta difícil precisar el concepto de la relación de shuld como figura jurídica autónoma; ésta debe estudiarse distinguiendo las situaciones del deudor y del acreedor respecto de esta relación.

Shuld, con relación al deudor; es intuitivo que quien ha firmado un contrato debe cumplirlo, hay una verdadera necesidad jurídica de que así sea, pero ¿en qué se funda esa necesidad? No se funda en que en caso de incumplimiento el acreedor ejecutará el patrimonio del deudor, porque esto es una consecuencia pero no una razón determinante; la verdadera razón es que la ley natural y la ley positiva exigen que las obligaciones se cumplan, y esa exigencia constituye algo así como una presión psicológica que se ejerce sobre el deudor. Presión que existe con independencia de las sanciones que la respalden.

La relación de shuld, en lo que al deudor se refiere, radica en ese sometimiento a la necesidad de cumplir la obligación.

El *debitum* (shuld), según Ripert y Boulanger, es la satisfacción que el deudor debe al acreedor que ha depositado en él su confianza.

Shuld, con respecto al acreedor: atribuye al acreedor una situación determinada. Pacchioni la llama expectativa o esperanza dirigida a la prestación; Rocco dice que es un derecho o título para pretender el cumplimiento voluntario. Ese título es también una realidad jurídica autónoma que existe con independencia de que el acreedor tenga medios para hacerlo efectivo.

III. — Según Gierke, shuld es una relación bilateral. Si de una parte constituye el deber de prestar, de la otra es el deber de recibir.

La palabra shuld designaba originariamente no sólo el deber de efectuar la prestación, sino también el derecho a la misma. En este concepto shuld, consideraba la relación de ambas partes como una relación jurídica única a la que se reunía el deber activo de uno y el pasivo de otro.

El deber del deudor u obligado y el deber del acreedor son correlativos y ninguno de ellos puede existir sin el otro.

El contenido jurídico del derecho de las obligaciones consiste en ese deber recíproco. El concepto de deber es de un deber jurídico porque establece una determinación jurídica en virtud de la cual se logra un fin conveniente al sentido del ordenamiento jurídico.

IV. — *Extinción*: El cumplimiento de la prestación por un lado, importa la satisfacción del deber impuesto al deudor por la shuld; éste no puede reclamar lo entregado porque la otra parte se ha limitado a recibir lo que le correspondía; en cuanto al acreedor, a quien se ha satisfecho la prestación, no puede llamar de nuevo a la vida a la shuld aun cuando haya devuelto lo recibido;

debe reconocer que también para él la shuld se ha extinguido y que la otra parte se ha liberado.

Por esta causa tiene el deudor una prestación jurídica para manifestarse y para seguridad de la extinción de la relación obligatoria a través del acreedor. El deber de ambas partes se manifiesta en ese aspecto.

Ambas están obligadas, la primera a cumplir la prestación, la otra a considerar extinguida la relación con ese cumplimiento. El cumplimiento los libera a ambos; la shuld recíproca desaparece recién entonces.

Se cumple lo prometido, la promesa desaparece y el acreedor queda satisfecho, el deudor tiene una acción para que se lo declare liberado y para que se le prometa seguridad.

## HARRUNG

Este aspecto del vínculo obligacional se denomina haftung, expresión que corresponde al latín obligatio. Se la denomina también responsabilidad, garantía, o de otras formas, bindung (vínculo), verpflichtung (vinculación), etc.

*I. — Concepto:* Es el segundo elemento del vínculo obligacional y entra en función cuando se produce el incumplimiento voluntario. El acreedor, llegado el caso, se halla en situación de un titular de verdadero y propio derecho, de un poder de compulsión, de agresión patrimonial, y tiene potestades para dirigirse contra el patrimonio del deudor pues éste se encuentra en un estado de sometimiento que en otras épocas se dirigía contra la persona del deudor (esclavitud-prisión por deudas).

Potestad que la ley confiere al acreedor para que logre que el deudor haga efectiva su deuda forzando el cumplimiento u obteniendo satisfacción por el no cumplimiento.

Por otra parte, las cosas individuales o los patrimonios en su conjunto también pueden estar sometidos a poderes de agresión que emanan no ya de derechos personales del acreedor, sino de derechos reales.

*II. — Significado:* La palabra haftung se emplea en Alemania en distintos sentidos. Frecuentemente significa el estado de sumisión de un objeto a la agresión del acreedor y esta sujeción puede referirse a todo el patrimonio del deudor, o a ciertas partes integrantes del mismo, o también a partes del patrimonio que no pertenecen al deudor.

Pero con igual frecuencia, haftung significa la obligación del deudor mismo según su contenido (responsabilidad del fiador), según la causa de su nacimiento (contractual-extraccontractual).

*III. — Definición:* Popa define la responsabilidad como "el estado de sujeción de una persona o de una cosa al poder de agresión del acreedor, con el fin de obtener por conestrefimiento la prestación para la cual ella ha sido establecida, o en su caso un resarcimiento por el incumplimiento y en la medida de éste.

*IV. — Origen - Características:* Haftung es una idea distinta, aunque complementaria de shuld. En ésta siempre está envuelto un deber legal, jamás una necesidad jurídica.

La idea de compulsión es ajena a la idea de shuld; lo acentúa la realidad históricas que ha permitido explicar el valor complementario de la idea jurídica de haftung.

En el derecho germánico aquél que dejaba de cumplir una obligación se hacía culpable de una violación legal. En este caso podía ser expulsado de la comunidad social y castigado como reo de un delito.

Esta responsabilidad originaria de carácter exclusivamente penal era la única que conocía el antiguo derecho germánico. La obligación dentro de este sistema se reducía al simple deber legal, sin posibilidades de encontrar en ella misma otro elemento dinámico que permitiera hacerla efectiva. La pena sustituía el cumplimiento requerido e impuesto.

Pero con la evolución del derecho y la espiritualización de las instituciones, la idea de la responsabilidad penal excluyente de toda otra, cedió el paso a la idea específica de la responsabilidad contractual. De la obligación en sí misma no resultaba por consiguiente ninguna compulsión.

Se hizo de ese modo necesario complementar la idea de deber con la responsabilidad para lograr la eficacia plena de la prestación prometida, garantizando su ejecución.

*V. — Opinión de Pochioni:* Para la mejor comprensión del concepto de haftung deben distinguirse dos momentos: a) en el primer período de vida de la obligación, que va desde su nacimiento hasta su inexecución, la responsabilidad atribuye simples facultades de control, el acreedor tiene algo así como un superdominio y el deudor vendría a ser un sujeto patrimonialmente semisoberano, o bien a estar sometido a un protectorado patrimonial; b) cuando se produce el incumplimiento, estas facultades se transforman en verdadero derecho de agresión patrimonial dirigido a la satisfacción del interés del acreedor.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> SALVAT, "Obligaciones en general", t. I, pág. 15.

Esa potestad de agresión no es sino la última manifestación de un derecho que el acreedor tiene desde el momento en que la obligación nació, si bien se mantiene como algo puramente virtual mientras la inejecución no se consuma.

*VI. — Naturaleza Jurídica:* Según algunos autores, la facultad de dirigirse ejecutivamente contra el patrimonio del deudor es un verdadero derecho real de prenda sobre ese patrimonio. Así lo concibe Rocco.

Rezonico<sup>6</sup> expresa que haftung significa una especie de mandato legal en favor del acreedor para obtener forzosamente la satisfacción de sus derechos, ejecutando una especie de derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, que nace al contraerse la obligación.

### Distinción

*I. —* La distinción, reducida a su expresión más sencilla, sería la siguiente:<sup>7</sup> la norma jurídica que sanciona una obligación importa un mandato para que el deudor cumpla voluntariamente la prestación, y autoriza al acreedor para exigir ese cumplimiento.

Además, en caso de que el deudor no quiera cumplir voluntariamente, la norma da al acreedor medios para obtener forzosamente satisfacción a sus derechos.

El primer mandato crea entre el deudor y el acreedor una relación de debitum cuyo objeto es la prestación; el segundo mandato legal confiere al acreedor potestades contra el patrimonio del deudor, que constituye la relación de garantía.

*II. — Demogue - Evnexcerus:* Según estos autores, la deuda se refiere a la existencia de la obligación, a la conducta del obligado, o a su deber de comportarse de tal o cual modo respecto del acreedor; y la responsabilidad se refiere a la efectividad de la obligación, al efecto de ésta frente al patrimonio del deudor.

En otros términos, toda obligación tiene dos aspectos o momentos, resulta de dos elementos distintos e independientes: la deuda, schuld, que es el deber jurídico, o el conjunto de razones que determinan la justicia y necesidad de una prestación de una persona a otra, de una transferencia de valor patrimonial entre dos sujetos; y la garantía de cumplimiento de la prestación o haftung, que son los diversos modos coercitivos que la ley pone

<sup>6</sup> "Estudio de las obligaciones", t. I, pág. 32.

