

lecciones Y ENSAYOS

4/5

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1967



CONSEJO DE PROFESORES

José María López Olasiregui
Molara Nider y José B. Ray

CONSEJO DE REDACCION

Estadísticos: Rosa A. Galambosi, José M. B. Martín, Luis A. Orgera, Norberto J. Navellato, Julia T. Rubens, M. G. Sánchez, Enrique Vera Villalobos.

Editor responsable: Dr. Ignacio Winsky.

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

PRESENTACION

Después de un interregno de varios meses ha vuelto a constituirse el Consejo de Redacción de LECCIONES Y ENSAYOS, formado ahora por siete alumnos de la Facultad.

Es de público conocimiento que el Consejo anterior se disgregó al renunciar casi todas sus miembros debido a una diferencia de criterio con el Consejo de Profesores y la Dirección del Departamento. No interesa ahora renunciar la cuestión para delimitar responsabilidades, sobre todo cuando estamos convencidos de que la diferencia se debió principalmente a que no se habían delimitado con suficiente precisión las funciones y la competencia de cada uno de los cuerpos que participaban en la revista. Por ello, ahora, antes de ponernos a trabajar, hemos concretado claramente unas y otra en un reglamento interno.

Creemos que LECCIONES Y ENSAYOS puede cumplir una misión útil para los alumnos de la Facultad, de manera que, superados los cauces de la anterior "crisis de gabinete", bien vale hacer un nuevo esfuerzo para que la revista vuelva a aparecer con su carácter originario, es decir, como un órgano de los estudiantes.

Instamos a todos los alumnos de la Facultad, y muy especialmente a los que colaboraron antes, a trabajar con nosotros: ensayos, comentarios de libros y revistas, trabajos literarios y, en suma, todo lo que pueda ser de valor o interés para los estudiantes se publicará en LECCIONES Y ENSAYOS.

Ya nos hemos dirigido a los profesores de la casa para solicitar también su colaboración.

La estructura de la revista será aproximadamente igual a la del primer número. Hemos agregado, sin embargo, a título experimental, la sección de Cartas de Lectores, y la sección de Cuestiones Universitarias. Esta última, sobre todo, puede llevar una misión especialmente valiosa si los estudiantes y los profesores saben aprovecharla con inteligencia y con espíritu de tolerancia.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN.



ESTUDIOS



EL OBJETO Y EL METODO DE LA CIENCIA POLITICA

MANUEL GARCIA-Pelayo

Manuel García-Pelayo, distinguido constitucionalista español, inició a muy temprana edad su carrera universitaria como profesor adjunto de Filosofía del Derecho, en la cátedra de Revisión Siches. Dedicó cursos de seminario en nuestra Facultad de Derecho y es actualmente profesor en la Universidad de Puerto Rico. Es autor de valiosos trabajos científicos, entre los cuales se destacan "El Imperio Bolshévico" (ed. Revista de Occidente, Madrid, 1943), y "Manual de Derecho Constitucional Compendio" (4ª ed. Revista de Occidente, Madrid, 1937). Actualmente está preparando una "Historia de las Formas Políticas".

El presente trabajo, por su claridad expositiva y por su densidad conceptual, constituye una excelente introducción a los problemas de la ciencia política. Lo recomendamos especialmente a los alumnos de Derecho Político y de Historia Constitucional.

I. Introducción.

Se llama ciencias del espíritu a las que se ocupan de las realidades creadas por el hombre, es decir, de la cultura y de la sociedad, dando a esta última palabra su sentido amplio¹. La ciencia política es, por consiguiente, una ciencia del espíritu, lo que encierra consecuencias que iremos viendo en su momento. El saber científico político es un saber teórico y crítico —por lo menos con referencia a sus métodos; es autónomo en cuanto a la formación de sus conceptos y de sus métodos — que no los toma prestados de otras ciencias — y en cuanto que se ocupa de una realidad, que aunque estrechamente vinculada a otras (social, económica, etc.), goza de propia autonomía. Como todo saber teórico, pero en medida más intensa, es capaz de revertir sobre la realidad que estudia contribuyendo poderosamente a su transformación.

Si se precinde del antecedente de Aristóteles (384/3-322/1 a. d. C.), que considera a la ciencia política no sólo como autónoma sino como madre de las demás ciencias — pues determina lo que éstas han de estudiar y a qué grupos de ciudadanos y en qué medida deben enseñarse² — una concepción autónoma del saber político sólo tiene lugar a

¹ Otra definición de ciencias del espíritu: "Llamamos ciencias del espíritu a aquellas que se ocupan de las actuaciones de la vida en el Estado, en la Sociedad, en el Derecho, en la Moral, en la educación, en la economía, en la técnica y de la interpretación del mundo en la lengua, en el mito, en el arte, en la religión, en la filosofía y en la ciencia" (E. Rehbacher: *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*. Bonn, 1948, p. 3). Se llaman del espíritu porque, a diferencia de las ciencias naturales, se ocupan de objetos creados por el espíritu del hombre.

² *Etica a Nicómaco*, I, II, 2.

partir de Maquiavelo (1469-1527) al separarlo de la teología, de la religión, de la moral y del derecho y al considerarlo bajo el genuino ángulo político de las relaciones de poder. Sin embargo, por un lado, Maquiavelo no se propone construir una "ciencia" en el sentido de un conocimiento sistemáticamente ordenado, y, por el otro, todavía después de Maquiavelo, el saber político, aún tenido como autónomo, se le considera desde la perspectiva jurídica o desde la teológica. El primero que recabó para la política la calidad y dignidad de ciencia autónoma fue Althusius (1587-1638). El objeto de esta "ciencia política nueva" son los lazos orgánicos de la vida social (a los que llama *consociatio symbiotica*); se centra en torno a una virtud o valor específico (lo que, según Althusius, es característico de la autonomía de una ciencia¹); la sociabilidad; y trata de exponer de una manera homogénea y sistemática todo lo que se refiere a dichos aspectos, tomando de otras ciencias los materiales necesarios, pero no dependiendo de ellas. El carácter "científico" lo logra Althusius aplicando a la política la (entonces) nueva lógica de Ramus (1513-1572) consistente en poner en la base del sistema un concepto general desdoblándolo después en otros dos conceptos y así sucesivamente. De este modo, como dice Meunier, "tenemos en fin una política coherente deducida de su principio, y este principio se formula con un vigor raro en la época. Es la idea clara y distinta de la *consociatio symbiotica*, de la comunidad simbiótica o grupo natural cooperativo de los seres humanos"².

2. Generalidades sobre los conceptos políticos.

La finalidad del saber científico político es hacer asequible al conocimiento la realidad política, mediante su ordenación en un sistema de conceptos. Su primera tarea es la de captar la esencia de la política, es decir, aquello que hace que un fenómeno sea político y por lo que le reconocemos la calidad de tal. Sólo sabiendo qué es político podremos agrupar bajo tal nombre la pluralidad de fenómenos aparentemente diversos.

La realidad política no sólo se compone de fenómenos originariamente políticos sino también de fenómenos politizados, es decir, de fenómenos que originaria o primordialmente pertenecen a otras esferas de la realidad, pero que han adquirido significación política. Mas, a su vez, los fenómenos originariamente políticos pueden trascender a otras esferas de la realidad y, por consiguiente, interesar a las ciencias que se ocupan de ellas. Así, por ejemplo, el Estado es, sin duda, un fenómeno originario y preponderantemente político y casi de lleno en la esfera de los intereses de la ciencia política. Pero es también un fenómeno histórico y,

¹ Para Althusius hay seis ciencias primarias cada una de las cuales hace referencia a una virtud del hombre: la teología a la piedad; la jurisprudencia a la justicia; la lógica a la sabiduría; la ética al bien; la política a la sociabilidad, etc.

² Meunier: *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, Paris, 1932, p. 377 (obra en curso de publicación en español por la Universidad de Puerto Rico). V. también, C. J. Friedrich, *Introducción a la Política Metodológica Digesta of Johannes Althusius*, Harvard, 1932.

como tal, interesa al historiador, hasta el punto que durante mucho tiempo se ha visto al Estado como el auténtico sujeto de la historia, como la personalidad colectiva a través de cuyos actos se realiza aquélla¹. Es no menos un fenómeno capaz de alcanzar relevancia económica y, como tal, interesa al economista. Todo ello del mismo modo que el hombre interesa al anatómico, al fisiólogo, al psicólogo, al antropólogo, en razón de que es simultáneamente una realidad anatómica, fisiológica, psicológica y antropológica. Quiere esto decir que un mismo objeto — hombre, Estado — puede integrar distintas realidades, cada una de las cuales puede ser campo de ciencias distintas en función de la perspectiva (política, histórica, económica, anatómica, psicológica, etc.) desde la que se ve el mismo objeto. Tales realidades existen con independencia de que las conozcamos o no, de que sepamos o no sepamos de ellas, pero sólo se nos revela su existencia — o al menos sólo se nos revela claramente — cuando sabemos de ellas, y sólo sabemos de ellas cuando tenemos un sistema de conceptos con que percibirlos, captarlos y diferenciarlos de otras esferas.

Por consiguiente, el primer problema de la ciencia política será, como antes dijimos, la formulación de unos conceptos que nos permitan captar la esencia de la política y, con ello, acotar o delimitar el campo de ésta. Al sistema de tales conceptos le denominamos sistema de los conceptos políticos fundamentales, puesto que son el supuesto o la base de todos los demás, de tal manera que o se hallan presentes en toda realidad política o toda realidad política se caracteriza por la combinación de algunos de ellos. Junto y subordinados a estos conceptos fundamentales están los conceptos derivados, secundarios o particulares, los cuales no se dan necesariamente en toda realidad política, pero sí en modos o expresiones de dicha realidad. Por ejemplo, el concepto poder o el concepto orden son fundamentales, pues sin ellos no se constituye la realidad política; en cambio, los conceptos "soberanía" o "división de poderes" o "control judicial de las leyes", son conceptos particulares, pues, el primero, se da ciertamente en el Estado moderno, pero no en otros tipos de organización política (por ejemplo, en el feudalismo), y los segundos son características del Estado liberal, pero pueden ser desconocidos en otro tipo de Estado.

3. La estructura política.

Los fenómenos políticos no existen aisladamente sino que coexisten ensamblados o articulados en un conjunto o unidad. Son partes integrantes, manifestaciones o procesos de una totalidad. Así, por ejemplo, el poder, el territorio y la población son ciertamente fenómenos políticos que captamos mediante sus correspondientes conceptos, pero no tienen significación aisladamente considerados, porque, políticamente, el territo-

¹ La historiografía predominante desde el Renacimiento consideraba que el Estado es el sujeto de la historia y que la Historia tenía, por consiguiente, un carácter eminentemente político. Sólo a partir del siglo XVIII y siguiendo la vía iniciada por Wiesohelms (1713-1768) y sobre todo por Vico (1698-1774) se descubre a la cultura como contenido de la historia y se pasa así a la concepción de ésta como historia de la cultura.

ria interesa en cuanto que es el ámbito sobre el que se extiende el poder y el espacio que habita la población del Estado; por su parte, la población tiene significación política en cuanto es el sujeto o el objeto del poder; y el poder, en fin, tiene interés político en cuanto que se ejerce por o sobre una población y sobre un territorio. Todos estos fenómenos cobran, pues, sentido y existencia política cuando están articulados en una estructura o totalidad a la que llamemos "Estado" y al que puede provisionalmente definirse como una población que habita en un territorio y que constituye una organización dotada de poder soberano. Esos complejos o totalidades en que se articulan los fenómenos particulares están internamente articulados con arreglo a un orden al que denominamos estructura. Siendo pues el concepto de estructura fundamental para comprender la realidad política, procede que nos detengamos en exponer sus características.

A) Ante todo se trata de una unidad, pero de una unidad compuesta y, por tanto, integrada por una pluralidad de miembros. Esta totalidad no tiene carácter cuantitativo sino cualitativo, con lo que quiere decirse que no constituye una suma sino una articulación. Así, por ejemplo, el Estado es ciertamente una unidad de territorio, poder y población, y vive a través de la unidad de la actividad legislativa, de la judicial y de la ejecutiva, pero si al Estado se le sustrae uno cualquiera de estos componentes deja de ser Estado o de funcionar como tal, es decir, ha perdido su naturaleza. En cambio, si a un montón de trigo se le sustraen unos granos, continúa siendo un montón de trigo. Si al Estado liberal se le sustrae la división de poderes, sigue siendo Estado, pero no Estado liberal. En resumen, la relación entre las partes componentes de una estructura no es cuantitativa sino cualitativa¹.

B) La estructura y las partes componentes están en una relación correlativa, es decir, que ninguno de los dos términos puede existir sin el otro. La estructura existe a través de sus partes y las partes sólo tienen existencia si están articuladas a la estructura (a diferencia de las partes de una suma que pueden existir separadas de ella; por ejemplo, los granos de trigo separados del montón siguen siendo granos). Así, por

¹ Recordemos que, sin embargo, como dice Hegel, la cantidad puede transformarse en calidad: 15 hombres reunidos en una plaza son un grupo, pero 1.000 hombres son una masa; que diariamente se cometen en un Estado un cierto número de delitos no afecta a su calidad de un poder capaz de garantizar la vida y hacienda de sus ciudadanos y residentes, pero si la cuota de delitos sobrepasa sus límites, se es capaz de dar vigencia a las leyes ni tiene el monopolio de la violencia legítima, y la consecuencia es, normalmente, la revolución o la intervención extranjera.

La gente intuye esta transformación de la cantidad en calidad cuando dice: "hasta aquí hemos llegado", "ni un paso más", "la próxima vez no se lo tolores". En la política y en el Derecho la conversión de la cantidad en calidad tiene una gran importancia, pues frecuentemente lo normal, si se repite una serie de veces, se convierte en normal y, si logra seguir repitiéndose, puede convertirse en normativo, es decir, en algo que no sólo es sino que, además, debe ser. Sobre este principio reposa el Derecho consuetudinario, lo mismo que muchas normas de la vida política, especialmente la parlamentaria; y sobre tal principio reposa también la legitimidad tradicional.

ejemplo, el Estado despliega su existencia — entre otras vías — a través de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, pero ninguno de estos poderes tiene existencia si no está articulado en la unidad del Estado. De manera que así como el agua puede ser descompuesta en sus elementos componentes — oxígeno e hidrógeno — y cada uno de éstos tiene por sí mismo existencia independiente, en cambio, no sucede lo mismo con las partes integrantes de una estructura. A estos componentes de naturaleza cualitativa y no cuantitativa — es decir que no ocupan espacio ni pueden ser pesados o medidos — y que pierden su sentido una vez que han sido separados del todo de que forman parte, se les llama, desde Hegel, "momentos", los cuales se diferencian de los "elementos" — con que trabaja la ciencia natural — en que estos últimos son reducibles a relaciones cuantitativas (pueden ser pesados o medidos) y existen aunque haya sido descompuesto el cuerpo de que forman parte; los "momentos", en cambio, si bien son autónomos respecto a la estructura no son independientes de ella.