<sup>7</sup> Según Rocco, "Cód. Civil Anotado", t. 3, pág. 17.

a disposición del acreedor para que obtenga la prestación a que tiene derecho, es decir la efectividad de la obligación.

*III. — Wiedroheid - Brinz:* Opusieron la idea de haftung a la de obligación o deber (shuld), definiendo a ésta última como un simple deber de efectuar la prestación ajena al derecho positivo, gobernado por la equidad o de contenido meramente moral; y a la primera, como el vínculo jurídico coactivo típico, la facultad que debe realizarse coactivamente, cuyo fin no se limita a procurar el cumplimiento de la deuda, shuld, sino en oposición a ella, procurar al acreedor la reparación o satisfacción precisa por el no cumplimiento de la obligación misma.

Para dar a estos conceptos toda su fuerza, separando el simple deber jurídico de la responsabilidad efectiva, los escritores alemanes recurrieron a la distinción originaria del derecho germánico entre shuld y haftung, a los que principalmente se presentaron como términos definitivamente opuestos en virtud de las particularidades del sistema jurídico reinante en los primeros tiempos, que no armaba al acreedor de ningún poder que lo habilitara para hacer efectiva la obligación asumida por el deudor, en cuanto a la prestación cuyo cumplimiento no podía exigir.

Pero esta separación entre shuld y haftung, que se presentaba como completa y rigurosa en el primitivo derecho germánico, según las últimas conclusiones de la doctrina, no tenía en realidad ese carácter en tiempos más avanzados.

Las fuentes germánicas también admitieron la responsabilidad personal, haftung, como complemento de la obligación, o del deber jurídico (shuld). En ese sentido se definió una tendencia que señalaba esa evolución y que procuraba utilizar los conceptos así fijados, como elementos de evidente utilidad para desentrañar dentro del derecho moderno la esencia verdadera de toda relación obligatoria.

*IV. — Pacchioni:* Tiene en cuenta el "modo" de hacerse valer la pretensión, en tanto que Von Thur distingue los objetos a los que la prestación se refiere. Se discute si la facultad de exigir judicialmente la prestación en especie forma parte de la relación de shuld o de haftung. Pacchioni sostiene que shuld es solamente un título para pretender pero no es una potestad para ejecutar, luego, la demanda de la prestación misma corresponde a haftung. Von Thur en cambio dice: si la relación es entre el acreedor y la prestación, hay relación de shuld; si la relación es entre el acreedor y los otros bienes patrimoniales del deudor, distintos al objeto prometido, hay relación de haftung, la ejecución de la prestación en especie corresponde a la primera de esas relaciones.

V. — *Actual*: El elemento *shuld* es concebido actualmente como una relación jurídica cuyo contenido es un deber jurídico que no implica ninguna idea de necesidad y en el que aquél se agota, no llevando en sí ningún elemento de coacción para lograr el cumplimiento de ese deber o procurar un equivalente al acreedor, y que en consecuencia no crea ningún señorío sobre la persona ni sobre el patrimonio del deudor. Como vemos, la idea de compulsión es totalmente ajena al referido concepto que sólo se hace coercible por la adjudicación del segundo elemento de la obligación, el *haftung*, que somete al deudor al poder de agresión del acreedor, ofreciéndole a éste la posibilidad de lograr lo que se le debe, forzando el cumplimiento u obteniendo la reparación del daño causado por el incumplimiento.

VI. — *Ventajas teóricas*: La distinción de los dos elementos, tiene la ventaja de que expresa con mayor rigor científico la verdadera estructura del vínculo obligatorio y pone de manifiesto la intrínseca heterogeneidad de sus elementos constitutivos.

VII. — *Ventajas prácticas*: La distinción entre *shuld* y *haftung* brinda la mejor explicación de la esencia de las obligaciones naturales en las cuales existe una relación de deuda pero no existe garantía; se mencionan otros casos similares, como por ejemplo: si el acreedor renunciase a su derecho de exigir judicialmente su crédito, no por eso desaparecería el crédito mismo. En otros casos, la distinción permite comprender cómo puede haber relación de *haftung* sin que exista *shuld*, así quien mediante una cláusula penal garantiza una obligación ajena, no está obligado a la prestación sino sólo a la garantía, lo mismo quien promete el hecho ajeno.

Spota<sup>4</sup> especifica que si la *shuld* surgió por obra del anterior dueño de la cosa, el *haftung* (responsabilidad) incide sobre el adquirente de la cosa, por ejemplo: en materia de medianería, la reconstrucción de la pared medianera ha de hacerse a costa exclusiva del actual dueño del fundo, dado que el anterior por su culpa causó la necesidad de reconstruirla, porque la transmisión del dominio se verificó con esa responsabilidad. Es decir que la *shuld* nació en cabeza del anterior propietario, incidiendo la responsabilidad (*haftung*) sobre el sucesor particular de la cosa.

Para Lafaille<sup>5</sup> la cuestión ofrece principalmente un interés histórico y en cierta manera dogmático, ya que permite penetrar en el estado analítico de la obligación, pero no le atribuye ninguna trascendencia práctica.

<sup>4</sup> J. A., 1942, t. III, pág. 963.

<sup>5</sup> "Tratado de Derecho Civil", t. I, pág. 14.

¿Qué valor y significado se ha atribuido a la distinción entre *schuld* y *haftung* en los últimos tiempos?

¿Qué consecuencias prácticas y teóricas se derivan de ella y cuál es su utilidad positiva?

I. — El punto es sumamente controvertido. Mientras algunos proclaman su importancia fundamental, como elemento preciso para la dilucidación de numerosos problemas vinculados a la esencia misma del derecho y a su técnica, otros limitan su trascendencia. Lo que es indiscutible es que ambos conceptos designan ideas distintas y son empleados con ese fin: lo que separa a los intérpretes es simplemente el criterio que deberá seguirse para señalar la distinción. Los escritores aceptan en principio que toda relación obligacional presenta un aspecto positivo, deuda o *schuld*, y un aspecto activo o *anspruch* por un lado; y por el otro la idea de responsabilidad (*haftung*) sostenida por los germanistas, es su complemento y derivación lógica necesaria.

Sin embargo las disidencias respecto al alcance que debe atribuirse a la distinción fundamental entre *schuld* y *haftung* reside en el hecho de que los sostenedores de la doctrina que lo precoriza no se han puesto de acuerdo acerca del exacto sentido que debe atribuirse a la idea jurídica del deber y a la idea de *haftung*.

II. — La ciencia germánica de los últimos tiempos atribuye a esta materia significativa importancia. Especialmente, los trabajos de Von Gierke y de otros escritores de la misma tendencia, la destacaron, reconociendo sin embargo que la dilucidación del tema no era completa, y que pertenecían en pie todavía muchos aspectos oscuros que era necesario aclarar.

Huebner<sup>18</sup> dice que hasta tanto el ordenamiento jurídico no pueda penetrar en lo íntimo de cada hombre, la prestación obligatoria, la coacción, *schuld* y *haftung* serán considerados conceptualmente objetos distintos, por lo que, para cada momento, lugar y ordenamiento jurídico, estas materias, como conceptos, deben mantenerse separadas.

III. — El distingo y desdoblamiento entre *schuld* y *haftung* fundado en las dos etapas, anterior y posterior al incumplimiento de la obligación, es desestimado por ciertos juristas, pues creen que como principio, aquellos dos elementos de la obligación, la deuda y la responsabilidad, se encuentran idénticos y se funden en el concepto y definición de la obligación, y que el nexum.

<sup>18</sup> Citado por GOROSTIAGA, op. cit., pág. 125.

vínculo o relación jurídica comprende precisamente la deuda y la responsabilidad. Sólo quedan rastros de aquel distingo en el concepto de que pueden todavía encontrarse en el derecho moderno "deudas sin responsabilidad", sería el caso de las obligaciones naturales, en que existe *schuld* pero no *haftung*; inversamente puede encontrarse "responsabilidad sin deuda".

Demogue, Rocco, Pugliatti y otros señalan un distingo entre *schuld* y *haftung*; expresan que si por lo general aparecen unidas, conceptualmente es útil distinguirlas pues en realidad son autónomas e independientes.

Ripert y Boulanger tratan incidentalmente el tema y parecen admitir la distinción.

IV. — En el derecho moderno ha cobrado prestigio la teoría de la doble relación, según la cual la obligación ha de considerarse como un vínculo jurídico complejo, en el seno del cual deben distinguirse dos relaciones independientes, una de deber y otra de responsabilidad. Esta teoría es rechazada por muchos autores que consideran innecesario y peligroso destruir la unidad del concepto de obligación. Aun admitiendo que en el vínculo obligacional hay relaciones de orden personal con el deudor y relaciones de orden patrimonial con sus bienes, no por eso debe afirmarse que haya dos vínculos.

#### DERECHO POSITIVO ALEMÁN

El término *obligatio* designa dos aspectos de una misma relación. Por un lado, la obligación del deudor, su deber de cumplir la prestación; por otro lado, la responsabilidad que integra y realiza el contenido del deber. Sin embargo, a pesar de esta última vinculación y correlación de estos conceptos, dentro de la teoría de la obligación, ellos pueden funcionar independientemente concretando ideas y aspectos distintos.

En efecto, en el derecho positivo alemán, se concibe y admite esa separación. *Haftung* puede preexistir al deber jurídico (*schuld*), como en el caso del depósito en que el depositario responde antes de que el depositante reclame la entrega de lo depositado, puede existir la responsabilidad sin que exista la deuda, como en el caso de una garantía de una deuda aún no existente, y finalmente cabe la existencia de una deuda sin responsabilidad, ejemplo: una obligación natural.

Por otra parte, el deber jurídico o la deuda sólo pueden existir a cargo de una persona, en cambio la responsabilidad puede recaer

sobre ella o sobre una cosa. Además la responsabilidad no se  
.....afianza sino en la hipoteca de que la deuda no sea cubierta  
voluntariamente por el deudor; no está en relación con éste de  
medio a fin.



**UNIVERSITARIAS**



## DECALOGO PARA QUIEN NECESITA UN ABOGADO (\*)

En reglas que diríamos de oro, se han condensado los principios a que deben ajustarse los abogados, los jueces y quienes intentan *interprender lite*.

Couture y Díaz de Guíjarro lo han hecho para los dos primeros y no conozco más penetrante consejo que aquella "veneranda" (?) advertencia que comienza con el *Chi vuole interprender lite*...

En máximas, historietas, episodios históricos y leyendas, se cuentan errores y horrores respecto de los abogados. En estas, nuestras tierras, no hay quien no repita aquel episodio sobre la oposición del Cabildo porteño, en la época colonial, a la llegada de cuatro abogados, para evitar la perturbación de la paz pública... sin parar mientes en la segunda parte del episodio: Alcalde y cabildantes vivían en plácido negociado que aquellos letrados venían a investigar, investigación que cuando se hizo, demostró que la paz pública se había identificado con la paz para seguir esquilmando al pueblo.

Falta, en cuanto es de nuestro conocimiento, un conjunto claro de las normas fundamentales a que debiera ajustarse quien tiene un conflicto legal o anuda relaciones jurídicas que los pueden determinar y se apresta a tratar con un abogado.

Hemos intentado recoger en diez máximas consejos que encuentran su fundamento en una experiencia que comienza a ser un poco larga.

Quizá, si merecieran difusión, podrían aventar algún prejuicio sobre los abogados, evitar daños a quienes las observen y poner un poco cada cosa en su lugar.

Si el logro es pequeña, compénsense con la ambición que es grande.

(\*) Originalmente publicado en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 8.

## DECALOGO PARA QUIEN NECESITA UN ABOGADO

1º) Confía tus asuntos legales solamente a un abogado. Por alguna razón éste no es contador, ni escribano, ni procurador, ni despachante de aduana, ni policía.

2º) Consulta un abogado antes de firmar y no después. También cuando se trata de relaciones jurídicas "más vale prevenir que curar".

3º) No le ocultes a tu abogado detalles de los hechos, ni tus opiniones, pero no quieras suplantar su criterio.

4º) Tu abogado ni es sabio ni omnisciente; dale tiempo para estudiar tu caso.

5º) No le pidas a tu abogado que te asegure el éxito de tu causa; no lo puede hacer.

6º) Recuerda que en las cuestiones patrimoniales mejor mal arreglo que buen pleito.

7º) Recuerda que no se ganan los pleitos sólo porque tú creas tener razón ni se dejan ganar por culpa de tu abogado.

8º) No dejes a tu abogado solo en la lucha por tus derechos. Preocúpate por tu asunto discretamente; más vale que peques por cargoso que por negligente.

9º) No elijas a tu abogado por lo que te cobre. Elígelo por la confianza que inspira y los conocimientos que tiene.

10º) No especules con los honorarios de tu abogado. Paga lo justo, con dinero y no con promesas de otros asuntos.

IGNACIO WINICKY

## LA IMPORTANCIA DE LAS REVISTAS JURIDICAS PARA LOS ESTUDIANTES. EL TRABAJO EN EQUIPO \*

Hablar de la importancia de las revistas jurídicas para los estudiantes va a ser para nosotros en principio, una manera de recordar los orígenes de "Lecciones y Ensayos".

Apoyados por los hechos, nuestras palabras no serán enunciados de propósitos carentes de aplicación. No pretendemos ser un ejemplo pero sí quisiéramos que lo hecho por nosotros sea tenido en cuenta en estas Jornadas y sirva para que entre todos logremos que sean menos los errores y más los aciertos. La tomamos además como punto de referencia, por ciertas particularidades que han de servirnos de base para las recomendaciones finales. Si podemos satisfacer esa necesidad de comunicación, que se da en el ámbito universitario, al intercambiar ideas, estaremos haciendo lo que precisamente se intenta a través de las revistas jurídicas. ¿Qué son ellas, sino un valioso medio que torna accesible al conocimiento, el estudio del Derecho? Nos permiten verlo en movimiento, con nuevos problemas, pero también con nuevas soluciones que pueden esbozar en sus páginas no sólo los juristas sino los estudiantes permitiéndoles así una participación activa en el mundo del quehacer jurídico.

### I. CREACIÓN DE LECCIONES Y ENSAYOS

La Revista editada por el entonces Centro de Estudiantes de Derecho fue un antecedente importante. En 1956, al organizarse el Departamento de Publicaciones, y a instancias de su director, Dr. Ignacio Winizky, se editó nuestra Revista. En la resolución 415 ya se habían incluido entre las funciones de dicho Departamento, además de la publicación de la Revista Jurídica de Buenos Aires, la de cualquier otra publicación que pudiera servir para

\* Durante los días 15, 16 y 17 de junio de 1967 tuvieron lugar en esta casa de estudios las Jornadas Latinoamericanas de Revistas Jurídicas, con asistencia de delegados de nuestro país y de Brasil, México, Perú y Uruguay. En tal oportunidad el Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos formuló la presente ponencia.

el mejor cumplimiento de los fines científicos. La resolución 417, ante la conveniencia de unificar las publicaciones de los distintos Institutos y los trabajos de profesores, egresados y alumnos, determinó en forma amplia el contenido de "Lecciones y Ensayos", que funciona subvencionada por la Universidad de Buenos Aires, incluyendo todo tipo de trabajo de interés, conferencias, clases, informaciones jurídicas, profesionales o judiciales, etc. Así surgió esta nueva revista orientada por un Consejo de Profesores pero contando con un Consejo de Redactores compuesto íntegramente por estudiantes. Publicó sus primeros números comenzando a escribir su propia historia que, desde aquellos artículos llenos de interés con incursiones aun en temas no jurídicos llega hasta nuestros días conservando su espíritu estudiantil. Permítasenos aquí citar las palabras del poeta español Antonio Machado, pues ellas podrían ser consideradas el lema que alienta a esta Revista: "Caminante: no hay camino, se hace camino al andar". Dicho de otra forma: son los resultados los que demuestran la bondad de los propósitos.

Pasemos a considerar ahora precisamente, los fines y la obra de "Lecciones y Ensayos": proporcionar material de estudio y permitir al estudiante la expresión de sus inquietudes. La medida de la importancia de la Revista está dada por el contenido de estas dos ideas centrales que vamos a desarrollar.

La clase magistral, el coloquio, los libros de texto, son instrumentos esenciales en la enseñanza del Derecho. Pero muchas veces hay puntos de los programas de estudio que no fueron tratados en los textos, necesitan ser actualizados o presentan dificultades. Este tipo de revistas puede seguir el ritmo de las exigencias docentes y llegar a ser un complemento de la cátedra, al contar con la colaboración de los señores profesores. Muchos de los artículos que nosotros hemos publicado sirvieron de base para textos publicados posteriormente por sus autores, citemos, por ejemplo, el trabajo del Dr. Federico Videla Escala, "El Contrato de Sociedad en el Código Civil", cuyas dos partes aparecieron en los números 8 y 15 de "Lecciones y Ensayos". La difusión de esta Revista tiene como causa este aspecto de la misma, ya que el estudiante sabe que puede llenar con ella los claros de algunas materias de estudio. Su panorama se amplía aún más con la sección destinada a Notas Bibliográficas.

No todos los que pasan por la Facultad son "estudiantes", pero éstos, los que aprenden a pensar por sí mismos, deben contar con un medio que les permita expresar sus ideas. El estudiante representa siempre un mañana, un interrogante, y al escuchar su voz se impide que llegue a olvidarse que las preguntas tienen que ser contestadas.