C) Otra característica de la estructura es la de poseer propiedades de las que carecen las partes y que no se logran por la simple suma de ellas: el Estado posee soberanía, pero ninguna de sus partes — por ejemplo, legislativa, judicial, ejecutiva — posee poder soberano; un parlamento tiene el poder legislativo pero ninguno de sus miembros aisladamente considerados tiene tal poder.

D) Del hecho de que los "momentos" de una estructura sólo tienen existencia en cuanto forman parte de ella, y del hecho, no menos cierto, de que la estructura existe sólo a través de los miembros componentes, se deducen dos consecuencias:

a) Que el sentido o la significación de un componente cambia de acuerdo con la estructura en que está inserto, así, por ejemplo, cuando el sufragio universal tiene lugar en una sociedad de un nivel cultural y económico relativamente alto, entonces es ciertamente una institución democrática no sólo formal sino también materialmente, no sólo en su intención sino también en sus resultados; pero cuando tal sufragio ha sido establecido en países social, cultural y económicamente retrasados, donde una enorme masa de población iletrada depende para su subsistencia de grandes propietarios latifundistas, entonces el significado o resultado del sufragio universal es — cualquiera que fuera la intención de su establecimiento — el afianzamiento en el poder de una minoría de grandes propietarios y la debilitación de otros grupos de población probablemente más progresivos. La organización federal de un Estado puede significar tanto un paso hacia la unidad cuando se vinculan unidades hasta entonces independientes — como un paso hacia la desintegración cuando hace más laxos los vínculos que hasta entonces unían a los componentes de un Estado, como es el caso cuando un Estado unitario se transforma en federal.

b) Que todo cambio importante en uno de los principales momentos componentes tiene como consecuencia un cambio en la estructura y en la situación de los demás momentos, lo que es así en virtud de que, estando la estructura constituida por sus miembros, es claro que un cambio en ellos lleva aparejado un cambio de constitución (dando a esta pa-

huba un sentido lato y, por ende, más amplio que su concepto jurídico). Así, por ejemplo, una reforma o una práctica que aumente las atribuciones del poder ejecutivo (como es normal en casos de guerra o de emergencia), no sólo conlleva un cambio en las atribuciones del mismo sino, probablemente, una disminución de las atribuciones del legislativo, quizá también del judicial y, posiblemente, de los derechos individuales y, por tanto, una alteración en la estructura política general. Claro está que la magnitud de los cambios depende de la importancia del componente afectado y de la intensidad del cambio.

E) Las partes integrantes de una estructura están en una relación funcional. Pero, ¿qué es función? Hay una famosa definición de Goethe según la cual "función es la existencia pensada en actividad". Función serían pues los actos mediante los cuales actúa una realidad. Los juristas, por su parte, han definido las funciones del Estado como los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines. En matemática se llama función a la relación de dependencia existente entre dos magnitudes, a las que se denomina "variables", de tal modo que la variación de una de ellas lleva consigo la variación en la otra. Pues bien, las estructuras políticas están en relación funcional en los tres sentidos arriba indicados: en primer lugar, puesto que sólo existen mientras devienen, es claro que su existencia se despliega en la realización de funciones: para ellas, "dejar de funcionar" es dejar de existir; en segundo lugar, una estructura política cumple determinados fines y desarrolla, por consiguiente, actividades encaminadas a cumplirlos: función legislativa, función ejecutiva, función judicial, a las que pueden añadirse todavía otras funciones (pues tal esquema corresponde a la época del Estado liberal para el cual el fin del Estado se agotaba en el establecimiento del Derecho, en declararlo aplicable a un caso concreto y en ejecutarlo). En todo caso, permanece firme que cualquier estructura política ha de cumplir unos fines, que para ello ha de realizar unas funciones, y que esas funciones se realizan a través de sus componentes. Finalmente, que las partes componentes están en una relación funcional, en el sentido que esta expresión tiene para la lógica matemática, es algo que está claro después de lo que hemos dicho anteriormente sobre cómo el cambio de una de las partes integrantes produce una mutación en las demás.

F) El concepto de estructura de las ciencias del espíritu es análogo al de organismo que manejan las ciencias naturales; sin embargo, hay entre ellas esenciales diferencias:

a) En la estructura está siempre presente la libertad, aunque su posibilidad de desplegarse pueda estar más o menos condicionada; todos los actos realizados dentro de ella tienen intencionalidad y su vida se desarrolla a través de decisiones, es decir, de elección entre dos o más posibilidades. En cambio, en el organismo todo está bajo la categoría de necesidad, las cosas son así y no de otra manera, las partes no tienen intención sino que cumplen ciegamente sus funciones, no deciden sino que reaccionan al estímulo o son efecto de una causa natural.

b) La vida de las estructuras — por ejemplo, de los Estados o de los partidos — se desarrolla en forma diferente de unos casos a otros, jus-

tamente por la importancia que para su desarrollo tienen las decisiones humanas y, por eso, la historia de un Estado o la de un partido es distinta de la de otros. En cambio la vida del organismo sigue un proceso siempre igual, se realiza bajo las mismas formas.

c) De aquí que la individualidad o singularidad sea característica de las estructuras, pues aunque puedan ser reducidas a tipos generales — por ejemplo, la reducción del Estado norteamericano, canadiense, suizo, etcétera, al tipo "Estado federal" — el mismo tipo, como veremos más adelante, pretende ser un concepto individual frente a otros conceptos típicos, como, por ejemplo, "Estado federal" frente al "Estado unitario" o frente a la "Confederación". Y además, en última instancia funciona como un concepto auxiliar para comprender individualidades como el Estado norteamericano, el canadiense, etc. En el organismo, lo que sale de lo normal es monstruoso; en las estructuras, es original.

d) De todo ello se deriva que la vida y el proceso de los organismos se puede reducir y se reduce a leyes generales; en cambio, la mayoría de los intentos de reducir las estructuras a tales leyes — salvo las de carácter lógico — han resultado vanos. Y ello porque, estando dominadas por la libertad, no le pueden ser aplicables leyes que tienen como supuesto que las cosas sucedan necesariamente de una determinada manera.

Pero esto nos lleva al problema de los métodos adecuados para el estudio de la ciencia política.

4. El Método.

El método a emplear para el estudio de la ciencia política está implícito en lo que hemos dicho anteriormente. Sin embargo, todavía hemos de añadir algo que lo complementa y perfila, comenzando por una crítica de la aplicación del método científico natural a la ciencia política.

A. El método científico natural.

Los magníficos resultados obtenidos en el campo de la ciencia natural, especialmente a partir del siglo XVIII, llevaron a la conclusión de que tales triunfos eran debidos a la precisión, objetividad y seguridad, en una palabra, a los méritos, de los métodos empleados por dichas ciencias. De aquí se derivó la idea — más tarde transformada para muchos en creencia dogmática — de que si las ciencias políticas y sociales querían salir del estado de la conjetura para penetrar en el de la seguridad científica, debían aplicar a su materia los aludidos métodos. Un peso más en el dogmatismo científico natural fué el de considerar los repetidos métodos científico naturales como únicos auténticamente "científicos", de lo que se derivaba la peregrina conclusión de que todo lo que no pudiera ser captado por dichos métodos carecía de relevancia teórica y era científicamente despreciable.

Y con esto abocamos al primer absurdo de dicha concepción, pues un hecho es políticamente relevante, y con ello interesa a la ciencia política, con independencia de que pueda o no ser captado por determinados métodos. La relación entre método y fenómeno científicamente significativo es justamente la inversa de la establecida por el positivismo: lo científicamente irrelevante no es el fenómeno que intuimos como político o

politizado pero que no es captable por el método, sino el método que se revela incapaz de captar ese fenómeno que intuimos como político. La consecuencia de la tesis positivista fue que toda una serie de fenómenos de decisiva importancia política, como por ejemplo, la referencia a los valores, los mitos políticos, las formas de adhesión personal a un caudillo, la consideración de estructuras políticas originales y singulares (es decir, no reducibles a un género), cayeran fuera del ámbito de la consideración científica, todo lo cual tuvo como consecuencia que la pretendida ciencia positiva (que dice ceñirse a los hechos) desconociera hechos verdaderamente importantes y que se encontrara inerte para comprender las nuevas situaciones producidas en la realidad política. Hay, pues, que oponerse a la actitud dogmática de estimar que lo que rebasa las posibilidades de captación de los métodos científicos naturales carece de relevancia política. Hay que plantearse el problema crítico de ver hasta qué punto dichos métodos son capaces de darnos un conocimiento adecuado de los fenómenos políticos, y ante todo, considerar si los llamados comúnmente métodos y conceptos científico naturales no han sufrido en sí mismos una crisis en el campo originario de su actividad, es decir, en las ciencias científico naturales. Si han sufrido tal crisis y si son incapaces de hacernos comprender la realidad política, entonces es que han dejado de ser caminos que conducen a donde nos interesa ir y, por consiguiente, no merecen la pena de ser andades.

Comencemos con la crisis interna de tales métodos. Cuando en las ciencias sociales se habla de métodos científico naturales, la mayor parte de las veces se hace referencia a los métodos de la física clásica o newtoniana, a su creencia en la objetividad de la observación y en la existencia de una ininterrumpida relación causal entre los fenómenos, de lo que deriva la afirmación de que todos los fenómenos son reducibles a "leyes naturales" concebidas como relaciones absolutas y necesarias entre dichos fenómenos, etc. Pero lo cierto es que a partir de alrededor de 1890 la misma ciencia físico-matemática clásica está sufriendo una profunda crisis, de tal manera que la moderna investigación física ha tenido que abandonar los métodos y principios en que aquélla se basaba. No podemos tratar con detalle este difícil problema, pero sí debemos aludir a algunas de las conclusiones a que se ha llegado.

En primer lugar, los defensores de los métodos científico naturales consideraban como una decisiva ventaja de éstos la objetividad de la observación: mientras que el observador de la realidad cultural y social tiende a deformar esta realidad con arreglo a sus puntos de vista subjetivos, en cambio, las ciencias naturales y, sobre todo, la ciencia física, pueden observar la realidad sin deformarla; la observación deja intacto el hecho observado y, por tanto, ofrece garantías de objetividad. El resultado para las ciencias del espíritu fue la renuncia a todo lo que se sospechara pudiera tener como fuente las propias concepciones subjetivas del científico, la renuncia a todo planteamiento de valores y al conocimiento de las cosas de las cosas, para limitarse a ver en ellas un puro sistema de relaciones que, en la medida de lo posible, se pudieran medir y ofrecieran, por consiguiente, la certeza de los datos cuantitativos. Pero es el caso que el principio de la objetividad de la observación científico

natural fué cierto mientras la física se ocupó de objetos de magnitud media, pero dejó de serlo cuando se ha ocupado de objetos de otra magnitud. Resulta, así, que la física moderna admite — y no como deficiencia material de la observación sino, como necesidad lógica de la misma — que en muchísimos casos dicha observación no puede realizarse sin una deformación del objeto y sin un margen no ya de imperfección sino de denaturalización. Entrar en mayores explicaciones sobre este tema nos llevaría muchísimo tiempo y sería impropio de este lugar, pues para nuestro objeto no necesitamos demostrar sino simplemente mostrar los resultados a que han llegado los físicos más eminentes de nuestro tiempo. No se interprete que la física no sea capaz en absoluto de realizar una observación objetiva, sino simplemente que hay casos en que, por necesidad lógica, no la puede realizar y que, por tanto, la objetividad y la seguridad de la observación dejan de ser una de las características del método científico natural¹.

Otro principio fundamental de la ciencia natural clásica y que trataba de aplicarse a toda cosa a la realidad cultural y social era el principio de la causalidad ininterrumpida, de manera que toda la realidad se podía reducir a una cadena de relaciones de causa y efecto. Pero la moderna física cuántica ha demostrado la invalidez de este esquema para cierto plano del conocimiento físico².

Inspirándose en las ciencias naturales, fué ideal científico reducir toda realidad de cualquier índole que fuera a un sistema de leyes generales entendidas como relaciones absolutas y necesarias entre los fenómenos. Sin embargo, una vez que se ha quebrantado el principio de la causalidad y que se parte de la base de la imperfección de la observación, entonces cae por su base la posibilidad de formular tal tipo de leyes, que han de ser sustituidas, como han hecho los físicos modernos, por las de probabilidad, de modo que al principio de la determinación ha sucedido el de la probabilidad o de la incertidumbre³.

A estos aspectos de la crisis del pensamiento científico natural podemos todavía añadir otros no menos significativos y que ponen en cuestión los principios básicos de la física clásica. Pero para nuestro objeto es suficiente con lo enunciado, pues ello nos demuestra: a) lo

¹ Confr. para esto y para lo que sigue: F. Romero: *Filosofía de ayer y de hoy*, Buenos Aires, 1947, pp. 159 y ss. — J. Jaume: *Nuevos fundamentos de la ciencia*, Madrid, 1936; del mismo autor: *Historia de la física*, México, 1953, p. 284. — March: *La física del átomo*, Madrid, 1934. — P. Jordán: *La física del siglo XX*, México, 1950, pp. 121 y ss. — Para una visión de conjunto, aparte de la cit. obra de Romero, v. el libro de uno de los más eminentes físicos contemporáneos Sir Arthur S. Eddington: *La naturaleza del mundo físico*, Buenos Aires, 1948, que termina con una confesión de relativismo y de modestia bien distinta de la seguridad de que tradicionalmente se hacía gala en la ciencia física: "Así como los sistemas de Euclides, de Ptolemeo, de Newton han pasado su cometido, también los sistemas de Einstein y Heisenberg quizá serán reemplazados por algún otro que permita comprender el mundo de manera más completa" (edición 1951).

² Jordán: p. 102. — Romero: 162 y ss. — March: p. 107 y ss.

³ Romero: *loc. cit.* — Jordán: 127. — March: 108. — Jaume: *Historia*, 308.

inconsistente de la idea de la absoluta objetividad e incommovilidad de los métodos científicos naturales; b) por consiguiente, la caída por su base de lo que constituía la razón fundamental para aplicarlos a otras esferas de la realidad; c) que la misma física los ha abandonado cuando ha tenido que estudiar nuevos aspectos de la misma realidad física, sustituyéndolos por otros métodos adecuados a la captación de los problemas planteados, lo que demuestra que cada realidad tiene sus propias exigencias metódicas.