## II. FUNCIONAMIENTO

Hemos hablado de la creación de nuestra Revista y de sus fines, pero es en su funcionamiento donde veremos la forma en que se cumplen aquéllos. Veamos algunas de sus particularidades:

a) *Modo de ingreso. Mandato:* No podemos dejar de mencionar las primeras dificultades que hubo respecto a la forma de integración del cuerpo de redactores: iban a ser estudiantes, pero había que decidirse por un sistema de elección. Se establecieron dos requisitos: las calificaciones superiores a "buena" y el estar cursando los dos últimos años de la carrera. Producida una o varias vacantes en dicho organismo, el Departamento de Registro de Alumnos provee, a solicitud del Departamento de Publicaciones, una lista de alumnos que reúnan esos dos requisitos. Sobre esa base, y siguiendo el orden en ella establecido, Publicaciones confecciona la nómina de candidatos, elevándola a la decisión definitiva del Señor Decano. Sin perjuicio de ello, los alumnos seleccionados se incorporan al Consejo provisionalmente. Recalda la resolución definitiva, comienza a correr el plazo de dos años que se asigna al mandato, salvo graduación del Consejero durante ese período.

b) *Reglamento interno:* El Consejo de Redacción está integrado por: un director, un subdirector, un secretario de redacción, dos secretarios adjuntos y un número variable de redactores. Los cargos son cubiertos según el orden de incorporación al cuerpo. Redactores y secretarios componen distintas comisiones sobre materias afines, encargadas de seleccionar los trabajos y dictaminar sobre su publicación, bajo la dirección de un jefe de comisión. Las normas sobre deliberación, forma de computar los votos, etc., son las comunes a todos los cuerpos colegiados.

El reglamento interno contiene también una enumeración de los derechos y deberes inherentes a la condición de miembro del Consejo. Prevé igualmente sanciones disciplinarias para el caso de incumplimiento.

c) *Estructura de la Revista:* Consta de dos secciones. La permanente incluye los siguientes títulos: Ensayos, dedicados a trabajos de profesores y Ensayos, a cargo de estudiantes. En cuanto a las colaboraciones de los egresados, ellas son incorporadas a uno u otro, según su importancia. En la sección no permanente se publican: escritos judiciales, notas bibliográficas o de jurisprudencia, noticias universitarias, etc.

d) *Colaboraciones:* Son solicitadas por los integrantes del Consejo al Cuerpo Docente, o enviadas voluntariamente tanto por ellos como por los estudiantes y egresados al Departamento de

Publicaciones. La dirección de la Revista se encarga de hacerlas registrar en el Libro de Entradas y remitirlas a las respectivas comisiones para que ellas produzcan su dictamen. Reunido el Consejo, resuelve sobre su inclusión en cualquiera de los números que se están preparando.

Resumiendo, dentro del Consejo de Redactores se trabaja en equipo en lo que respecta a la forma de compaginar el material. Sin embargo, son pocos los ensayos que se escriben siguiendo el mismo método, ya que en general el estudiante no está formado dentro de este sistema. Sostenemos la necesidad de fomentar la vinculación intelectual, el esfuerzo común. Hay que luchar para ello contra ese individualismo acendrado que lleva a desear sólo el lucimiento personal y contra la falta de perseverancia y método. Pero creemos que esos factores pueden dejarse de lado cuando la obra emprendida vale la pena. En el caso de las revistas jurídicas los resultados del trabajo en equipo están dados por un material variado y al mismo tiempo por la mayor profundidad de los temas tratados.

### III. FINANCIACIÓN Y COSTO

"Lecciones y Ensayos" no tiene problemas de costo o económico-financiero, ya que su presupuesto depende de subvenciones de la Universidad de Buenos Aires a través de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Esto significa realmente un alivio para las personas que deben programar y dirigir la publicación, ya que las independiza de todo problema. Sin embargo, el hecho de depender de organismos estatales hace que las imputaciones de presupuesto y los pagos deban realizarse por medio de licitaciones, en las cuales frecuentemente el trámite administrativo es muy pesado y lento, lo que en más de una ocasión ha motivado tener reservado por varios meses el material listo para entregar a imprenta. Recomendamos, en general, que los expedientes de licitación de publicaciones tengan prioridad administrativa.

Siendo una revista especialmente destinada a los estudiantes, "Lecciones y Ensayos" debe tener un tiraje bien elevado para poder cumplir con su finalidad. El precio de venta debe también seguir siendo, como hasta el momento, de verdadero fomento para el estudiante. Hay que considerar con relación a este problema el costo verdadero y lo que se fija como precio de venta, entendiéndose que jamás puede estar este último por debajo del costo real.

Considerados los propósitos, el funcionamiento y los resultados logrados, el Consejo de Redacción de "Lecciones y Ensayos" recomienda:

1º) Creación de revistas bajo la dirección de estudiantes (trabajo en equipo).

2º) Creación de revistas destinadas a los estudiantes.

3º) Recabar el apoyo de instituciones culturales para lograr mayor difusión de las revistas estudiantiles.

4º) Colaboración de los señores profesores como complemento de la cátedra.

5º) Colaboración de los estudiantes en este tipo de revistas y en otras revistas jurídicas.

6º) En caso de creación de otras revistas, necesidad de vinculación entre sí.

7º) Sistemas adecuados de financiación.

8º) Precio de fomento.

9º) Periodicidad en la aparición de las publicaciones.

Buenos Aires, junio de 1967.



## LIBROS Y REVISTAS



JEAN - JACQUES ROUSSEAU, "El Contrato Social", escrito en Montmorency y publicado en Amsterdam en la primavera de 1762. La primera versión castellana es presumiblemente la de Londres, 1799.\*

De mis dos libros quemados juntamente bajo imputaciones comunes, sólo uno trata materia relativa al derecho político y al gobierno. Si el otro lo hace accesoriamente, no es más que un extracto del primero. Por ende, supongo que es sobre éste solamente que recae la acusación. Si la misma cayese sobre algún pasaje particular, sin duda se lo hubiera citado, o por lo menos se hubiera indicado alguna máxima heterodoxa, como suele hacerse en puntos concernientes a religión.

Es por tanto el sistema establecido en el cuerpo de la obra, el acusado de destruir los gobiernos. No se trata entonces, sino de exponer ese sistema haciendo un análisis del libro; y si no encontramos evidentemente los principios destructivos de que se trata, sabremos al menos dónde hallarlos en la obra siguiendo el método del autor. Pero si durante este análisis, que será corto, encontráis, señor, alguna consecuencia destacable, no la dejáis pasar. Esperad que raco-nemos juntos; luego de ello proceded como queráis.

¿Qué es lo que hace que el estado sea uno? La unión de sus miembros. ¿Y de dónde nace la unión de sus miembros? De la obligación que los liga. Hasta aquí todos están de acuerdo.

¿Pero cuál es el fundamento de esta obligación? Aquí se dividen los autores: según unos es la fuerza, según otros la autoridad paternal, según los de más allá, la voluntad de Dios. Cada uno afirma su principio y ataca los otros. Yo mismo no he hecho otra cosa. Y siguiendo a los mejores de cuantos discutirán esta materia, he ubicado como fundamento del cuerpo político, una convención entre sus miembros, y he refutado los principios diferentes al mío.

Independientemente de la verdad de esta teoría, la solidez del fundamento que establece la cohesión sobre los otros, pues ¿qué base más verosímil puede tener la obligación entre los hombres, que el libre consentimiento de aquéllos que se obligan? Podemos discutir todo otro principio<sup>1</sup>; pero no éste.

\* Hasta junio de 1798, el pequeño Consejo de Ochoce usó el término "El Contrato Social" y el "Estado" de Rousseau. Pero, que atribuya la inauguración del verbo a Voltaire, protestó mediante sus "Cartas de la sociedad", en una de las cuales (Parte 2, carta VI, "Ensayo Comparativo", tomo III, París, Rivarol Edit., 1858, pp. 40-41) usó su primer nombre escrito del "Contrato", verdadera consecuencia de las mudanzas autoritarias neoclásicas. Como costumbre y por su valor literario, lo hemos traducido para uniformar en esta sección. — ROBERTO BANGORINTE.

<sup>1</sup> Inclusive el de la voluntad divina, por

Pero por esa condición de la libertad que refirma las otras, no son válidas toda suerte de convenciones, inclusive ante los tribunales humanos. Así, para hacerlas valer, es preciso determinar su naturaleza; deben señalarse el uso y la finalidad; debe probarse que es conveniente a los hombres, y que no hay nada contrario a las leyes naturales; puesto que no es más lícito agredir las leyes naturales por el contrato social, que las leyes positivas por los contratos particulares; y es por esas leyes que existe la libertad que da fuerza a la convención.

Como resultado de este examen, tengo para mí que el establecimiento del contrato social es un pacto de especie particular, por el cual cada uno se obliga hacia todos, de donde surge la recíproca obligación de todos hacia cada uno, que es el objeto inmediato de la unión.

Digo que esa obligación es de especie particular, pues siendo absoluta, incondicional, sin reservas, no es susceptible de injusticia o abusos, porque resulta imposible que el cuerpo intente dañarse a sí mismo y que el todo no caído todos.

Es además, de una especie particular, en cuanto liga a los contratantes sin sujetarlos a nadie, y es que dándoles su sola voluntad por regla, los deja tan libres como antes.