En resumen, como dice Romero: "La ciencia natural se envenenó de captar sus objetos con una objetividad y un rigor no alcanzados por las ciencias del espíritu. Por una parte, era capaz de determinar con estrictos los hechos, de discriminar las condiciones de cada fenómeno, llegando por abstracción y generalización a formular leyes aptas para la previsión del caso particular; por otra, sus observaciones gozaban del privilegio de la objetividad, esto es, de registrar el hecho sin una influencia de la observación misma en el proceso natural, fuera éste espontáneo o provocado experimentalmente. Ni una cosa ni otra eran factibles en las ciencias del espíritu. Más de una vez se supuso y se argumentó que la psicología y las ciencias de la cultura sólo alcanzarían su plena dignidad científica cuando se elevaran al rigor y a la objetividad reinantes en las ciencias de la naturaleza. Lejos de aproximarse por este lado las ciencias del espíritu a las de la realidad natural, son éstas, como se ha visto, las que se han acercado a ellas en los modos de su experiencia, al verse reducidas en su capa más remota — esto es, en su saber fundamental — al recuento estadístico y a las leyes de probabilidad, y al deber de admitir el influjo transformante de la observación sobre el proceso observado"¹.

Podemos, pues, concluir que la misma ciencia física se ha encargado de transformarse y convertirse en absurda la noción de que las ciencias del espíritu sólo podían ser "científicas" si aplicaban los esquemas mentales y los métodos de las ciencias naturales. Ésta misma ha dado el argumento para que las ciencias del espíritu se acucidan la servidumbre de métodos formados sobre realidades extrañas.

B) La ciencia política como ciencia de comprensión.

Pero, aparte de ello, la irrelevancia de los métodos científico naturales se muestra por un análisis de la distinta naturaleza y problemática de la realidad espiritual (cultural y social). Por de pronto, tal realidad ha sido creada por actos y decisiones de los hombres. Ahora bien, todo acto humano y, por consiguiente, también los políticos, tienen una motivación, es decir, son provocados por alguna circunstancia; pero importa distinguir entre motivo y causa en el sentido científico natural: los motivos son la condición para que se realice un acto o se tome una decisión, pero no determinan a tales actos o decisiones, es decir, no hacen que se realicen necesariamente. Francia e Inglaterra declararon la guerra a Alemania, entre otras razones, porque este último país invadió a Po-

¹ Op. cit., pp. 171 y s.

lonia; la invasión de Polonia fué, pues, uno de los motivos de dicha declaración, pero no fué su causa determinante puesto que, a pesar de dicha invasión, podían no haber declarado la guerra, tal como no lo hicieron cuando la misma Alemania invadió a Austria o a Checoslovaquia; si entraron en la guerra fué porque habían decidido no tolerar una nueva agresión alemana. Tomemos otro ejemplo: un estudio socio-estadístico sobre el suicidio — como el famoso de Durkheim — puede, tras laboriosas estadísticas, darnos un conocimiento de las "causas" por las que el hombre se suicida, es decir de los motivos por los que toma tal decisión, pero tales "causas" no tienen carácter determinante puesto que en el mundo hay muchas personas que ante esas mismas situaciones que se nos muestran como causas — desastre económico, pérdida de la honorabilidad, enfermedad incurable, etc. — no adoptan la decisión de suicidarse. Por consiguiente, nada o muy poco tiene que hacer aquí la causa entendida en el clásico sentido científico natural de la palabra, porque si bien toda decisión o acto tiene unos supuestos o antecedentes, no es menos claro que, entre ellos, y sus resultados, y consecuencias, se interponen la libertad del hombre, libertad que, ciertamente, no se despliega de un modo arbitrario y caprichoso sino siempre dentro de los problemas, de las posibilidades y de los límites que le ofrece la situación en que está inserto, pero a la que, en todo caso, cabe interpretar de varias maneras y ante la que cabe más de una decisión o incluso la de no tomarla. En consecuencia, el hombre responde a la situación, contesta a lo que le plantea, pero no reacciona como una fuerza física ante otra o como el animal frente al estímulo.

Pero, además de motivación, los actos de los hombres tienen intencionalidad, pues no sólo se hacen las cosas por algo sino también para algo, no sólo tienen un origen sino también una orientación. Lo que decimos de los actos de los hombres vale también para los de las instituciones que han sido creadas por tales actos y que se manifiestan a través de ellos. La intencionalidad tiene: a) carácter racional, cuando la acción o la decisión están calculadas para lograr una finalidad, la cual, a su vez, puede ser: i) axiológica si tal finalidad es la realización de un valor o de un grupo de valores, así, por ejemplo, la intencionalidad de las declaraciones constitucionales de derechos individuales es la realización de la libertad; pero puede ser también: ii) de carácter racional técnico o puramente racionalista, cuando trata de conseguir un resultado teniendo simplemente en cuenta su conveniencia o eficacia, con exclusión de cualquier otro factor; así, por ejemplo, la organización de un departamento del gobierno de forma que dé el mayor rendimiento posible con el menor esfuerzo posible, o el cargo diplomático de una potencia por parte de otra, aunque esta última no está convencida de su causa y siempre que la formación de tal cargo no se vea obstaculizada por consideraciones éticas, de decencia internacional, de afecto hacia la otra potencia, etc. La intencionalidad axiológica y la puramente racional o técnica pueden darse juntas en un mismo fenómeno; así, por ejemplo, la división de poderes en el Estado liberal tiene una intención axiológica en cuanto que está calculada para asegurar la vigencia de la libertad, a la que se considera como un valor político (pues el poder, según Montesquieu, es siempre

de la libertad y, por consiguiente, es preciso debilitarlo, y para debilitarlo hay que dividirlo); pero dicha división de poderes tiene también una intencionalidad puramente racional o técnica en cuanto que es un modo de distribuir el poder entre varios órganos, de acuerdo con las funciones del Estado y a fin de que éstas sean mejor atendidas. En el primer caso, sirve a un valor (la libertad); en el segundo, es una simple aplicación del principio de la división del trabajo. Hasta ahora hemos hablado de una intencionalidad racional con carácter axiológico o técnico, pero cabe también, b) una intencionalidad irracional o emotiva, que no se ocupa de establecer conexiones lógicas sino de dar rienda suelta a un impulso; por ejemplo, una declaración política insultante en la que no se pueda ver una articulación lógica. Se deriva de todo lo dicho que los actos humanos tienen un sentido y que captamos este sentido cuando somos capaces de establecer su conexión de motivo y de intención con el todo axiológico, lógico, o emotivo en que están insertos.

Ahora bien, es el caso que los actos y decisiones humanas no siempre responden a la intencionalidad de sus actores, ni logran los resultados a que se orientaban. Ello es así porque no se mueven en un vacío sino dentro de una cierta situación sobre la que tienen unos efectos, en la que encuentran ciertas resistencias, en la que provocan ciertas respuestas y en la que se conectan con condiciones y acontecimientos imprevisibles. Dicho de otro modo, se engarzan en una estructura a la que condicionan pero por la que son, a su vez, condicionados, de acuerdo con lo antes explicado respecto a las relaciones entre la estructura y sus componentes (p. 11 y ss.). Resulta, así, que un acto puede tener una intencionalidad y, por tanto, un sentido subjetivo, el cual sea distinto de su sentido objetivo, a la vez que puede dar lugar a implicaciones que no pasaron por la mente del actor. Así, por ejemplo, la intención — aunque no la única intención — con que Inglaterra y Francia declararon la guerra a Alemania fue la defensa de la independencia de Polonia, pero las significaciones objetivas de la guerra han sido, entre otras: a) el paso de Polonia a la dependencia soviética; b) la escisión del mundo en dos centros de poder internacional en relaciones — hasta ahora — de antagonismo. Nada de esto estaba en la intencionalidad de Inglaterra y Francia al declarar la guerra. La intención de Bacon (1561) y de Descartes (1596-1650), fué de depurar o establecer los métodos para el desarrollo del pensamiento, pero en manera alguna pretendieron que tales métodos pudieran afectar a las instituciones y a las ideas políticas sino

que, por el contrario, declaran expresa y sinceramente repugnarles tal cosa¹, y sin embargo entre las significaciones objetivas de su pensamiento se cuenta la de haber sido instrumento crítico y destructor de las ideas y de la realidad política de la época. Por consiguiente, unos mismos hechos significan cosas distintas según la estructura en que están insertos: como antes hemos visto, el sufragio universal en un país adelantado significa que el poder es ejercido por el pueblo y que, por tanto, nos encontramos ante una democracia; el mismo sufragio en un país atra-

¹ Bacon: *Novum organum*, I, 90. — Descartes: *Discursos del método*, pp. 14 y 15 de la ed. de la U. de P. R., a cargo de R. Frontón, Madrid, 1954.

sada, significa muy probablemente que el poder está realmente en manos de aquella minoría de quien depende económicamente la mayoría de la población y que, por tanto, nos encontramos ante una oligarquía, aunque con fachada democrática.

Por supuesto, la significación de un acto, de una decisión o de un pensamiento, no se refiere sólo a los efectos que tenga en la vida histórica sino también a lo que diga respecto a ella, a su calidad e importancia como representativo de ella, a lo que denota. Así, por ejemplo, la declaración de la ley marcial es significativa de que se ha producido una anomalía en la vida política de un pueblo; los sistemas de Bacon y Descartes — aparte de sus ulteriores efectos — son significativos de la crisis del sistema de ideas medievales y, con ello, de toda la estructura medieval.

Ahora bien, el método científico natural no nos aclara ni la motivación, ni la intencionalidad, ni, en resumen, la significación de las cosas, y por tanto no nos hace accesible el conocimiento de todas esas realidades que tienen como supuesto las actividades de los hombres. De aquí que se hayan contrapuesto las ciencias naturales como ciencias explicativas a las ciencias del espíritu como ciencias de comprensión. Explicamos una cosa cuando conocemos la cadena de causas que la han producido, sea que dicho conocimiento se haya logrado mediante la experiencia empírica, sea que se haya deducido por vía de hipótesis todavía sin comprobar experimentalmente. Comprendemos algo cuando captamos su sentido subjetivo y objetivo, o, dicho de otro modo, cuando conocemos su significación, es decir, su motivación y su intencionalidad y su función, resultados y denotación dentro de la estructura en la que está inserto. Así, pues, sólo podemos conocer el significado de un hecho si lo ponemos en conexión con un todo estructural, pero, a su vez, un hecho es significativo cuando nos dice algo sobre la naturaleza de una estructura, cuando nos la aclara de tal modo que sin él nuestro conocimiento sería incompleto. En consecuencia, comprendemos un hecho cuando conocemos su significación en un todo estructural y, por otra parte, conocemos este todo a través de hechos significativos. Veamos cómo la teoría de los tipos sirve de instrumento para el conocimiento de tales significaciones. Mas antes vamos a poner un ejemplo desagradable pero adecuado para resumir todo lo dicho. Imaginémosnos el siguiente hecho: un hombre está apoyado en una pared frente a otros hombres armados; estos hombres hacen fuego y aquél cae muerto.

Una pura explicación científica natural nos diría más o menos lo siguiente: unos hombres han apretado un resorte que ha puesto en movimiento un mecanismo, el cual ha producido una explosión que, a través de cartuchos produciendo una chispa que al encender la pólvora contenida en ellos le ha transformado en unos gases que al expandirse han proyectado la bala que aquellos tenían incrustada; esta impulsión ha sido dirigida en una determinada dirección por el cañón de las armas, adquiriendo una trayectoria que ha concentrado en su línea un cuerpo humano al que le han perforado ciertos órganos vitales lo que — y aquí podría seguir la explicación científica — le ha producido la muerte. Tal sería la explicación científica natural construida sobre una cadena causal y

en la que se manifiestan unas leyes naturales, pues supuestas ciertas condiciones, la pólvora siempre se inflama, las balas siguen una trayectoria prevista, etc. Pero ¿sabemos qué es este hecho?, ¿sabemos qué significa?, ¿lo comprendemos? Evidentemente no. Todavía no sabemos si tal acto es una violación del derecho, si es un crimen de unos gangsters, o si, por el contrario, es una ejecución judicial y, por tanto, una realización del Derecho. Para ello tenemos que ponerlo en conexión con la estructura jurídica en que está inserto, tenemos que conocer el sentido que tiene dicho acto y a tal fin, y por lo pronto, conocer su motivación, pues sólo ella podrá decirnos si es un quebrantamiento o una ejecución del Derecho.

Vamos a suponer que sea una ejecución judicial y que se deba, por tanto, a un quebrantamiento del Derecho. Pero, supuesto ello, dicho quebrantamiento no conllevaba necesariamente el fusilamiento, pues aparte de que el reo pudo haber escapado o tener, quizá, las suficientes influencias personales para torcer la vara de la justicia, bien pudo el jefe del Estado indultarlo de su pena capital si creía que el bien público estaba mejor servido no ejecutándose la sentencia. Aquí aparece el factor de la intencionalidad: tal hombre ha sido ejecutado para garantizar el cumplimiento del Derecho, para defender a un orden social o político y para que el bien público — tal como ha sido interpretado por los que tienen el poder — sea mejor servido. Pero si conocemos ya su significado jurídico, estamos todavía lejos de comprender el hecho en su totalidad, pues ese hombre ha podido cometer su delito para dar rienda suelta a sus impulsos criminales o para su propio beneficio, pero también ha podido cometerlo con una intención política, en cuyo caso el hecho tiene una significación política de la que carece en el primer supuesto y una significación ética bien distinta de la que tendría si fuera un criminal común. De aquí se deriva que no solamente la ejecución sino el mismo acto que la motivó — por ejemplo, un asalto a mano armada, un ataque a la fuerza pública — tiene distinto significado, que se nos revela no cuando conocemos el hecho sino cuando trascendemos de ese hecho hasta conocer la conexión política y moral. Vamos a suponer que el hecho en cuestión tuviera un motivo y una intención políticos. Pero todavía nos queda por saber si, desde el punto de vista del gobierno establecido, la ejecución es un acto de energía, de frío cumplimiento del derecho o de debilidad, pues también por debilidad y miedo se puede matar a un hombre. En consecuencia, para saber qué es dicho acto tenemos que saber qué significa desde el punto de vista de la situación política y, para ello, tenemos que conectarlo con el conjunto de factores que integran tal situación. Finalmente, si bien la intención del gobierno ha sido probablemente afianzarla, bien puede ocurrir que ese hombre se convierta en un mito capaz de promover el entusiasmo de la gente y de acrecentar su odio contra el gobierno establecido, contribuyendo así poderosamente al derrocamiento de ese gobierno, en cuyo caso el significado de dicho fusilamiento sería el de haber acelerado la caída del régimen. Por supuesto que todavía podría verse en dicho acto otra serie de significaciones de muy distinta índole. Pero con lo dicho basta para mostrar que sólo la trascendencia del hecho mismo, sólo su conexión con las estructuras jurídicas, éticas

y políticas en que está inserto nos ha permitido saber qué es, al decirnos qué significa.