La voluntad de todos es entonces el orden y la regla suprema; y esa regla general está personifica-

da en lo que yo llamo el soberano.

Surge de ahí que la soberanía es indivisible, inalienable, y que reside esencialmente en todos los miembros del cuerpo.

Pero, ¿cómo actúa este ente abstracto y colectivo? Se expresa por las leyes y no sabrá actuar de otra manera.

¿Y qué es una ley? Es una declaración pública y solemnada de la voluntad general sobre un objeto de interés común.

Digo de interés común, porque la ley perdería su fuerza y dejaría de ser legítima, si el objeto no importase a todos.

La ley no puede, por naturaleza, tener un objeto particular e individual. Pero la aplicación de la ley cae sobre objetos particulares e individuales.

El poder legislativo es el soberano. Tiene pues necesidad de otro poder que ejecute, es decir, que reduzca la ley a actos particulares. Este segundo poder debe establecerse de manera que ejecute siempre la ley y nunca más que la ley. Ahí aparece la institución del gobierno.

¿Y qué es el gobierno? Es un cuerpo intermediario establecido entre los sujetos y el soberano pa-

---

lo mismo se aplica a su aplicación. Porque si bien es cierto que el hombre debe obedecer a Dios primero, no es cierto, en cambio, que Dios quiere destruir al gobierno sobre tal cosa, y que se obedezca antes a Dios que a Gobierno. Y de eso se trata.

ra su mutua correspondencia, encargado de ejecutar las leyes y mantener la libertad tanto civil como política.

El gobierno, como parte integrante del cuerpo político, participa de la voluntad general que constituye. Como cuerpo en sí propio tiene su voluntad diferenciada. Estas dos voluntades a veces concuerdan, otras se combaten. Y es del efecto combinado de ese concurso y ese conflicto, que resulta el juego de toda la maquinaria.

El principio que diferencia las diversas formas de gobierno reside en el número de miembros que los componen. Cuanto más pequeño, más fuerte es el gobierno; si más grande, más se debilita el gobierno. Como la soberanía tiende siempre a debilitarse, el gobierno tiende siempre a fortalecerse. Así, el cuerpo ejecutivo triunfa a la larga sobre el legislativo. Y cuando la ley es finalmente sometida a los hombres, no quedan más que amos y esclavos. El estado ha desaparecido.

Antes de tal destrucción, el gobierno debe por su progreso natural, adaptarse y pasar gradualmente del número grande al pequeño.

Las diversas formas de gobiernos son susceptibles de reducirse a tres principales (monarquía, aristocracia, democracia). Luego de haberlas comparado, otorgo la preferencia a la intermedia entre ambas extremas, que se llama aristocracia. Preciso es recordar que forma de estado y de gobierno son

cosas distintas, y que no las confundo. El mejor de los gobiernos es el aristocrático; la peor de las soberanías, la aristocrática.

Esta discusión conduce a otras sobre los modos cómo el gobierno degenera y sobre el modo de retardar la descomposición del cuerpo político. En fin, en el último capítulo examino por vía de comparación con el mejor gobierno que ha existido —el de Roma—, la política más favorable a la buena constitución del estado. Luego concluyo este capítulo y toda la obra, mediante una búsqueda sobre la manera cómo la religión puede y debe integrarse como parte constitutiva en la composición del cuerpo político.

¿Qué pensaba, señor, leyendo este análisis fiel y breve de mi libro? Pues lo adivino; decidlo vos mismo; he aquí la historia del gobierno de Ginebra. Es lo que han opinado todos los lectores de la obra que conocen vuestras instituciones.

En efecto, este contrato primitivo, esa esencia de soberanía, ese imperio de las leyes, esta institución del gobierno, esta manera de recurrir a diversos grados para compensar la fuerza con la autoridad, esta tendencia a la usurpación, estas asambleas periódicas, esta destrucción próxima que os amenaza y que deseo prevenir, ¿no es paso a paso la imagen de vuestra república desde su nacimiento hasta hoy?

He tomado pues vuestra constitución, que encuentro hermosa, pa-

ra modelo de las instituciones políticas, y proponiéndola como ejemplo a Europa, lejos de intentar destruirlas he propuesto los medios para conservarlas. Esa constitución, por buena que sea, no es perfecta. Resulta factible prevenir las alteraciones a que está sujeta, y atender los peligros que hoy corre. Los he previsto, los he manifestado y explicado los medios de preservarla. Ved todo mi crimen.

¿Cómo podría atacar todo gobierno, si expongo los principios del vuestro? Este hecho solo, destruye la acusación. Puesto que existe un gobierno al que tomo por modelo, no puedo intentar destruir todos los que existen. ¡Ah, señor, si yo sólo hubiera intentado imaginar un sistema, estád seguros que nada hubiesen dicho! Se habrían contentado con relegar "El Contrato Social" junto con "La República", de Platón, y "Utopía", a la región de las quimeras. Pero yo exponía un objeto existente, y deseaban que ese objeto cambiara de rostro. Mi libro testimoniaba contra semejante atentado, y eso no se perdona.

Jean-Jacques Rousseau

DARÍO CANTÓN, "El Parlamento Argentino en épocas de cambio: 1880, 1916, 1946", Buenos Aires, Editorial del Instituto, 1966 (prim. enero de 1966). Serie Naranja: Sociología Frigerie Artes Gráficas. La tapa (realizada en base a dos caricaturas de Ramón Columba: véase págs. 127 y 130) y la disposición ti-

pográfica, a cargo del Departamento de Diseño Gráfico del Instituto Torcuato Di Tella.

## I

1. — El Parlamento Argentino en épocas de cambio..., es réplica de un trabajo originalmente vertido al idioma inglés y concluido hace algo más de dos años (1963). Dicho trabajo habría demandado, en su total duración, alrededor de cuatro años, entre el hallazgo de datos y su recopilación y el análisis de los mismos.

Las facilidades financieras del trabajo fueron aportadas en forma de becas y semejantes, por la Universidad de Buenos Aires, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y el Departamento de Sociología de la Universidad ya mencionada (al cual pertenece Cantón), en ese orden.

El autor agradece en el prefacio, la colaboración especial del Instituto Torcuato Di Tella y del Centro de Sociología Comparada. Este último, creado en 1963, por el mencionado Instituto y destinado a llevar a cabo tareas de interés para la investigación nacional y latinoamericana, constituye, junto con el Centro de Investigaciones Económicas, el núcleo de Ciencias Sociales del Instituto Torcuato Di Tella.

2. — En la consideración de determinados hechos de la historia política argentina en los últimos 75 años, Cantón y quienes le han secundado en su labor, han logrado

la bien definida diferenciación de pautas "descriptivas" y "explicativas" en el transcurso del trabajo. Es así que la obra es "descriptiva" en tanto suministra datos nuevos en el estudio del Parlamento como "grupo social"; grado de educación, status socio-económico y origen étnico. En los tres distintos momentos históricos del enfoque al problema socio-político parlamentario, se propone la constante referencia a la "evolución de la democracia" y al tópico de la "democratización" con la implicancia lógica de que grupos cada vez más populares se incorporaron a la política nacional. Del hecho de la incorporación de clases populares al ente parlamentario, surgen dos preguntas: ¿De qué manera influyó la evolución sobre los Parlamentarios, por Cámara, por Partido y por Período? Aún se cuestiona si tal evolución afectó el desarrollo del concepto de "carrera política".

Por otra parte, El Parlamento Argentino en épocas de cambio... introduce pautas explicativas al contrastar los datos recogidos con lo que se denomina "precaria estabilidad política argentina". Este concepto de inestabilidad, paradójicamente, aparecería simultáneamente, en la política nacional, con elementos de gran desarrollo económico y con la legitimidad del sistema político, coincidencias a las que Lipset (El Nombre Político), ha denominado "prerrequisitos de la democracia estable". Y justamente a esta paradójica contradicción llama el autor "La Paradoja Argentina".

La interpretación apriorística de

esta paradoja no tarda en llegar: el autor da cuenta de la inestabilidad de la Argentina, apuntando hacia una perspectiva homogénea motivada por la difusión de los valores elitistas de la Argentina tradicional, así como hacia la actitud de no compromiso a nivel político.

3. — La obra se divide en tres capítulos y otros tantos apéndices en los que se distribuyen las pautas descriptivas y explicativas a que hemos hecho referencia, así como también se da noticia de la metodología del trabajo y se detallan prolijamente algunos de los datos recogidos.

El trabajo fue realizado sobre la base de un cuestionario enviado a los parlamentarios de cada uno de los tres períodos analizados. Las contestaciones a las mencionadas preguntas, fragmentarias e incompletas, fueron supletoriamente auxiliadas por entrevistas a funcionarios, congresales, periodistas, etc. Cuenta de cuenta del hallazgo, mediante un ordenamiento gráfico y matemático en alrededor de cuarenta tablas de estadísticas y un cuadro de resumen de datos por cada uno de los capítulos descriptivos.