5. Tipos.

Se llama tipo a una forma conceptual que a la vez que reduce una serie de fenómenos a unas notas comunes los singulariza frente a otros que no poseen dichas notas e características. Por ejemplo, "Estado liberal" es un tipo de Estado que abarca en su seno a una pluralidad de Estados en una época dada (Gran Bretaña, Francia, etc.), pero que los diferencia frente a Estados de otro tipo, como, por ejemplo, el "Estado totalitario" o el "Estado absolutista". Dicho de otra manera; los tipos son *individualidades colectivas*; individualidades, puesto que singularizan frente a otros tipos; colectivas, porque encierran en su seno a una pluralidad de ejemplares. Este concepto coincide con la acepción vulgar de la palabra típico; por ejemplo, "bailes típicos" son bailes de un pueblo y, por tanto, de una colectividad, pero, al mismo tiempo, característicos de un pueblo frente a otro, es decir, de una individualidad social. Los tipos pueden formarse de las siguientes maneras:

A) Destacando un ejemplar considerado como la representación más perfecta de una idea o de una forma, el cual puede inspirarse y actuar como constitutivo de un grupo de ejemplares. Cuando es el original sobre el que se han modelado otros ejemplares se le llama prototipo; así, por ejemplo, Inglaterra ha sido prototipo de los Estados liberales y Suiza y Estados Unidos de los Estados federales. Por ser la representación más perfecta u originaria, sirve de modelo, da la pauta a los demás, en cuyo caso se le llama arquetipo, de tal manera que los restantes ejemplares caen o no dentro del tipo en la medida que coincidan con el ejemplar en cuestión. Así, una consideración arquetípica de los Estados Unidos como Estado federal llevaría a negar tal carácter a todos los Estados cuya estructura no coincida con la de los Estados Unidos. Durante el siglo XIX, Inglaterra fue considerada como arquetipo de Estado liberal influyendo de este modo en la estructura constitucional y, en general, política de otros Estados.

B) El tipo genérico se forma comparando un conjunto de fenómenos, que se presume responden a los mismos principios estructurales, y procediendo a eliminar: a) lo que no sea común a todos ellos, y b) lo que sea común con unidades de otro grupo, es decir, lo que no sea específico del grupo en cuestión; y, después, a destacar y a reunir en un sistema lo que sea común y característico. Veámoslo con un ejemplo: si queremos formar el tipo "Estado liberal", procederemos a comparar una serie de Estados que presuntamente tienen tal característica (Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, Suiza, Bélgica, Suecia, etc.). Observaremos que todos estos Estados están dotados de poder soberano, de territorio, de población, etc., pero como estas notas son comunes a todo tipo de Estado, las eliminamos; observaremos también que unos son monárquicos y otros republicanos, que unos son presidencialistas mientras otros son parlamentarios, que unos son federales, otros centralizados y otros descentralizados, que unos atribuyen a la justicia el control constitucional de

las leyes mientras que otros no lo hacen, etc., y, en cuanto que ninguna de estas características es común al grupo, quedarían también eliminadas. Y, entonces, quedarían unas notas comunes a todos ellos, pero que no se dan en otro tipo de Estado y que podrían ser: a) la limitación del poder del Estado por un sistema de derechos individuales; b) la división de poderes; c) el Estado de Derecho; d) la neutralidad del Estado. A estos tipos también se les llama reales o promedios.

C) El tipo ideal. El método que acabamos de reseñar, aunque aparentemente sencillo y razonable, puede muy bien conducir — y en realidad está inclinado a conducir — a resultados falsos, sencillamente porque los conceptos políticos no responden a criterios cuantitativos o promedios sino a criterios cualitativos. Siguiendo el método anterior resultaría, por ejemplo, que la facultad de la jurisdicción americana para fiscalizar las leyes no sería una característica liberal, por el simple hecho de que no se encuentra en otros Estados indudablemente tenidos como liberales. Pero lo cierto es que la facultad de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes no sólo es liberal sino que responde perfectamente a la lógica del liberalismo e, incluso, es una consecuencia necesaria de dos principios tan esenciales al liberalismo como la división de poderes y la supremacía del Derecho y, por ende, de la Constitución sobre el resto de las normas jurídicas. Y prueba empírica de que es así nos la da el hecho de que la mayoría de los Estados liberales han ido introduciéndola, en una u otra forma, el principio de la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes. Veamos otro ejemplo: como no todos los países considerados democráticos — por ejemplo, Estados Unidos — han instituido el referéndum, la iniciativa popular y el plebiscito, resultarían estas dos posibilidades: o bien tales países no serían democráticos o bien no lo son tales instituciones, lo que constituye dos consecuencias absurdas.

Distinto es el punto de vista desarrollado por Max Weber, y que ya contaba con una rica tradición en las ciencias sociales. Aquí el tipo no se constituye por abstracción sino por penetración, no es cuantitativo sino cualitativo, no se orienta hacia lo genérico sino hacia lo individual, no pretende ser una descripción de la realidad sino un instrumento para captarla. El tipo ideal es una "imagen mental que reúne determinadas relaciones y procesos de la vida histórica en una concepción concebida como un cosmos (sistema) sin contradicciones"¹. Tal tipo ideal se forma, según las propias palabras de Weber, mediante "la acentuación parcial de uno o de algunos puntos de vista y la agrupación de un cúmulo de fenómenos particulares difusos y discretos², que se dan en unos casos más y en otros menos o incluso que no se dan, los cuales se acomodan a ese punto de vista particularmente destacado hasta constituir una figura unitaria"³.

Así, por ejemplo, si queremos formar el tipo "individualismo moderno", procederíamos — esquemáticamente hablando — de la siguiente ma-

¹ Max Weber: *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, en *Schriften zur abstrakten Soziologie*, etc. Frankfurt, 1947, p. 60 (Hay traducción inglesa).

² Diccióno significa aquí "separado".

³ Op. cit., p. 61.

nera: a) dentro de las ideas y actitudes con vigencia en la época moderna, accentuaríamos, resaltaríamos, destacaríamos (o empleando un argotismo, "enfaticaríamos"), la idea de que el individuo es la realidad primaria y que las colectividades y la cultura no son más que meras funcionalidades a su servicio, de modo que nada tiene valor ni sentido si no está al servicio del individuo. Tal idea no la hemos imaginado nosotros, tal idea se da, de manera más o menos consciente o inconsciente, clara o confusa, en la realidad histórica moderna; lo único que nosotros hemos hecho es clarificarla y accentuarla y, si se quiere, exagerarla como recurso metódico; b) procederíamos después a seleccionar entre los pensamientos, actitudes, instituciones, incluso creaciones artísticas y literarias (Robinson Crusoe), de la época moderna, todo aquello que responda a tal idea, es decir, todo aquello que constituya un despliegue, un modo de manifestación del principio individualista. Esta manifestación puede darse en unos casos y no en otros, en un tiempo pero no en otro, solamente en unos países, o bien en las relaciones económicas pero no en las familiares; puede incluso no darse en ninguna parte y en ningún tiempo en un determinado aspecto de la vida, pero aún así nos interesaría si tal conducta — que empíricamente no se ha dado — fuera, sin embargo, acorde con la lógica del principio; c) finalmente, procederíamos a organizar todos los fenómenos así destacados — y qué en la realidad de la vida aparecen mezclados, obstaculizados y en contradicción con otros — en un sistema unitario y libre de contradicciones y tendríamos, así, el "individualismo moderno" como tipo ideal. El tipo ideal nos dice, pues, cómo sería una realidad si se estructurara con todo rigor con arreglo al principio que la informa y sin perturbación alguna de errores u obstáculos para su desarrollo.

De lo dicho se desprende que el tipo ideal es una construcción intelectual y no, por tanto, una reproducción exacta sino, más bien, deformada de la realidad, o, para decirlo con palabras de M. Weber: "en su pureza conceptual no se encuentra nunca en la realidad empírica, es una utopía y para el trabajo histórico se plantea la cuestión de fijar en cada caso individual, cuán próxima o lejana está la realidad de esa imagen ideal"¹, no es ni siquiera algo de lo cual la realidad sea un ejemplar, "sino que tiene más bien la significación de un concepto límite con el que se mide la realidad para esclarecer determinados componentes significativos de su contenido empírico"². En efecto, el concepto individualismo, a que antes hemos aludido, no puede pretender ser una imagen real de la realidad, por la sencilla razón de que en toda sociedad junto a los momentos individualistas se dan los altruistas, los colectivistas, los socializados, etc., pero si nos sirve para ver hasta qué punto una sociedad es individualista y hasta qué punto no lo es. Si a una sociedad le aplicamos otros tipos ideales — por ejemplo, colectivismo o transpersonalismo — entonces sí que, entre todos, tendríamos una imagen real de la realidad. Las formas clásicas de gobierno — monarquía, aristocracia, democracia — eran tipos ideales (pues, como hemos dicho, este método se

¹ Weber: *Op. cit.*, p. 81.

² *Op. cit.*, p. 85.

ha empleado mucho antes que Max Weber, si bien corresponde a éste el mérito de haber esclarecido su lógica y significación). Ahora bien, si tratamos de esclarecer la organización política inglesa con arreglo a dicha tipología (lo que estaría fuera de lugar dados los conceptos más eficaces con los que hoy cuenta la ciencia política, pero que lo hacemos aquí al solo título de ejemplo esclarecedor), nos encontraríamos con que es ciertamente una monarquía, puesto que tiene un rey hereditario, pero también es una aristocracia, puesto que hay una Cámara de los Lores, e indudablemente una democracia, puesto que funciona una Cámara de los Comunes dotada de amplios poderes y elegida por sufragio universal. En consecuencia, la estructura constitucional inglesa no responde a ninguno de los tipos aisladamente considerados, pero sí a una combinación de los tres; por consiguiente: ninguno de tales tipos es real, pero la realidad se nos revela al examínarla a la luz de los tres. Veamos otro ejemplo: los conceptos "unitarismo" y "federalismo" son tipos ideales que en su pureza quizá no se den en ninguna parte; por otro lado, la ciencia política ha construido como tipos reales — es decir, con la pretensión de ser reproducción de la realidad — los conceptos "Estado federal" y "Estado unitario". Ahora bien, es notorio que los Estados federales se han caracterizado durante los últimos tiempos por un considerable aumento de las atribuciones del centro a costa de las de los Estados miembros. Como consecuencia de ello el concepto "Estado federal" como tipo real no corresponde en muchos casos a la realidad actual de los Estados federales, pero, en cambio, quizá la nueva situación de los Estados federales se nos revelase mejor mediante los tipos ideales "unitarismo" y "federalismo", pues nos permitirían ver en qué medida y hasta qué punto el Estado federal comienza a estar dominado por tendencias unitarias. Resulta, pues, que el tipo ideal puede darnos un conocimiento más certero de la realidad que el llamado tipo real. El tipo ideal está concebido como "un intento de analizar las individualidades históricas", mientras que a los tipos genéricos o promedios se les escapan las particularidades de una época o de un pueblo y, en general, de toda figura particular.

Después de lo dicho apenas hay que aclarar que en los tipos ideales el vocablo "ideal" no tiene significado normativo, es decir, no expresa algo a lo que la conducta deba tender. No tienen naturaleza axiológica sino lógica. No son juicios de valor sino juicios lógicos. Un tipo ideal puede formarse tanto de una asociación criminal como de una comunidad religiosa.

D) Hace algunos años (1940), el economista W. Eucken ha desarrollado una teoría que podríamos denominar de los tipos esenciales, que consiste substancialmente en lo siguiente: a) un examen de la realidad económica (y lo mismo podría afirmarse de la política) muestra que ésta puede organizarse en una pluralidad inmensa de ordenaciones o estructuras; b) sin embargo, un examen más profundo muestra también que tales estructuras no son más que el resultado de la combinación de unas cuantas formas puras: "así como con dos docenas de letras puede formarse una enorme variedad de palabras, de composición distinta y de longitud diferente, así también puede formarse con un reducido número de formas puras y elementales, una variedad indefinida de formaciones económicas concre-

tas¹); c) mediante un análisis fenomenológico de la realidad, es decir, no procediendo especulativamente sino enfrentándose con fenómenos individuales hasta penetrar en sus esencias, es posible el descubrimiento de ciertas formas puras o elementales, las cuales no están todas presentes en cada forma concreta, pero sí resulta que toda forma concreta constituye una combinación de algunas de ellas, de manera que "contienen en su conjunto... todos los elementos formales con los que se construyen todas las órdenes... concretas en todos los tiempos y en todos los lugares"²); d) la misión de la ciencia sería, por consiguiente, aprehender esas formas puras y articularlas en un sistema con arreglo al cual pudieran conocerse las formas concretas e individuales en que se manifiesta la realidad, ya que ésta como antes se ha dicho, constituye siempre una específica articulación de formas puras; e) mientras que el número de las estructuras concretas es infinito, en cambio, el número de las formas puras es finito y reducido en número.

La aplicación de este método a la ciencia política supondría: i) que tendríamos que encontrar los momentos constitutivos esenciales de toda realidad política. Supongamos que estos sean poder, orden y fines; ii) que tendríamos que establecer los tipos esenciales de poder, orden y fines; iii) que con estos tipos esenciales podríamos interpretar cualquier estructura política. No es nuestra misión aclarar aquí si el método de Eucken es aplicable al estudio de la economía, pero lo es determinar en qué medida pueda serlo a la ciencia política. Estimamos que aplicando dicho método podemos obtener los conceptos esenciales de cuya combinación resulten las distintas estructuras políticas básicas. Pero creemos que con ello no lograremos captar el contenido concreto y la significación de cada una de las estructuras políticas individuales, sino que, para lograr este objetivo, hemos de aplicar preponderantemente el método de los tipos ideales en el sentido de Weber.

4. Conclusión.

En conclusión, la tarea de la ciencia política consistirá en lo siguiente:

a) Tratar de saber qué es la política, es decir, tratar de captar sus notas esenciales, que nos permitirán definir su campo frente al de otras ciencias.

b) La formación de un sistema de conceptos políticos fundamentales adecuado para comprender formalmente cualquier estructura política ya que éstas se constituyen mediante una combinación de ellos. Tales conceptos, que corresponden a los tipos esenciales o formas puras de Eucken, son los siguientes: i) los tipos de poder; ii) los tipos de relación y ordenación; iii) los tipos de finalidades.

c) Comprender las estructuras políticas en su singularidad histórica y en su contenido individual y concreto, para lo cual utilizaremos preponderantemente los tipos ideales en el sentido de Weber.

¹ W. Eucken: *Cuestiones fundamentales de la economía política*, Madrid, 1947, p. 108.

² *Op. cit.*, p. 178.



EL DERECHO Y LAS CIENCIAS SOCIALES, ESPECIALMENTE LA SOCIOLOGIA *

KARL N. LLEWELLYN

(Traducción de E. Vera Villalobos)

Es práctica común mantener al derecho apartado de todo contacto fraterno con las disciplinas sociales. En parte, son culpables de ello los hombres de leyes. Para éstos, los "problemas jurídicos" se refieren a la interpretación correcta desde el punto de vista doctrinario de las normas jurídicas y algunos juristas de fama han creado solemnemente "sistemas" en los que, no menos solemnemente, se considera que el "derecho" consta exclusivamente de "normas" o de "imperativos"; y el estudio del "derecho" ha sido considerado incluso por profesores universitarios primordialmente como el estudio de las normas jurídicas, y así sucesivamente hasta el punto de que una persona ajena al derecho podría pensar con razón que para el derecho no existen más que esas normas terminantes, de origen legislativo u otras, que explican la forma en que se considera que deben comportarse los funcionarios en 2.461.879 contingencias diversas y sutilmente diferentes. Y ya que es evidente, casi por definición, que solamente un jurista avarado puede moverse con comodidad y precisión entre esas normas de derecho y sus matices de significado doctrinariamente correctos, no es de extrañar que los cultores de otras disciplinas sociales se mantengan alejados. En efecto, si lo único que puede hacer el abogado consiste en informar cuál es la regla correcta desde el punto de vista doctrinario, entonces pertenece a esa clase de disciplina acerca de la cual un triste alemán observaba en cierta ocasión que "El día de mañana, la Legislatura puede derogar toda mi *Wissenschaft!*" **, atributo que en verdad no recomienda los hallazgos de esa disciplina a los investigadores vecinos, quienes en cambio consideran su propia obra como ciencia auténtica.

A través de los años tampoco he visto que se realizaran intentos decididos de acercamiento por parte de las disciplinas sociales ni de la sociología en particular. Cuando era joven solía oír entre mis amigos sociólogos afirmaciones tan presuntuosas como esta: "Yo estudio el delito desde el punto de vista sociológico y no desde el punto de vista jurí-

* Publicado en 1949 por la revista "Harvard Law Review".

** En alemán, "ciencia" (N. del T.).

dice"; sospecho que aún hoy pueden escucharse afirmaciones semejantes (tal vez sustituyendo la palabra "sociológico" por "psiquiátrico"), aunque resulta evidente que si se suprime lo "jurídico", se elimina a la vez el "delito" ¹. Ya un poco mayor, empecé a ver que cuando se hablaba de derecho se aludía exclusivamente al más elaborado, al de "los códigos", al que era apoyado por el Estado; pero advertí que no se hacían grandes esfuerzos, por ejemplo, para explorar las interesantes diferencias existentes entre un "código" creado y aplicado por especialistas profesionales, y otro no tan favorecido. Constantemente he escuchado discusiones sobre el "derecho", entendido como un sistema de "control social" de personajes indeterminados por otros personajes indeterminados, con finalidades indeterminadas, y por medios que a veces se indican de una manera más bien vaga. Actualmente, considero que excepto algunos pequeños trabajos realizados en el campo de la criminología y algunos sobre relaciones obreras, el aspecto cuantitativo de la sociología tiende a desdolar el aspecto jurídico y que incluso los excelentes análisis cualitativos que ha realizado el pensamiento sociológico más caracterizado de la última década, año más o menos, no ha hecho gran cosa por desarrollar la obra de pioneros iniciada en el campo del "derecho" por ejemplo por Bentley y por el pensamiento extraordinariamente agudo de Max Weber.

Lo que aquí se sostiene es que la elección de una vía distinta de acceso al derecho facilitaría el contacto y la comunicación recíproca entre el derecho y las otras disciplinas sociales, con fructíferos resultados para ambas partes; pues los observadores más agudos han visto desde hace tiempo que el derecho es mucho más que meras reglas. Pound, por ejemplo, uno de los más perspicaces, viene insistiendo desde hace unas tres décadas sobre una serie de cosas a las que la mayoría de los sociólogos y hombres de gobierno vuelven obstinados la espalda ². Para él las normas son una parte importante del derecho; las considera reglas para la conducta ("precepts"), y no "reglas de la conducta", como suelen hacerlo

¹ A menos que, en una u otra forma, todos nosotros (o algunos que pretenden actuar por todos nosotros, una vez más de la conducta indeseable, ¿qué lugar queda para la idea del "delito"? Los enfoques "sociológicos" o "psicológicos" poseen su legitimidad, pero ésta debe basarse en alguna noción de lo "delictivo", y utilizarse como punto de partida. Las cuestiones que se proponen resolver dichos enfoques son: ¿Cuál es la conducta (pasada o futura) que puede ocasionar un perjuicio general? ¿Quién ha de ocuparse de ella? ¿Cómo? Por supuesto, el derecho a la antigua puede resultar un poco atrevido en tales materias. Pero, como nos lo recordara tan sagazmente Dennis, antes de que lo hiciera Hitler, la cuestión del "cómo" tiene, cuando menos, dos aspectos. Pues se trata no sólo de saber qué hacer con el criminal una vez que lo tenemos en nuestros manos, sino también de cómo distinguirlo del común de la gente, para cobrarle el gesto.

² No menos notable es el escepticismo que, y sobre todo el poco desarrollo de que ha sido objeto la obra de Pound en sus aspectos más originales y fructíferos; e incluso en sus exageraciones y sus errores, que no han sido corregidos. El derecho tal como lo conocemos ahora aún de un elemento necesario para su salud: un sistema teórico y de aplicación de la teoría que sea activo, concreto, de utilidad crítica y constructiva, y constantemente puesto a prueba. Pero podría haberse esperado que el predicamento universal de que goza Pound habría dado lugar a una excepción en su caso.

muchos autores (juristas y no juristas), por culpa de una extraña y persistente confusión. Pound agrega como ingredientes del derecho los conceptos, normas, principios e ideales: toda una gama de herramientas y moldes tradicionales de los hombres y de su trabajo que, muy frecuentemente, funcionan independientemente de toda formulación verbal. Así, el afán de justicia en el quehacer jurídico conserva toda su fuerza aunque ningún hombre sepa decir qué es la justicia; el ideal de rectitud para el juez y los demás funcionarios judiciales tiene vida y significado aunque nadie sea capaz de traducir su contenido en palabras.

Pound prosigue, llegando a incluir en el derecho "una técnica", una técnica "enseñada", que sirve para elaborar y utilizar esos valiosos materiales como medio de control, de orientación y de decisión, y agrega "el" proceso judicial y "el" administrativo. Todas estas frases simplifican más de lo que fuera aconsejable. "La" técnica es en realidad una serie de técnicas bastante complicadas y polifacéticas; partes considerables de ellas no se enseñan, ni llegan a manifestarse de manera explícita, aunque la mayoría de los juristas aprenden (por ejemplo, las que nos permiten resolver cuándo conviene refrenar los efectos de un precedente judicial o de una norma legal, y cuándo en cambio fomentar su desarrollo); igualmente hay muchas clases diferentes de procesos dentro del campo judicial (recordemos las enormes diferencias existentes entre la vista de causa y la apelación, entre la vista de causa ante tribunal y ante jurado, entre un juez de paz novel y un juez de circuito, hábil y experimentado) y por supuesto, más aún dentro del campo administrativo. Pero tales refinamientos no hacen al meslo del asunto, es decir, al hecho de que mediante la inclusión de las técnicas y los procesos, Pound ha logrado que el "derecho" trascienda del mundo meramente normativo, del mundo de las palabras y los significados, llevándolo al mundo de la acción, de la conducta humana, de los cauces y esquemas reales que se adaptan en la efectiva realización de las cosas, y lo que es más, de la gente que realiza esas cosas. No hay técnicas sin técnicos ni procesos sin gente. Pound añade, además, el "ordenamiento jurídico", pero no se ocupa de definirlo y apenas se limita a mencionarlo; sin embargo es fácil comprender que ese "ordenamiento" implica una buena proporción de "obediencia", de "respaldo" y de organización, y a nadie escapa que "el ordenamiento jurídico" debe incluir también a ciertos organismos en funcionamiento, tales como los tribunales, las legislaturas, las editoriales jurídicas y la policía. Todo cuanto hay que hacer es tomar un concepto de la sociología: la institución, y declarar que en ella se incluyen los usos efectivos pertinentes, los especialistas apropiados, el equipo físico necesario y la forma de organización del conjunto; de ese modo la imagen que tiene Pound del derecho — la institución del derecho — se convierte de inmediato en algo que cualquier estudiante de lo social puede manejar y comprender sin prevenciones; en un objeto de estudio del cual puede aprender y al cual puede contribuir sin escrúpulos.

El aspecto esencial de una institución es la actividad organizada, la actividad organizada para la ejecución de algunas tareas. En el caso de las instituciones básicas (entre las que se cuenta la institución del derecho) las tareas relacionadas con ellas son vitales para la existencia con-

firmada de la sociedad o grupo. Ostensiblemente, una parte importante de cualquier institución reside en el mundo de las ideas: la organización entraña esquemas de acción, implica líneas de pensamiento tenidas por correctas y justas, implica problemas de entusiasmo, de finalidad, etc. Sin embargo, quiero insistir especialmente en la necesidad de incluir y de recalcar los ingredientes de conducta de la institución, se ajusten o no a un esquema fijo, así como el equipo físico y, por encima de todo, las personas, tanto los especialistas cuanto el público "consumidor" y sustentador³. Es preciso acoger no solamente la conducta activa sino también las actitudes mentales y hasta la misma inacción, y las interacciones de cualquier sector de la institución con cualquier otra institución; los mecanismos de "reclutamiento" y adiestramiento del personal especializado al servicio de la institución; más una decena de otros elementos que forman parte de cualquier complejo viviente importante de la índole de la "institución". En efecto, la primera contribución directa de la disciplina jurídica a la sociología, atribida precisamente en este. En efecto, como algunos sociólogos han percibido cada vez más claramente el enorme papel que desempeñan en la vida las ideas, las normas, las reglas y los ideales, precisos o vagos, se ha manifestado una tendencia reiterada a desechar el factor conducta y el factor persona, que forman parte de la realidad, y a tomar el cuerpo de normas o reglas, que también están presentes, como si fueran, sin más, la institución o la cultura⁴. Aquí es preciso dar el grito de alarma: ¡cuidado! ¡ese camino lleva al error y al trabajo estéril! Los juristas vienen trabajando desde hace siglos con los conjuntos de normas e ideales más desarrollados, explícitos e integrados que haya elaborado el hombre; a veces han tomado esos conjuntos como cosas efectivas en sí mismas, y el desroche de ingenio que han hecho para extraer frutos útiles y variados de esa premisa ha sido digno de un Cicerón. Pero esos trabajos, o han resultado estériles⁵ o engañosos (así, por ejemplo, la concepción de un gobierno "de las leyes y no de los hombres"), o bien han adquirido algún sentido al introducirse bajo cuerda en la labor teórica y práctica cierta dosis de sentido común, por un procedimiento análogo al de la galera del prestidigitador, si bien con indudable buena fe⁶. Huyendo de ese error, se ha tratado de aclarar las cosas agregando al factor normativo toda la rica gama de los otros aspec-

³ El mejor comentario sobre la "institución" que he visto en letras de molde es el artículo así titulado de Walter Hamilton en la *Encyclopedia of the Social Sciences*, (1947). Considero importante que quienes tendamos a ver en la "institución" el concepto central más importante de las ciencias sociales (en compañía de Max Weber, J. R. Commons, Hamilton y Malinowski) hemos sido poderosamente influidos por nuestra labor en el campo jurídico.

⁴ Esto ocurre, por ejemplo, en las obras, por otros conceptos admirables, de Murdock, Takert Parsons y Kluckhohn.

⁵ Considero que la obra de Kelsen es totalmente estéril, salvo en subproductos obtenidos cuando ha apostado su aguda mirada de lo que él considera "derecho puro".

⁶ En ninguna parte mejor ilustrada que en la exposición de Stammler sobre el derecho "legítimo". El mismo procedimiento emplea Pattison, en *Letters on Jurisprudence* (1^a ed. 1940). En efecto, en casi una terna sobrehumana para un hombre sereno trabajar en forma sostenida con la idea de que el derecho es "meramente" norma.

tos de una institución. La lección es clara en relación con cualquier "institución" y en relación con la "cultura" en general.

El factor normativo de la institución "derecho" es de este modo, una pieza-herramienta de la institución; una pieza enormemente desarrollada; una pieza indispensable para comunicarse a través del espacio y del tiempo y de las variaciones del personal; pero una pieza-herramienta vital y nada más; una herramienta que no es, ni con mucho, tan eficaz como pretende serlo. Además, la variabilidad y la inestabilidad de las normas del derecho se tornan no sólo comprensibles sino también interesantes cuando se ve que éstas no constituyen la sustancia misma de la disciplina, sino que son sólo algunas de las medidas con que los hombres de esa disciplina realizan las tareas de la institución.

II

¿Cuáles son, pues, las tareas propias de esta institución? Partamos de una observación que todos hemos hecho: hasta el profano que ha llegado a convencerse de que el derecho y los abogados no son más que instrumentos de engaño o de opresión, cuando presencia algún abuso exclama: "¡No hay derecho!" Hasta los sociólogos que se apartan horrorizados del derecho como un niño huye del sótano oscuro, o que se limitan a maldecirlo sin molestarse en comprenderlo, como el jugador que pierde maldecir a su "mala suerte", hasta esos sociólogos, digo, encuentran en su propio espíritu la convicción incómoda, irracional pero inevitable, de que el derecho es una de nuestras instituciones básicas y principales. Esa convicción se ha manifestado en el campo de las disciplinas sociales al delimitarse el dominio de una "ciencia política" o "del gobierno"; si bien al hacerlo se ha tomado la precaución de despojar a esa disciplina de su "sótano oscuro", que constituye su verdadero cimiento. El hombre de la calle tiene una intuición más clara de las cosas: espontáneamente una "derecho y gobierno" (y también "derecho y orden"). Cuando uno mira con ganas de ver percibe claramente en qué consiste la tarea fundamental que debe cumplir la institución "derecho y gobierno". Esa tarea, para cualquier grupo, comunidad, entidad política o sociedad, consiste en mantenerse y funcionar con un grado suficiente de unidad y de cohesión como para adquirir y conservar su carácter ostensible de grupo, de entidad política o de sociedad. La tarea fundamental del derecho y el gobierno, pues, debe cumplirse para que puedan siquiera existir una sociedad o una ciencia social; ella consiste en lograr y mantener la cohesión del grupo. La cohesión no se logra ni funciona ni subsiste sin órganos y sin esfuerzo. Los impulsos divergentes, los romamientos y las tensiones inherentes a la convivencia humana deben ser combatidos y dominados; debe además imponerse cierta unidad de conducción, pues de lo contrario el grupo o sociedad estalla o se diluye o perece de hambre o en una guerra civil.