## II

1. — Era urgente, vistas las características del trabajo y las finalidades del mismo, intentar un "breve resumen" de los últimos ciento cincuenta años de historia argentina. Exposición depurada que en determinados tramos trazando los meros hechos para ubicarse en

el plano de las sobrevaloraciones. Exposición orientada —claro está— por el deseo de localizar en esos ciento cincuenta años, los momentos claves de aparición de las clases populares en la élite parlamentaria. El razonamiento de Cantón se ubica a la zaga de Güno Germani y, al igual que el mencionado sociólogo, fracciona la historia política del país, en seis grandes etapas: 1) Guerras de la Independencia (1810-1820); 2) Guerras Civiles (1820-1830); 3) Dictadura unifundadora (1830-1852); 4) Democracia representativa con participación limitada (1852-1916); 5) Democracia representativa con participación ampliada (1916-1943); 6) Democracia representativa con participación total (1943-....) (pp. 17/18).

En este primer capítulo y con el subtítulo "Prácticas electorales, Grupos Políticos y Partidos Políticos", intenta Cantón la caracterización de lo que él ha llamado cambios (paulatinos y accidentales) en el proceso de democratización (o popularización) del Parlamento.

Cita, a ese fin, y como primer estado en el proceso, una frase de 1894: "El que tiene la fuerza toma las mesas y el que toma las mesas gana la elección" ("La Tribuna").

Pasan por el cuidadoso análisis de Cantón, el voto por circunscripciones, la ley Sáenz Peña, el triunfo de los radicales santafesinos de 1912, la toma del poder por los "verdaderos" partidos nacidos al conjuro de la Revolución del '98, que señalan la eclosión del cambio.

"Rara avis", el Partido Socialista, único Partido Político "en el pleno y completo sentido de la palabra" (sic), en la escena política argentina, conquistaba adeptos en la Capital.

Socialistas, Radicales, Conservadores (heterogénea reunión de grupos, cuyo único factor unificador era el "ser oficialistas") y Demoprogresistas, eran los cuatro partidos que llegaban a la confusa encrucijada de 1943.

El Partido Peronista, señala la otra gran apertura de la política nacional, por la que corren los elementos populares hacia las tribunas del Congreso. Esta vez se trata de fuerzas laboristas, sindicales y una gran cantidad de ex radicales (sin desecher la gran cantidad de ex socialistas).

2. — El Parlamento como grupo social y el análisis de sus integrantes en función del Período y de la Cámara a que pertenecen (Tablas 1 a 13); en función del Partido al que deben su elección (Tablas 13 a 24), y valiosas elucubraciones sobre el concepto de "Carrera Política" (Tablas 24 a 38), arrojan datos de gran cantidad. A lo largo de los rubros: Educación; Profesión; Ocupación; Origen étnico; Origen social; Edad; Nivel social; Peso Político; Rol del Partido; Edad de entrada en la política; Edad de llegada a posiciones representativas; Intensidad de la Carrera Política; Factores que influyen en las Carreras Políticas, y otros, se disponen los elementos de valoración que servirán a las conclusiones del texto.

Es sumamente interesante el análisis que Cantón ha impuesto a las contestaciones de los parlamentarios a la pregunta: "¿Podría darnos usted las razones por las que ingresó en el Partido Político del cual fue candidato electo?" El autor agrupa las mencionadas respuestas en dos grupos: "no racionales" y "racionales".

Quienes han vertido opiniones no-racionales, han aportado razones que se imponen por sí mismas. Revelan las respuestas una "afinidad o sentido de comunión con los líderes del partido"; a "su padre en conexión con la conciencia política y su afiliación..."; se manifiestan "bajo la forma de indignación moral, positiva o negativa; rechazo de algún aspecto de la sociedad; la creencia en la justicia o en el amor es una razón...; sentimientos difusos, creencias sagradas e indignación moral como motores de la iniciación política".

Las "racionales", en cambio, siguen en todos los casos, alguno de los siguientes cuatro silogismos:

a) "Todos los partidos con buenos programas deben ser apoyados. El Partido X tiene un buen programa. Yo debo apoyar al Partido X."

b) "Los países deben ser administrados adecuadamente. Algunos partidos ofrecen mejores condiciones para la administración que otros. Los países deberían ser administrados por el partido que proporciona la mejor oportunidad para una buena administración. Los ciu-

dadanos deben afiliarse a ese partido."

c) "Los partidos Políticos deben mantenerse al tanto de la situación social, política y económica de un país. El Partido X no lo hizo. Por lo tanto dejé al Partido X para unirme al Partido Y."

d) "Esto debía hacerse y obtenerse para estos grupos. El Partido X defiende a estos grupos. Por lo tanto me uní al Partido X." (pp. 88/90)

3. — Es lo que respecta a quella paradójica contradicción que antes anticipamos, el tratamiento que el autor le impone parte del presupuesto de que las orientaciones políticas tradicionales, no han podido ser extirpadas por tres elementos de cambio: Inmigración, Educación y Desarrollo, en tanto y en cuanto se han mantenido las características de "injusticia política".

El autor justifica la existencia de dicha "injusticia": Había —en verdad— una temprana tradición de injusticia política que condujo a tres violentas crisis (1850, 1874, 1890) en menos de medio siglo.

Dichos tres elementos de cambio fueron considerados por la élite dirigente como el medio para introducir la democracia y el progreso material en la Argentina. Pero, los inmigrantes miraron a los naturales en forma despectiva; un presidente aceptó el hecho de que un inmigrante —aunque naturalizado— continuaba siendo un no-ar-

gestivo, "una posible amenaza a la soberanía" (sic).

Tampoco el proceso educativo —ya en su fase formal, ya en la informal—, podría extirpar de la política nacional los viejos males, si se inclinaban hacia extremos irrazonables, ignorando la técnica o si atendía a lo que eran los individuos, sin detenerse a considerar lo que habían obtenido.

El Desarrollo Económico, moviéndose al compás de incentivos pasajeros (Ambas Guerras y la Depresión), pero sin una orientación armónica de influjos constantes, no era tampoco el medio lo suficientemente fuerte o constante, como para lograr la estabilidad de la fórmula democrática.

"De acuerdo a nuestra interpretación, su influencia (el autor se refiere a la influencia de la inmigración, educación y desarrollo) fue lenta —o no muy decisiva— y no alteró significativamente las particularidades del anterior estilo de lucha política..." (p. 149).

En 1914 y en 1946, se efectuaba la recepción de los grupos populares en el Parlamento. Se efectuaba "a regañadientes" —como dice Cantón—. Se aceptaba al nuevo grupo como un mal inminente que no podía ya detenerse, como un remedio heráico ante peores peores, como alternativa entre fuerzas extranjeras o indomables; ya se le llamaba de "shuvión zoológico" (sic), de retorno a la existencia animal... Se lo consideraba una caída en la más completa anormalidad.

### III

1. — La división en dos notorios sectores, que el autor nos ha propuesto, nos obliga a separar nuestras observaciones, respectivamente, en dos grupos de proposiciones: aquellas que se refieren al inventario de datos, dando razón del método empleado en su ordenamiento y del criterio seguido en la prosecución de su hallazgo; y —por el otro lado— las que se refieren a la valoración de los inventarios expuestos y a la verdadera tesis que el trabajo, hacia sus sentencias póstumas, anuncia.

2. — El método comparativo, medido en formas gráficas y cifras matemáticas, trae aparejados graves riesgos. Creemos —y ya Duvérger lo advierte (Métodos de las Ciencias Sociales)—, que el "politólogo" debe centrar todo su cuidado y atención en los términos de la comparación a que quiere referirse.

Es notorio que era cómodo a Cantón tomar estos tres periodos: 1889, 1918 y 1946, en la seguridad de que su confronte arrojaría —en la intensidad deseada— conclusiones favorables a la tesis prefijada. Pero, lo cierto es que la "burbuja de aire" que desmóvela los términos de la comparación es singularmente notoria.

Lógico es pensar que los criterios a los que se someten los datos recogidos se cumplan sólo para dos de los periodos.

Y, entonces, la comparación se torna bilateral. Las conclusiones,

claro está, serán aquellas a las que el autor deseó arribar, pero una de las épocas de cambio se escapa a la sensibilidad aguda, punzante de las cifras. Quizás el autor haya notado que sólo podría alcanzar 1889 bibliográficamente, pero el esquema gráfico y sistemático estaba ya trazado.

3. — El sociólogo, a partir de los esquemas armados con los datos recogidos, puede anunciar criterios de probabilidad o tangenciales, verdaderas leyes particularizadas en el plano de los hechos que analiza. ¿Son verdaderos juicios? Creemos que sí, pero debemos sostener, en todos los casos, que lo son de hecho, porque parten de la simple comparación de los hechos con leyes sociológicas (de probabilidad o tangenciales). No creemos factible que el sociólogo se desprenda de sus datos, de su tesoro en cifras que ha sabido ordenar. Es que el juego de la inducción y de la deducción se sigue cumpliendo y el autor sabe utilizarlos.