Naturalmente la institución "derecho y gobierno" obedece a las leyes generales de las instituciones. Entre estas leyes hay una que merece nuestra especial e inmediata atención: a saber, que las instituciones coinciden parcialmente en sus tareas y en su funcionamiento, y que esta coinciden-

cía o superposición es tanto más notable en la medida en que las instituciones se han desarrollado espontáneamente, y no de acuerdo a un planeamiento consciente. De modo que ninguna tarea importante está a cargo exclusivo de una sola institución. Por ejemplo, la defensa nacional no está exclusivamente a cargo de las fuerzas armadas; las escuelas y órganos análogos sólo cumplen una pequeña proporción de la tarea educativa; el mercado no rige la distribución de bienes dentro de las fuerzas armadas, ni de la familia, ni regula la seguridad social, ni los parques públicos o las carreteras. Es cierto que la organización de la colaboración social es producto, en buena medida, de la vida en familia, del deporte y del trabajo en común; también es producto, en otra buena medida, de la economía de mercado que hemos heredado, a pesar de sus transformaciones. Pues bien, todo esto es verdad. Sin embargo, con toda razón se considera que la tarea de cohesión está específicamente a cargo de la institución "derecho y gobierno". Primero, porque ella es la única institución en gran escala que se dedica constantemente a esa tarea, y es la única cuya principal especialidad es precisamente esa tarea; segundo, porque siempre que los demás mecanismos fracasan en la tarea de mantener la cohesión, recurrimos al "derecho y el gobierno"; esta institución es el mecanismo que sirve para reparar y corregir en forma consciente las fallas de cohesión, para someter al paciente a un tratamiento deliberado; y tercero (quizá como aspecto de los dos motivos anteriores), porque el derecho y el gobierno es la institución a la que reconocemos atribuciones para hablar en nombre de "todos nosotros", en lo que se refiere a la tarea de cohesión. Y esto es así a tal punto que cuando en cualquier grupo o sociedad surjan dudas al respecto, el órgano del derecho y del gobierno se identificará por la circunstancia de que habla en nombre de todos, y de que se le reconoce esa facultad.

La enorme tarea de mantener la cooperación o cohesión es demasiado amplia para estudiarla toda a la vez. He comprobado que en la vida real su cumplimiento se agrupa en torno a determinados subproblemas o subtareas que no está de más enumerar, aunque sólo sea de pasada. Tenemos la eliminación de perturbaciones, que según los casos se ha logrado mediante ametralladoras o gases lacrimógenos, por el pacto legal obligatorio, por orden del monarca, del padre o del juez, por elección o electrocución, revolución, osculo o alguna combinación o variedad de estos medios. Otra subtarea sería la de encanizar la conducta, los usos y las esperanzas de manera tal que se impidan o disminuyan las perturbaciones; y, sobre todo en una sociedad tan dinámica como la nuestra, existe la importantísima tarea de reencanizar la conducta, de crear nuevos usos y esperanzas adaptados a las circunstancias cambiantes de la vida personal o de los grupos, cuidando siempre de no provocar derivaciones excesivas, análogas a las perturbaciones que se pretende evitar. Resta, además, la atribución de "hablar" en forma autoritaria, y su distribución y reglamentación en casos de peligro, de duda o de innovación.

Se observa fácilmente cómo muchas instituciones menores, de carácter jurídico-gubernamental, y que nos son bien conocidas, se agrupan cómodamente en torno a dichas subtareas, junto con otras instituciones de refuerzo que sólo son parcialmente jurídico-gubernamentales. Alre-

dedor de las perturbaciones se agrupan la maquinaria judicial, el voto (en elecciones, legislaturas, en la Suprema Corte), todos los mecanismos de persuasión y negociación, el contrato en el derecho, el "negocio" en el comercio, el "arreglo" en las cuestiones laborales y políticas. Alrededor de la tarea de encasillamiento se agrupa todo ese conjunto de regulación legal que ya ha dejado de ser objeto de litigio "sobre el derecho", y que por lo tanto sólo aparece ante el tribunal en caso de duda acerca de los hechos, o de perversa reincidencia por parte del infractor; aquí nos encontramos con las leyes de tránsito, la declaración del impuesto a los rindidos, el reconocimiento general de la justa posesión y del estado matrimonial, de la función pública y de la ciudadanía; ya hemos mencionado más arriba otros mecanismos de refuerzo tales como la familia y el mercado. La tarea de encasillamiento, a su vez, comprende todas las reglas legales y prácticas que gobiernan las transacciones (contratos, testamentos, escrituras, formación de nuevas asociaciones o matrimonios, nuevas emisiones de valores, patentes, derechos de autor), o la sanción de nuevas leyes y reglamentos, o los cambios en la conducción de cualquier grupo o sociedad; en el aspecto menos directamente "legal", nos encontramos con la serie íntegra de problemas y usos dentro de los límites de las libertades legales. A su turno, la regulación del "habla" penetra en la constitución básica de todo grupo, en la redistribución de poderes, y en todas las formalidades prescritas en las Declaraciones de Derechos, en las normas del procedimiento judicial y en el procedimiento parlamentario de las legislaturas y sus comisiones (tal como la triple lectura de los proyectos); y dicha reglamentación del habla comprende igualmente algunos factores desprovistos de carácter oficial y legal, tales como el prestigio personal, la organización extrajudicial del poder y la fuerza de la personalidad; en otras palabras, todos aquellos elementos que a pesar de no tener carácter oficial-legal participan en el gobierno de hecho de los grupos, las naciones, y el mundo entero (según la unidad de observación que se adopte en cada oportunidad).

III

Las ventajas de este enfoque (en decir, de la institución y sus tareas) para la disciplina jurídica son evidentes aún en el terreno de la doctrina. Se abre toda una nueva dimensión; el pensamiento, la observación y la conducta cobran perspectiva, adquirimos ojos y herramientas para manejar situaciones que de otro modo permanecerían oscuras, enigmáticas, o duras penas aprehensibles. Así, por ejemplo, desde el punto de vista doctrinario, a una pregunta sólo puede contestarse que sí o que no. El derecho de *filibuster** (que más que un derecho es un arma contra el resto del Senado), está garantizado por la Constitución o no lo está; es "derecho" o no lo es. Siempre cabe suavizar un poco las aristas del enfoque del "Sí o No", arguyendo: 1) Esto es lo que dice la ley oficial, pero debería modificarse; o, a la inversa, no es lo que dice la ley oficial,

* El "filibuster" es un procedimiento dilatorio a veces utilizado en el Senado de Estados Unidos para impedir o demorar una votación (N. del T.).

pero debería serlo. Es decir, uno puede salir del campo de la doctrina estricta para hacer un juicio de valor sobre la doctrina acerca de si lo que es rigurosamente correcto dentro de la tendencia doctrinaria dominante es, además, prudente y bueno. O si no: 2) No es claro el sentido de la ley oficial acerca del punto en litigio, pero los funcionarios autorizados probablemente decidirán que es tal o cual. Es decir que se puede uno salir del material doctrinario, reconociendo que también hay que tomar en consideración el juicio y la conducta de los funcionarios autorizados (y ello con carácter decisivo). Desde el punto de vista de la "doctrina correcta" este último proceder es audaz, irreverente, y quizá peligroso; representa una intrusión o avanzada parcial del pensamiento adicto a la "institución".

Pero aún este segundo procedimiento no suministra medios suficientes para desentrañar un caso tan singular como el del *Albustar*. En cambio, desde el punto de mira de "la institución y sus tareas" podemos llegar a describirlo con bastante rapidez y con suficiente precisión; tratase de una institución menor, de carácter e importancia constitucionales (que permite a un individuo provocar una larga demora en una situación crítica, y que atribuye un poder efectivo de veto a una pequeña minoría) pero que carece de "status" en la Constitución o en las "leyes" oficiales, pues está sujeto a modificación por una sola Cámara legislativa (aunque pareciera que fuera parte de la Constitución para esa Cámara, ya que el *Writ* no puede impedirse por simple votación); sin embargo, es una institución tan hondamente enraizada en la práctica y en la generada tradición senatorial que parece estar más sólidamente establecida en la práctica del gobierno de los Estados Unidos que muchas cláusulas de la Constitución oficial. Los británicos no vacilarían en atribuirle categoría constitucional, por tratarse de un aspecto establecido de la distribución del poder en la nación. Veríamos las cosas con mayor claridad si adoptáramos la manera británica de enunciar y describir estos asuntos; sin olvidar, eso sí, que algunas partes de nuestra Constitución también están dotadas de un atributo extraordinario: el de la revisión judicial de las leyes contradictorias.

Sostengo, por lo tanto, que en el campo jurídico el método basado en el concepto de institución permite aislar, describir y estudiar cómodamente diversas situaciones anómalas, tales como la costumbre no fundada en normas expresas, o la "letra muerta", la influencia del sentimiento del decoro, la situación ("legal") de mayordomos de palacio o de validos del monarca que aún no han llegado a primeros ministros. Sin embargo, es mucho más importante la nueva dimensión que adquieren los problemas jurídicos cotidianos. Para tomar un viejo problema: ¿Los jueces encuentran el derecho, o lo hacen? Si se plantea la cuestión dentro de la esfera de la doctrina correcta — quizá, en verdad, incorrecta — no hay solución posible. En cambio, si se la encara desde el punto de vista institucional, se percibe claramente que se trata de un pseudoproblema: los jueces, en efecto, hacen ambas cosas al mismo tiempo. Hacen el derecho al declarar lo que no había sido declarado antes; además, el modo de declararlo (el enfoque del problema, así como su formulación estilística, la redacción amplia o rígida de la regla, la limitación o la

extensión y la orientación que se da al caso), ese "modo" es la creación del juez. Pero el juez crea con materiales dados, que no sólo tienen contenido sino también estructura, que no sólo limitan sino que también orientan, que "se estiran" y "palpan" en una dirección determinada, que tienen un color y un tono determinados, de manera tal que lo que los jueces tienen a su disposición para reconocerlo como correcto y justo dentro del sistema vigente está dado en buena medida por esos materiales, y por la situación que los rodea; el juez, en consecuencia, al dictar el fallo, encuentra y reconoce, a la vez que hace, el derecho. Esto es literalmente así, y tan verdadero aquí y ahora como en la primitiva acción recíproca entre *thémis* y costumbre.

Asimismo, si se considera que derecho-y-gobierno forman una sola institución se nos resuelve al punto dos problemas que durante siglos han estado solución clara y explícita: el de la relación entre norma y discrecionalidad, y el de la relación entre norma y funcionario. En primer lugar, nadie que conciba el gobierno como unido al derecho puede incurrir en el dilate de afirmar que quienes gobiernan son las leyes "y no los hombres"; en cambio, con el nuevo enfoque, surge claramente la imagen de una interacción, de hombres que actúan sometidos a ciertas normas, y dentro de sus límites; entendiéndose que esas normas están integradas en parte por una tradición de buena voluntad y de conocimientos técnicos. Además se percibe nitidamente que el polo "derecho" de la institución es regularidad de acción y posibilidad de previsión detallada, aspectos que reciben especial énfasis, exagerado fuera de proporción con la realidad; en cambio, al contemplar el polo "gobierno" se dibuja con igual exageración la importancia de la decisión personal en una situación particular. La verdad es que en toda acción oficial participan los dos aspectos; y cuanto más equilibrados estén, más correcta será la medida oficial, pues las normas estarán vivificadas por la función, y el juicio personal tenderá siempre a la justicia y la regularidad. En verdad sería exacto afirmar que la acción oficial que se cumple dentro de una zona de discrecionalidad totalmente coesa de regulación expresa tiende a legitimarse en la medida en que está orientada por la convicción de que sería justo y bueno repetir dicha acción en circunstancias similares; y puede agregarse que dicha acción se convierte efectivamente en justa en la medida en que se realice esa orientación. De este modo puede apreciarse la legalidad del uso de la discreción, prescindiendo de la prudencia de su uso. Considero que este enfoque prácticamente soluciona el problema de la verdadera relación existente entre discrecionalidad y norma en la actuación del personal del "derecho-y-gobierno". En mi opinión, dicho enfoque es una derivación directa y evidente del método de la institución.

IV

Creo conveniente destacar otras dos series de subareas. La primera es la que se vincula con la cuestión de cómo asegurar conducción y administración efectivas, tema que estaba implícito en el anterior examen de los factores persona y discrecionalidad en la institución "derecho y go-

bierno". Esta es la tarea *positiva* de la institución: la de organizar y dirigir el equipo de manera tal que se obtenga un efectivo impulso, y se descubran horizontes y posibilidades. Esto es bien diferente de un mero mecanismo para distribuir el "habla", o para impedir que la gente se mueva a palas. Trátase de una tarea *positiva* que requiere realizaciones positivas; a ella se vinculan las leas a la libre empresa, la crítica de los impuestos excesivos porque eliminan los incentivos, los planes de disminución de las horas de trabajo con aumentos de la productividad, junto con proyectos para enriquecer las horas de ocio resultantes, etc. Trátase de un aspecto de la institución "derecho y gobierno" que corresponde no sólo al aspecto gubernamental, sino también al del "derecho puro" (ciertas herramientas jurídicas como el contrato, la sociedad anónima y la cooperativa se prestan a la utilización práctica; las libertades establecidas por un sistema jurídico, y la tendencia a aprovecharlas de una u otra manera, constituyen una parte tan vital del sistema como cualesquiera sanciones o prohibiciones). Es por lo tanto una tarea que forma parte del aspecto jurídico de la institución, pero que nuestros pensadores, desde los tiempos de Swift, se han ocupado muy poco de destacar¹. En cambio, el aspecto "gobierno" de la institución casi nos obliga a percibir esas tareas, y con toda claridad.

La segunda subtarea que quiero destacar tal vez no parezca en absoluto una subtarea. Abarca a todas las demás, y consiste en descubrir cómo deben atacarse y realizarse todas y cada una de ellas. Consiste en la tarea específica de desarrollar, mantener y perfeccionar la artesanía y la técnica de los especialistas que se dedican a las demás tareas. Pues ocurre que las tareas básicas de una institución, sus funciones vitales, pueden realizarse al nivel mínimo necesario para evitar que el grupo o sociedad se desintegre, o elevarse a un plano superior de búsqueda de la belleza, la salud y la gloria. Y para alcanzar estas metas, en cualquier medida, es necesario que la técnica, el método, la artesanía tradicional, alcancen y se mantengan en un plano elevado y de gran eficiencia. (Para que los resultados sean duraderos, sorprecho que se requiere, además, una firme tradición de carácter y espíritu; pero eso es harina de otro costal). Una vez asimilada esta noción básica, resulta claro que el material de normas y conceptos jurídicos oficiales, etc., cambia totalmente de aspecto según la tarea específica de que se trate. Es así que el juez, el asesor, el abogado, el legislador, el director de empresa, el subalterno administrativo, todos van y utilizan la misteriosa normativa oficial de manera diferente. No hay duda de que se impone realizar un estudio detallado de las distintas técnicas, y de sus peculiares exigencias, tradiciones, ideales, organización, ética y reclutamiento.