Una vez más exponemos nuestra aprobación ante las conclusiones que Cantón logra, aun cuando no veamos la elección de su tema, exenta de mérito.

Carlos Enrique Carolano

JANOS TOTH. "El Derecho Comparado en la Europa Oriental", Revista de la Comisión Internacional de Juristas, 1965, Vol. VI, Nº 2, Ginebra.

Es un tema interesante y poco tratado entre nosotros el que enfoca en este artículo el profesor Janos Toth, quien actualmente se desempeña en la Universidad de Ginebra, y como Asesor para Europa Oriental de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en la misma ciudad:

¿Qué influencia puede tener sobre el estudio comparatista, el substrato ideológico de un determinado orden jurídico?

El autor realiza su trabajo esquemáticamente, partiendo de los problemas que implica una comparación de sistemas jurídicos con una concepción distinta de la legalidad, para señalar luego la actitud occidental frente a los derechos socialistas, y por otra parte, la evolución de los juristas comunistas en su forma de considerar el "derecho capitalista burgués". Se refiere a los diversos acercamientos que se han intentado, y finaliza con un panorama actual del derecho comparado en la Europa Oriental.

Durante largo tiempo, la ciencia jurídica asumió una clara postura ideológica frente a los derechos occidentales; y así D. M. Genkin, autoridad reconocida en el derecho civil de la U.R.S.S., manifestaba que "las investigaciones sobre el derecho civil y mercantil de los países capitalistas deben poner de manifiesto su carácter explotador dictado por una clase".

Se marca una evolución importante en esa actitud a partir de la

muerte de Stalin, en 1953. La búsqueda de modos más objetivos de encarar la comparación tiene un momento importante en el Coloquio de Varsovia (1958), en que juristas de ambos sectores cambiaron ideas sobre los caracteres y métodos de sus respectivos sistemas. Los participantes occidentales se mostraron mucho más dispuestos a observar las semejanzas, y a considerar las posibilidades de acercamiento entre ambos sistemas. En cambio, los de Europa Oriental se preocuparon de mantener siempre como principio las diferencias básicas, sobre todo haciendo hincapié en la mayor protección efectiva a la persona humana por los derechos socialistas, frente a las garantías puramente formales del capitalismo. A pesar de ello, se considera positivo el resultado general de la reunión, como principio de diálogo y cooperación entre los juristas.

El autor de este artículo rechaza la acusación de formalismo a los derechos occidentales, pero luego, al tratar de caracterizarlos, siguiendo declaraciones de la ONU, queda en formulaciones algo imprecisas y sin clara base ético-filosófica.

Sin embargo, queda bien caracterizada la diferencia en cuanto a la misión del derecho comparado: en Occidente, se lo estudia en función de su utilidad práctica, para el juez, para el legislador; y también en la búsqueda de "alguna especie de núcleo común" en los diversos sistemas jurídicos. En cambio, el preconcepto marxista y

la propaganda socialista aún no han podido separarse de la comparación de derechos que se realiza en la Europa Oriental.

Tsch incluye una relación referente a los organismos internacionales en su contribución al Derecho Comparado, considerando las Naciones Unidas, la UNESCO, la Comisión Internacional de Juristas, que mediante diversas instituciones analizan los órdenes jurídicos nacionales, especialmente para considerar la aplicación en los mismos de los principios establecidos en las Declaraciones internacionales.

Completa el trabajo un panorama del derecho comparado en cada país de Europa Oriental. Yugoslavia es el único de esos estados donde funciona un Instituto de Derecho Comparado. En la U.R.S.S., algunos autores ya han señalado la conveniencia de dar cierta independencia a la investigación jurídica con relación a los presupuestos filosóficos. Un importante estadista rumano, Ion Ch. Maurer, en la Revista Rumana de Ciencias Sociales, señala la existencia de conceptos jurídicos básicos iguales para todos los sistemas. Manifestaciones semejantes también podemos hallar en Polonia, Checoslovaquia y Hungría.

El artículo, en conjunto, es de gran interés, en especial en lo referente a los enfoques jurídicos de los países de Europa Oriental; no es tan preciso en cuanto a los derechos occidentales, tal vez por esa dificultad que se encuentra en buscar la protección de los derechos humanos y mantener al mismo

tiempo una ética relativista. Surge, de cualquier modo, la utilidad que presta una objetiva comparación, para el progreso del Derecho.

Abel Fleitas O. de Roxas

ROBERTO EDUARDO SPOLANSKY, "Nullum crimen sine lege", error de prohibición y fallos penales, "La Ley", 29-XIII-1985, pág. 7.

Me refiero aquí a un breve artículo que por su importancia requiere un relativamente extenso comentario.

El A., uno de los penalistas jóvenes más promisorios, reitera su adhesión a diversas construcciones ideológicas; al jusnaturalismo frente al positivismo científico, a la doctrina de la acción final frente a la de la acción causal, a la concepción normativa de la culpabilidad, frente a la psicológica, a la teoría de la antijuridicidad objetiva frente a la subjetiva.

Tanto la concepción finalista de la acción que destaca el disvalor del acto sobre el resultado, como la teoría normativa de la culpabilidad, que afirma que ésta se manifiesta a través de un juicio negativo de reproche, son expresiones, según el A., de una evolución histórica verificable: el predominio de la responsabilidad personal sobre la colectiva y de la subjetiva sobre la objetiva.

Nos informa en apretada síntesis cómo esta orientación histórica se

fue concretando en los principios que proscriben las leyes retroactivas en materia penal y que imponen que éstas sean expresas y describan exhaustivamente las figuras delictivas.

Se ocupa principalmente del principio "nullum crimen sine lege previa", afirmando que ésta no es una exigencia del juicio de antijuridicidad (los partidarios de la doctrina de la antijuridicidad subjetiva creen lo contrario), sino del juicio de reproche que fundamenta la culpabilidad. Sólo se le puede reprochar a un individuo no haberse comportado conforme al derecho si conocía, o podía conocer la criminalidad de su acto y, lógicamente, sólo lo puede conocer si la ley penal es previa al acto.

En este sentido afirma: "...el fundamento lógico por el cual la ley debe ser anterior al hecho del proceso es que el destinatario de la norma pueda comprender la criminalidad de su acción".

De tal manera el A. ve en el art. 18 de la C. N. una exigencia de la admisión del error de prohibición.

Spolansky entra de lleno al objeto de su trabajo cuando postula la tesis de que se comprende en el concepto de ley posterior, al fallo penal que determina una interpretación de la ley penal después de cometido el hecho que da origen al proceso.

Afirma que el agente no podría comprender la criminalidad de su acto, y por lo tanto no puede fun-

darse un juicio de reproche, si con anterioridad al hecho no se conocía en forma clara la interpretación judicial de la norma penal pertinente.

Nos permitimos discrepar con esta tesis. Nos parece que va un poco más lejos de lo conveniente.

En realidad los fallos plenarios no se distinguen de las sentencias comunes sino por su generalidad<sup>1</sup>, su abstracción y su obligatoriedad para las Salas de la Cámara y los jueces inferiores, pero conservan su carácter interpretativo.

Dada esta similitud con las sentencias comunes, la misma razón que da el A. para rechazar la retroactividad de los fallos plenarios se podría emplear para decir lo propio de los fallos no plenarios en los casos en que no hubiera jurisprudencia anterior o ésta fuere divergente. En estos casos tampoco el agente podría conocer la interpretación verdadera de la norma penal y por lo tanto no podría comprender la criminalidad de su acto. Esto nos llevaría a exigir que el actor sea condenado solamente cuando prevea que va a serlo y esto es algo que realmente no se puede pretender dado el carácter abierto a varias posibilidades de las normas jurídicas<sup>2</sup> y la naturaleza constitutiva de las resoluciones judiciales<sup>3</sup>.

Todas las elecciones que hace el juez dentro del marco de la norma tienen igual valor jurídico<sup>4</sup>. No hay una interpretación que sea verdadera.

Aislado lo puede escluir al agente si no conocer el marco con sus diversas posibilidades, no si no conocer la posibilidad que va a elegir el juez. Lo contrario llevaría a hipotrofiar la imputación.

Pero aún hay más, porque si a las propias leyes interpretativas la doctrina le reconoce carácter retroactivo<sup>5</sup>, tanto más hay que reconocerle ese carácter a las resoluciones que emanan de los órganos jurisdiccionales, aunque sean generales y abstractas.

Este trabajo de Norberto E. Spolsky puede abrir una polémica de interesantes perspectivas. Esperamos que él la prosiga, porque los que disfrutamos de sus enseñanzas en la Facultad de Derecho, vemos en artículos como el que comentamos una grata alternativa de su labor docente momentáneamente abandonada.

Carlos S. Nino

HECTOR R. GOYENA COPELLO,  
"Teoría General de la Separación de Patrimonios", Monografía Jurídica, Nº 107, Ed. Abeledo Perrot, 1987.

Goyena Copello expone integralmente el tema de "La Separación

<sup>1</sup> Con esta diferencia en relación para el juez actor que plantea que la posibilidad pueden tener normas generales o, por el Esgle de Uruguay, "distinción judicial y creación de doctrina", la Ley. 7/11/1985.

<sup>2</sup> KILLEN, B. "Teoría Penal del Derecho", Buenos Aires, 1985, p. 155.

<sup>3</sup> KILLEN, op. cit., p. 155.

<sup>4</sup> KILLEN, op. cit., p. 155.

<sup>5</sup> KILLEN, B., "Derecho Penal Argentino", 1982, t. 1, p. 148.

de Patrimonios" con un nuevo y original enfoque. De amena lectura, en esta obra analiza cuidadosamente la indicada institución.

Comienza por precisar lo que debe entenderse por separación de patrimonios, ya que el nombre mismo, como el autor señala, induce a errores lamentables, para continuar ilustrando acerca de su origen y naturaleza jurídica. Estudia luego diferentes supuestos y finalmente presenta sus conclusiones.

Tiene a demostrar que la llamada separación de patrimonios constituye, en realidad, un todo genérico del que se bifurcan dos especies: "la separación de patrimonios propia o de pleno derecho" y "la separación de patrimonios impropia o forzada".

Señala que lo que el Código Civil argentino legisla a partir del artículo 3433 y sgts. y que la doctrina denomina como: "Separación de Patrimonios", en rigor, comprende sólo una especie; la mencionada en segundo término, impropia o forzada, donde la exclusión de patrimonios no se manifiesta muy claramente. En tanto que la separación propia o de pleno derecho, integrada con tres subespecies: Beneficio de Inventario, Quiebra de la sucesión y Concurso de la misma, produce ministerio legis, como su nombre ya lo indica, una delimitación efectiva entre los patrimonios del causante y del heredero, ya sea por causa de la quiebra, concurso de la sucesión o por su aceptación beneficiaria.

En punto a la naturaleza jurídica, esboza y rebate la opinión de algunos autores para luego exponer los fundamentos de lo que aquí sostiene como verdadero: "La separación de patrimonios es un privilegio".

Si bien una corriente doctrinaria acepta al menos a la separación forzada como un privilegio y Fernández ya la esquematiza en uno de sus tratados, como un privilegio particular y judicial, es en este libro donde, precisada su denominación y naturaleza jurídica, encontramos bien puntualizados los caracteres de la institución y sus efectos.

Resumiendo, afirmar como aquí se hace, que nos encontramos ante un privilegio, significa aceptar sus necesarias consecuencias y concluir con una serie de problemas, por ejemplo, con las discusiones sobre si corresponde o no otorgar la separación impropia cuando no existen acreedores del heredero; pues rigurosamente, debemos admitir que tratándose de un privilegio, éste se ejerce entre acreedores solamente.

El análisis del problema en nuestro Código Civil, constituye otro aporte feliz del autor, en su afán por ubicarlo con exactitud dentro del derecho positivo argentino.

Advierte que Vélez Sarfield, si bien se inspira en el derecho francés, donde la separación de patrimonios es un privilegio nominalmente llamado, se aparta de aquel ordenamiento, en cuanto a la de-

nomiación, por no estar totalmente convencido de que aquella revista tal carácter, no obstante nuestro legislador la estructura como un privilegio e incluso le da ese nombre al referirse a la separación forzada en la nota al art. 3433.

El autor completa el trabajo considerando cada una de las tres sub-especies que componen la separación de patrimonios propia o de pleno derecho, en las circunstancias de su existencia, en sus antecedentes y caracteres.

Nuestra bibliografía jurídica, pensamos, se enriquecerá con este trabajo: clara sistematización y concepción novedosa de una institución de larga data.

Isabel Beatriz Russo

**ROBERTO NOBLE**, "Satellismo contra soberanía", Buenos Aires, Ediciones Araya. Colección Día Venidero dirigida por Martín Brito, 1956 (prim), Talleres de Gráfica Oeste S. A.

1º) El Doctor Roberto Noble, nacido en Buenos Aires en el año 1902, cursó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de donde egresó con los títulos de Abogado y Doctor en Jurisprudencia.

La vida pública lo ve ocupar distintos cargos políticos: Diputado Nacional por la Capital Federal en 1930 y en el período 1931-32, ac-

tando como vicepresidente IIº de la Cámara de Diputados de la Nación durante dos períodos parlamentarios. Cabe agregar su desempeño como Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires entre los años 1936 y 1938.

Su vocación periodística lo hace aparecer integrando la redacción del diario "La Nación", haciéndose luego cargo de la dirección del diario "Libertad". En 1945 funda el diario "Clarín" del que es director y propietario.

Le cupo el honor de recibir el premio de periodismo "María Moore Cabot", además de ser distinguido como Caballero de la Orden de San Lázaro y Comendador de la Orden de Isabel la Católica.

Además de su intensa labor periodística, desplegada a través de editoriales en los cuales aborda la realidad nacional en sus múltiples y cambiantes aspectos, el Doctor Noble ha dedicado sus inquietudes en diversas obras, entre las cuales caben citarse: "Política obrera", "Reforma educacional", "Protección de la infancia", "Legislación del trabajo", "Argentina potencia mundial", "Argentina a Word Power", "La hora decisiva. Cuando se anulan los contratos petroleros", llegando así a la obra que nos ocupa: "Satellismo contra soberanía".

2º) En su obra el doctor Noble se refiere al encuentro de la doctrina sustentada por el Canciller del Brasil, general Juracy Magalhães, la cual pretende la formación de una fuerza militar multilateral, desti-

nada a asegurar la paz continental, fundamentada en el principio de regionalismo americano, por encima de las soberanías nacionales.

El autor fundamenta su alegato en contra de esa doctrina, en lo que llama "una línea rectora irrenunciable" de la política exterior argentina, basada en los siguientes principios: "a) La defensa de la soberanía; b) La no intervención y la autodeterminación de los pueblos; c) La igualdad jurídica entre los Estados; d) El principio de la solución pacífica de las controversias; e) Las restricciones al regionalismo; f) El universalismo en las relaciones con todos los países del mundo; g) La justa prevención ante organizaciones hemisféricas dotadas de facultades susceptibles de coartar los derechos de la soberanía y el ejercicio de la autodeterminación".

3º) A partir de esas premisas, Noble se aboca a la tarea de rebatir los conceptos enunciados por el Canciller brasileño.

Para ello divide su obra en dos partes. La primera, titulada "La Advertencia", es la denuncia que

comunalmente de los países que entraña la formación de una fuerza militar supranacional, al servicio de órganos ejecutivos del mismo carácter, que anularía prácticamente el poder de los gobiernos nacionales y de sus fuerzas armadas.

La segunda parte, titulada "El Fundamento" y que lleva como subtítulo "Política internacional argentina - Una línea rectora irrenunciable", está dedicada a historiar la actuación de los represen-

tantes argentinos ante las distintas organizaciones internacionales, poniendo especial énfasis en destacar cómo, a pesar de las variaciones políticas internas, nuestro país mantuvo siempre esa "línea rectora".

Varios nombres desfilan en estas páginas: Roque Sáenz Peña, Manuel Quintana, Honcilo Pueyrredón, Carlos Saavedra Lamas, José María Cantilo, Isidoro Ruiz Moreno, Enrique Ruiz Guiffarú, Juan Bramuglia, Miguel Ángel Cárcano, entre otros.

Todos ellos supieron defender la posición argentina en contra de cualquier intento de intervencionismo que significase un avasallamiento a la soberanía nacional.

La obra, dividida en trece capítulos, agrega además un apéndice titulado "El eco", en el cual se recopilan comentarios editoriales que ponen de manifiesto el interés que ha despertado en el extranjero el tema tratado por el doctor Noble.

4º) El libro, basado en una serie editorial aparecida en el diario "Clarín" bajo el mismo nombre, encara un problema de indiscutible actualidad.

Su estilo es ágil, propio de un periodista, haciendo referencias constantes a documentos, actas de las reuniones de los organismos internacionales, discursos, etc., sin detenerse a citar las fuentes a las cuales hace referencia, lo que quita carácter científico a la obra.

Pensamos, sin embargo, que no fue propósito del autor realizar un trabajo científicamente elaborado, a la manera de los tratados de historia y derecho internacional público, sino que en su ánimo privó el deseo de ilustrar, en una manera clara y sencilla, al hombre medio, al ciudadano común, de la amena-

za que significa la creación de tales organismos, educándose a la vez una escuela histórica a través de la cual se pone de manifiesto la forma en que se forjó una tradición argentina.

Enrique Domingo Valla



*Esta Revista*  
se terminó de imprimir  
en los Establecimientos Gráficos  
*E. G. L. H.*  
calle Cangallo 2585  
Buenos Aires (Rep. Argentina.)



*Dirección y Administración:* DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES, REPÚBLICA ARGENTINA