Como todo lo que he dicho, y como todo lo que he de decir, ni esta observación ni sus consecuencias representan nada nuevo. Una vez

¹ Véase "Viaje a Lilliput". Robert Lowie, que procede de la etnología, ha destacado magistralmente este aspecto. Sin embargo, en lo que se refiere a las leyes legales, ha olvidado completamente los aspectos artesanía y técnica, que debían estudiarse a continuación.

más todo ello resulta obvio. Las disciplinas sociales han sabido desde hace décadas y siglos que el conocimiento práctico transmisible es de la esencia de la tecnología. El secreto técnico ha desempeñado su papel en ambientes de monopolio y de libre competencia, en relación con la magia y el sacerdocio, con la técnica del especialista, la invención, la enseñanza y el gobierno. La idea misma de la cultura implica portadores de cultura, y la propia idea de la especialización implica no sólo especialistas sino también variedades o "subartesanos" con sus habilidades peculiares y sus modos de reclutamiento. Max Weber, por ejemplo, ha logrado cosas bellísimas con su concepto de la burocracia, que abarca el "derecho y gobierno" de empresas que poco tienen que ver con el Estado. Ahora bien, yo sugiero que todo gana en simplicidad, unidad y claridad cuando los conceptos de artesano y artesanoado se utilizan en formas sistemáticas como herramientas de trabajo.

Un oficio o artesanoado es, en su esencia, una rama de trabajo identificable, practicada por artesanos identificables. El trabajo jurídico, evidentemente, no es un solo oficio, pese a que un solo jurista sea capaz de practicar más de uno de los oficios jurídicos: podrá ser a la vez abogado, asesor y legislador, por ejemplo. Es claro que el grado de especialización que alcanzan los distintos oficios es una cuestión de práctica: la especialidad "abogacía", por ejemplo, puede descomponerse en una infinidad de especializaciones menores. Lo importante es que quien ha asimilado el concepto de "oficio" o "artesanoado" dispone de un poderoso instrumento de observación y de trabajo. Así, por ejemplo, se comprueba de inmediato que un oficio entraña ciertas "habilidades"; que estas habilidades, a su vez, deberían implicar un mínimo de resultados positivos: que la habilitación profesional debería garantizar la posesión de habilidades capaces de asegurar un mínimo de resultados favorables para el "cliente" del artesano, y que la enseñanza debería reorientarse teniendo en cuenta estos objetivos. Se comprueba asimismo que todo oficio organizado como tal debería contener varios planes: una carpintería elemental fácilmente enseñable; una ebanistería, más delicada y compleja, pero todavía fácilmente transmisible, susceptible de observación y verificación de sus productos; por supuesto, avanzando más, nos encontraríamos con las aptitudes más intangibles y de más difícil comunicación: el poder creador, la imaginación. Esta manera de ver las cosas permite enfocar correctamente algunos problemas que se encaran actualmente con muy escaso éxito, como el de la preparación y graduación de los abogados, y el de la supervisión de la actuación profesional. En fin, permite enfocar los problemas de cualquier oficio cuyo desempeño no pueda dejarse librado al azar. Por todo ello estoy convencido de que esta manera de encarar el funcionamiento y el personal de una institución constituye una investigación sorprendentemente instructiva, vívida y aclarativa, que por cierto está bastante descuidada en la actualidad.

Seguramente ninguna institución reclama tan claramente un enfoque de este tipo como la del "derecho y gobierno", cuyo material normativo está tan altamente desarrollado, y tan cuidadosamente articulado, siendo empero lamentablemente incapaz, por sí mismo, de dar cuenta de lo

que realmente ocurre. Material normativo que adquiere significados totalmente diversos según el tipo de tarea al cual se lo aplique. Consideremos el siguiente ejemplo: para el juez del más alto tribunal de apelación "el derecho", por ejemplo, que rige el homicidio, es un conjunto relativamente complejo de normas dirigidas a su conciencia y apoyadas en sus deberes de juez, normas que le indican que determinadas decisiones y medidas tomadas por el magistrado inferior son indudablemente correctas, y deben ser ratificadas; que otras son incuestionablemente incorrectas y que deberían ser revocadas; y que otras, por último, plantean un problema que deberá resolverse mediante un proceso extremadamente complicado de coordinación de las palabras oficialmente incorporadas en las normas de un código, con los juicios emitidos por los tribunales sobre esas mismas palabras de la ley, y con ciertas vagas orientaciones de política social esbozadas en parte en las leyes o en la jurisprudencia de los tribunales, o en ambos a la vez, y, finalmente, con la sensación de la justicia en general y en el caso particular. No existen reglas seguras que gobiernen la justa orientación de esta intrincada coordinación, sino solamente el "sentimiento" de las responsabilidades y métodos propios de la magistratura, lo cual explica en buena medida las divergencias de opinión entre los jueces de apelación. Es muy escaso el contenido imperativo de las leyes que rigen el homicidio (o cualquier otra cosa), respecto del juez que decide en última instancia: son muy excepcionales los casos de incumplimiento de los deberes de conciencia del juez que pueda desprestigiarlo o hasta provocar su destitución o encarcelamiento; y aún el desconocimiento honesto pero obstinado de los materiales tradicionales o de su forma tradicional de utilización apenas podría llegar a tener algunas repercusiones perceptibles. En cambio, para el juez de primera instancia (cuyo oficio es muy diferente del que practica el juez del tribunal de apelación) el aspecto imperativo de la ley oficial es considerablemente mayor, puesto que, si se le permite la expresión, el tribunal de segunda instancia puede darle unos años por no haber realizado bien una parte de su tarea. La repetición sólo afecta al orgullo y al prestigio del juez, pero no por ello es inofensiva. En la realidad y en sus efectos este factor imperativo adicional se atenúa en la medida en que el juez de primera instancia logra prever que el fallo no será apelado o revocado; pero esta posibilidad de previsión no altera el carácter normativo y semi-imperativo que tiene la "ley oficial" para la función y la conciencia del juez de primera instancia.

Comparémos ahora la situación de cualquiera de estos dos jueces con la del abogado que debe ganar una causa. Para él, en lo que se refiere a su oficio, las normas de derecho que rigen el homicidio son en primer término un marco dentro del cual debe moverse: un conjunto de limitaciones. Pero en segundo término constituyen un instrumental de persuasión. Le suministran medios para ordenar la prueba. Con ellos tratará de engendrar en el juez motivos de vacilación. O intentará demostrar que se trata de un caso de legítima defensa, o de enajenación, o que ha faltado la premeditación que califica la figura delictiva. Si se trata del abogado defensor, se esforzará por persuadir al juez de que los términos de la ley o la evolución de la jurisprudencia, dado el estado de la prueba,

impiden aplicar la pena en este caso particular. Si se trata del fiscal hará lo posible por demostrar que la sanción es procedente. De manera que ahora el "derecho" ha dejado de ser una guía para la conciencia, y se ha transformado principalmente en un conjunto de limitaciones, y, dentro de esos límites, en un instrumental utilizable para alcanzar un resultado. En otras palabras, el abogado se enfrenta con el derecho como cualquier persona puede enfrentarse con cualquier institución, pero con la diferencia de que la finalidad reguladora de conducta que tienen las instituciones en general, y el derecho en particular, desaparece en parte respecto del abogado, porque, al menos en nuestro sistema, su misión consiste en asegurar un juicio justo aun a quienes han hecho trizas todos los fines del derecho.

Veamos en cambio lo que significa "el derecho" para quienes tienen por misión su creación o reforma. Para el legislador es primordialmente un instrumento, un medio para encauzar la conducta de otras personas. Es un instrumento verbal, y tradicionalmente de carácter indirecto; en efecto, se considera poco formal dirigirse a las personas cuya conducta se quiere manejar en la simple segunda persona de los Díes Mandamientos, o decirles sin ambages lo que se persigue. No, el procedimiento aprobado consiste en dictar mandatos dirigidos a los funcionarios; de esos mandatos un hombre paciente podrá extraer amenazas o promesas para otra gente, de las cuales, a su vez, una persona sagaz podrá adivinar qué es lo que quiere el legislador. Lo que resulta claro es que quien tiene a su cargo la "fabricación" del derecho debe ver en el material jurídico, presente o futuro, un artefacto práctico, un medio para alcanzar resultados a través de una relación de causa y efecto dentro del marco integral de la institución del derecho. Dada esa institución tal cual es y tal como funciona en la realidad, el legislador deberá preguntarse qué palabras o términos jurídicos serán capaces de electrizar y organizar al personal de manera tal que las amenazas o promesas cobren realidad; y cuáles serán capaces de electrizar y encauzar a la población de manera tal que las amenazas se vuelvan innecesarias y que las promesas puedan cumplirse dentro de un presupuesto de gastos razonable. Se buscan resultados rápidos, prácticos, certeros, económicos, sin subproductos indeseables: la meta, el problema, son de carácter tecnológico, casi ingenieril, hasta el otro problema, el de los objetivos últimos; pero ese no se refiere al material jurídico en sí sino más bien a los fines a que debe tender el material jurídico, así como la estructura social en su totalidad.

De nada valdría aquí pasar revista a otros oficios jurídicos. Lo que quiero destacar es que el concepto de "oficio", al aislar y exhibir los distintos quehaceres, ilumina una serie de aspectos del "derecho oficial", aspectos que, por lo menos para los juristas, han permanecido tradicionalmente en oscuridad casi total. Y a continuación cabe sugerir que el conocimiento de cualquier otra institución social — la educación, por ejemplo — se iluminaría igualmente mediante este enfoque. Por supuesto, los oficios variarían según las instituciones a que correspondan, pero siempre nos encontraremos con un conjunto orgánico de oficios.

Y siempre habrá que recordar que, como ocurre ahora con los oficios jurídicos, si se descuidan los aspectos de conocimiento y artesanía, los ideales y los fines, toda la estructura se expone a una decadencia técnica y ética.

Además, el concepto de oficio tiene un especial valor para la sociología. En efecto, estudiar un oficio significa estudiar a hombres en una tarea concreta, observar a las abejas construyendo panales y elaborando la miel. Toda disciplina científica, para conservarse leana, debe mantener un intercambio constante entre teoría y práctica. Esta última suministrará problemas reales y experiencia viva, y permitirá poner a prueba las teorías. En sociología ese intercambio ha sido muy escaso — si se exceptúa la reciente aparición de la "sociología industrial". En general los conceptos sociológicos han resultado demasiado generales y vagos para aplicarlos con comodidad a los problemas cotidianos. No deja de ser significativo que los asistentes sociales, que deberían ser sociólogos, tienden a pedir auxilio a la psiquiatría. En cambio, cuando se aplica en forma sostenida el concepto de oficio y artesanía, uno se encuentra inevitablemente con un pie apoyado en la teoría, y el otro en la práctica concreta e individual del artesano. Se tiende así un puente entre la teoría y la práctica, por el cual cruza una intensa corriente de tráfico en ambas direcciones.

Desde el campo jurídico es posible recibir entrecruzamientos de valor inapreciable entre los procesos sociales y entre sus diversas tendencias. Los casos de perturbación — agravios, choques, lesiones, delitos — constituyen una generosa fuente de trabajo para la doctrina jurídica y para las instituciones menores del derecho. Por supuesto el caso de perturbación y su eliminación son parte de la tarea cotidiana del artesano jurídico. Ya hemos mencionado la interacción de la regularidad habitual y el conflicto nuevo: entre "themis" y costumbre. Ese es un fenómeno corriente. Pero entre los casos de perturbación se deslizan algunos que están profundos de consecuencias: son los conflictos decisivos, en los cuales se desafia abiertamente alguna práctica o norma consagrada por el tiempo. El desafío triunfa o fracasa: una nueva fuerza se incorpora permanentemente al sistema en marcha, o es eliminada de raíz. Lo que me interesa no es meramente la potencia plasmatriz de una decisión singular, sino especialmente la forma en que, en torno del caso particular y de sus accidentales protagonistas, se articulan y se expresan impulsos de todas clases que hasta entonces habían permanecido ignorados, desordenados y mal interpretados. De manera tal que la decisión incorpora una nueva orientación (o su rechazo) y además contribuye a consolidar la estructura existente. Con esto quiero aludir a la posibilidad de iluminar la dinámica de las grandes estructuras, partiendo del estudio, modesto en su comienzo, de la tarea de lenta excavación que cumplen los oficios. Y agregaré que no me sorprendería que una investigación profunda y sostenida de este aspecto revelara notables paralelismos entre el proceso de perturbación y crisis en el desarrollo de la cultura, y el mismo proceso en el desarrollo de la personalidad individual.

Antes de terminar quisiera tocar un último tema. El enfoque práctico con que, según he sostenido más arriba, debe utilizar el legislador el material jurídico, no sólo vale para el autor de las normas jurídicas oficiales del Estado, sino para quien tenga a su cargo el gobierno de cualquier grupo, tratése de una familia o de cualquiera de las asociaciones superiores. Las tareas de "derecho y gobierno", siéngase presente, consisten en producir, mantener y dirigir la cohesión de cualquier grupo, cualquiera que sea su magnitud. Todos los mecanismos reguladores de todo tipo constituyen un único campo de estudio; resulta fascinante observar a un joven matrimonio bregando con sus crías, que apenas comienzan a hablar, porque los padres son leyes en materia de derecho — y más aún los chiquillos de dos o tres años — y sin embargo aplican o vuelven a inventar toda clase de recursos abogados: la distinción *juris*, la aplicación analógica, la interpretación gramatical o la que penetra en el espíritu de la norma; o vuelven a desarrollar casi *ab initio* la teoría de la notificación o de la audiencia, o a fundamentar el rechazo de las normas *ex post facto*. Esta comprobación de los aspectos jurídicos de todas las instituciones o actividades conocidas es extraordinariamente segura. Pero lo que me interesa en este momento es el consiguiente — y por cierto divertida — aparición de una nueva rama pequeñita de la sociología: la sociología de la dogmática, que se ocupa de lo que ocurre cuando la gente trata de formular en términos imperativos las reglas orientadoras de la conducta. La sociología de la dogmática ensamble de manera muy interesante con el fenómeno de la evolución estilística en la artesanía del derecho, tendiente a rodear de luz y esperanza la institución del derecho y los deseos y necesidades que los ciudadanos refieren a esa institución. Esa luz y esperanza han faltado lamentablemente en este país desde hace unas cuatro generaciones. Me refiero concretamente al ideal del gobierno "de las leyes y no de los hombres", y al ideal de un tribunal en el cual los litigios se resuelven "según derecho", haciendo abstracción de la persona del juez. Estos dos ideales son perfectamente justificables, y la teoría de que el gobierno y el derecho funcionan en buena medida sin tener en cuenta la individualidad de las personas o de los funcionarios debería ser esencialmente verdadera. Y, como se verá en seguida, lo que se acaba de afirmar de ninguna manera contradice lo que sostuve más arriba acerca de la necesaria influencia del factor humano en el funcionamiento del derecho.

Lo necesario e inherente es que el hombre siempre tiene que tener participación en los resultados: es él quien debe leer las palabras de la regla jurídica, él es quien debe apreciar las circunstancias para decidir si la norma es aplicable; jamás una norma jurídica se ha aplicado por sí misma. Pero lo que nos enseña la sociología de la dogmática es que en la medida en que la tradición artesanal siga una trayectoria limpiada, clara y segura, podrá esperarse el mismo modo de aplicación, el mismo tipo de interpretación, igual calificación de las circunstancias, de cualquier artesano educado en esa tradición. De manera tal que las disparidades disminuyen en número y en importancia en relación directa con la

claridad de la tradición artesanal. En esa medida el elemento "hombre" puede disminuir, y en efecto lo hace de acuerdo con el sentido de la música y del ideal mencionados. Si, por añadidura, el estilo interpretativo de la época (como ocurrió en el magnífico período inicial de nuestro siglo diecinueve, y como está volviendo a ocurrir en nuestros días) destaca el espíritu y la finalidad de las normas legales, antes que su mera letra, entonces el conflicto permanente entre la forma rígida y anticuada, por un lado, y las nuevas necesidades y situaciones por el otro, se resuelve en una preocupación por estas últimas que es constante y previsible, y no accidental y confusa. Con esto, por supuesto, no se garantiza la regularidad de los resultados, puesto que si las normas jurídicas vigentes no han sido redactadas con criterio finalista, sino de acuerdo con criterios formalistas, si las definiciones no son funcionales sino que están determinadas por notas ajenas a la función del todo, entonces subsiste un conflicto de resultados imprevisibles entre la dinámica de las formas y el impulso de las necesidades. Sin embargo, si la mentalidad estilística que destaca en primer término la finalidad y la función se contagia a quienes se encargan de la factura y redacción de las normas mismas, se obtienen entonces normas jurídicas que llegan casi a decidir los litigios haciendo abstracción de los hombres. En efecto, tratase de normas que significan casi lo mismo a todo artesano, cualquiera que sea su origen o temperamento, que se haya formado en el mismo estilo y lo haya asimilado: bajo un régimen semejante la actividad creadora del funcionario adquiere gran importancia, pero esa actividad seguirá una línea relativamente previsible, coincidente con el espíritu de la norma —coincidente por tanto con el lema "leyes y no hombres", y con el ideal que persigue ese lema.

Me parece natural —lejos de encontrarlo sorprendente— que la sociología de la dogmática (que es sólo una pequeña rama de la sociología de las instituciones) se ponga a estudiar estilística, que es una rama de la estética. Me parece natural que esta combinación de disciplinas permita resolver controversias jurídicas, que aclare el significado práctico de un elevado ideal de gobierno, y que señale la ruta que debe seguir la reforma de nuestras normas jurídicas mostrando cómo deben ser éstas para que cumplan la tarea a que están destinadas. Me parece natural, finalmente, que la luz que así se arroja sobre la institución del derecho, al iluminar simultáneamente el problema íntegro de la artesanía y de la cooperación en el funcionamiento de las instituciones en general, abra una nueva perspectiva para todas las ciencias sociales.

Entre las disciplinas científicas, como entre los hombres y entre las naciones, conviene ser buenos vecinos.

LA METODOLOGIA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE CONTRATOS *

MARCO A. RESOLIA

Profesor Titular de Derecho Civil (Contratos)

I. Necesidad y ventajas del método. — La presentación de las normas legales positivas debe ajustarse a un plan, a un orden, a un método en fin, que refleje el desarrollo lógico de las ideas, facilite su comprensión y esclarezca su sentido.

Un código no es una mera recopilación de preceptos anárquicos sino un cuerpo legal coherente, que exige clasificación, distribución y coordinación de los materiales con que se lo construye. Las instituciones y las normas que las gobiernan no son todas de igual calado y jerarquía. Ni se informan en el mismo propósito, ni cumplen idéntica función, ni actúan según análogos presupuestos. Esa ostensible diversidad abona la conveniencia de un método feliz, que destaque la naturaleza fundamentalmente unitaria de los códigos.

En la nota de remisión del Libro IV (junio de 1865). Véase dejó constancia de la preocupación con que se contrajo a estudiar este asunto, antes de acometer la tarea de redactar nuestra gran ley civil. Poco después Segovia, en la Introducción a su comentario, escribió retundamente que nunca se encasquetará lo bastante la importancia del método en las obras de codificación. Pero no siempre se ha actuado ni argumentado así. Algunas alta doctrina extranjera, movida acaso por el noble propósito de excusar el mal método del Código Francés, subrayó la conveniencia de no atribuir a esta cuestión excesiva importancia, si los problemas tienen en definitiva solución en la ley, cualquiera sea la ubicación de las normas (Planiet, Gaudemet, Roguin). Entre nosotros, Machado y Bilibiani (véase la Introducción a la "Exposición y Comentario" del primero y las "Bases" proyectadas por el segundo, estas últimas en "Observaciones y Actas", t. I, pág. 5), expresaron, bien que con distinta oportunidad, una opinión coincidente.

Nos parece, sin embargo, que no puede discreparse con sólido fun-

* Las páginas que siguen corresponden al esquema de una de nuestras clases dictada al comienzo del presente año lectivo.

A requerimiento de los señores publicamos esta versión compuesta sobre el apunte mecanográfico, y a lo que, si hemos podido agregarle algún adorno, no hemos logrado compensarle el calor y la espontaneidad que sólo tiene la palabra vertida y recogida en el aula.

damento sobre la conveniencia de ordenar lógicamente la materia de los códigos. Las ventajas del método son las propias del orden, de la clasificación, del plan sistemático, por manera que ha podido decirse que la metodología es una exigencia natural del buen sentido.

El método ordena el cuerpo de los códigos, los depura, los perfila, los embellece, y al cabo permite reconocer su espíritu, atándose sobre la correcta armonía de las normas. Un buen método da sentido orgánico e integral al conjunto de las instituciones; muestra su filiación; patentiza sus afinidades y sus diferencias mutuas; revela la jerarquía de las normas; aclara cuáles son subordinantes y cuáles subordinadas y permite reducir a común denominador muchos preceptos. Por lo demás, desde un punto de vista práctico, facilita la búsqueda, el conocimiento y la aplicación del derecho.

Si sus ventajas — tan evidentes — no fueran más que éstas, señaladas por Colme en su "Técnica legislativa del Código Civil Argentino", no hay duda que ellas solas bastarían para justificar la necesidad de conocer el método a que ha ajustado su obra el codificador, antes de emprender el estudio exhaustivo de una institución cualquiera.

II. *El punto de partida: La clasificación de los derechos.* — No hay método eficaz para la codificación civil que no se apoye en una determinada clasificación de los derechos.

Formulamos esta aseveración no sin antes subrayar que en la clasificación de los derechos cabe el punto de vista científico y el práctico. De tal modo, si bien es cierto que aún no ha dado la doctrina con una clasificación inobjetable, es cierto también que siempre será de utilidad sentar la codificación sobre el esquema de la más atendible.

Nuestro Código — cuyo método conviene recapitular íntegramente antes de fijar nuestra atención en los contratos — admite una gran clasificación: derechos de familia y derechos de los bienes, estos últimos reales o hereditarios, expuesta con meridiana claridad por Savigny y reconocible ya en las Institutas de Justiniano, aunque allí existe el agregado de las acciones (libro IV), hoy segregadas para formar la materia de los códigos de procedimiento.

Sobre la base de esa gran clasificación, que en lo que toca al patrimonio se reduce a derechos personales y reales, el Código Civil Argentino distribuye así su contenido:

— Dos títulos preliminares, destinados a exponer el uno la doctrina general de la ley y el otro el modo de contar los intervalos de derecho;

— Cuatro libros destinados: el 1º a las personas en general y a los derechos personales en las relaciones de familia; el 2º a los derechos también personales, pero en las relaciones civiles (obligaciones en general, hechos y actos jurídicos, contratos); el 3º a los derechos reales; y el 4º a disposiciones que son comunes a una y otra clase de derechos, reales y personales (sucesiones, privilegios, prescripción).

— Cierra el Código un título complementario, sobre la aplicación de las leyes civiles. A su vez, el Libro IV se abre con un título preliminar, sobre la transmisión de los derechos en general.

En resumen: Dos libros destinados a las personas y a los derechos personales (1º y 2º); un libro dedicado a los derechos reales (3º) y otro libro más (el 4º) que abarca a las dos especies de derechos. Al principio, dos títulos preliminares; al final, un título complementario; y abriendo el libro IV también un título preliminar de trascendente interés, relativo a la transmisión de los derechos en general.

III. *Antecedentes que deben recordarse para la comprensión del método de nuestro Código Civil.* — Así sumariamente expuesto, el método de nuestro Código Civil señala un pronunciado avance sobre el de los códigos costineros.

Su antecedente es el método seguido por Freitas en su "Consolidação" y en su "Esboço", según lo aclara el Codificador en la nota con que remitió el primer libro, aunque conviene recordar que el sabio jurista brasileño abrevió a su vez en la obra de Savigny la clasificación de los derechos que está en la base de su plan.

Empero, nuestro Codificador no incurrió en el error ni en la imitación servil. En su nota de remisión aclara que se ha separado en algunas partes del modelo "para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos".

Por lo demás, para hacer patente la diferencia, basta recordar que Freitas propugnaba la división en parte general y parte especial, según la siguiente distribución:

Parte general:

Personas y cosas.

Parte especial:

Libro 1º: Derechos personales (en las relaciones civiles y en las relaciones de familia).

Libro 2º: Propiedad, servidumbres, herencia, hipoteca, prescripción.

Nuestro Codificador suprimió la parte general y adoptó para el 1º y 2º libro de su Código el contenido del 1º de la parte especial de Freitas. A su vez, el libro 2º de esa parte especial dió el contenido para los libros 3º y 4º, separando los derechos reales de las sucesiones, los privilegios y la prescripción, reunidos en el carácter de disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Este método, seguido por Freitas en su "Consolidação" según ideas que espone en su admirable Introducción a esa obra, fué completado después en el "Esboço". Allí agrega a la parte general una sección sobre hechos y actos jurídicos, cuyo contenido tuvo Vélez muy presente al redactar la sección II del libro II de nuestro Código. Allí separó también derechos reales de sucesiones, con la intención de concluir un 4º libro de su proyecto, que no llegó a redactar.

En consecuencia, el método del "Esboço" puede presentarse así:

Parte general:

Libro 1º: Personas, cosas, hechos.

Parte especial:

Libro 2º: Derechos personales (personas en general; derechos personales en las relaciones de familia; derechos personales en las relaciones civiles).

Libro 3º: Derechos reales (en general; sobre cosas propias; sobre cosas ajenas).

Libro 4º: Sucesiones (que no redactó).

Huelga decir que tanto Vélez como Freitas tuvieron a la vista el Código Francés, que por cierto no se recomienda por las bondades de su método, heredado de las Institutas de Justiniano. Sólo Alberdi, movido por el afán polémico, fue capaz de alabar el método "eminentemente lógico" (sic) del Código Civil Francés. Vélez, por su parte, estampó rotundamente en su nota de remisión que en el Código Francés "no hay método alguno".

El Código Napoleón trae un título preliminar sobre las leyes y luego tres libros, conforme a la descripción que sigue:

Libro 1º: De las personas, en sí mismas y en las relaciones de familia;

Libro 2º: De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad (cosas y su clasificación, propiedad, usufructo, uso y habitación, servidumbres);

Libro 3º: De las diferentes maneras cómo se adquiere la propiedad (sucesiones; donaciones entre vivos y testamentos; contratos u obligaciones convencionales en general —Tit. III—; obligaciones —"engagements"— que se forman sin convención —Tit. IV—; contrato de matrimonio; venta y otros contratos en particular; privilegios e hipotecas; expropiación; prescripción).

En materia de derechos patrimoniales, es evidente que el Código Francés centra su atención sobre dos grandes instituciones: la propiedad y el contrato (libros 2º y 3º). Es evidente también que el libro 3º, el más extenso del Código (1571 artículos sobre el total de 2381), agrupa las materias más dispares, por la sola razón de considerarlas vinculadas a "distintos modos de adquirir la propiedad". No hay una teoría general de los hechos y actos jurídicos ni se desarrolla tampoco una teoría general de las obligaciones. Es más; las obligaciones convencionales (nacidas de los contratos) se separan de los "engagements" (que derivan de otras fuentes, como los cuasi contratos, los actos ilícitos y la ley). Se divide así una materia esencialmente unitaria y se confunde los contratos con las obligaciones, al punto de creas, como se ha visto, un nuevo nombre —"engagements"— para las obligaciones que no se originan en los contratos. Este modo de proceder le trastorna todo. La doctrina y la jurisprudencia, carentes de una teoría general de las obligaciones y de los hechos y actos jurídicos, se ven forzadas a generalizar normas expuestas a propósito de los contratos. En consecuencia, la especie se vuelve género, y aunque el contrato es sólo una fuente de las obligaciones, resulta en definitiva que las obligaciones se explican a través de los contratos

y los contratos, a su vez, se aplican en función de la propiedad, como un medio de adquirirla.

Véase un crítico acerbo acerca del método seguido por el Código Civil Francés. Para corroborarlo, basta leer la nota de remisión (de lectura inevitable en esta materia), la respuesta dada al folleto de Alberdi ("El Nacional" del 25 de julio de 1868) y la carta que el Codificador dirigiera en diciembre de 1871 al señor J. O. de Vigna, de la redacción de la "Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada", donde expresamente dice al remitir un ejemplar de su obra: "Por mis estudios de jurisprudencia y por mi larga práctica del foro, conocía (yo) los errores y las deficiencias de la legislación española de la Edad Media y de estos últimos tiempos; conocía también los errores y las deficiencias del Código Francés y las críticas que le han hecho los principales juristas de aquel país". Y más adelante: "Yo he salido de la vía común de seguir el mal método del Código Francés y copiar sus artículos aceptando toda su jurisprudencia..."

Ratifica esta posición la nota que el Codificador pone a la sección 1ª del libro IIº, "De las obligaciones en general". "Todos los códigos de Europa y de América — escribe —, imitando al Código Francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción: "De los contratos o de las obligaciones convencionales", equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia y produce errores que no pueden corregirse". Tras luego una cita de Marcadé (atribuida por error a Zacharias, como lo anotó Segovia) y otra de Orotolán, tomada de su exposición de las Institutas, y concluye: "Teniendo presente los diversos orígenes de las obligaciones, se advertirá la razón de las diferencias de nuestros artículos comparados con los códigos de Europa y América. En tales se trata sólo de las obligaciones convencionales y en nuestro proyecto de las obligaciones en general. Por esto también serán muy diversas las causas y los efectos de las obligaciones determinadas en nuestros artículos de los que señalan los códigos citados".

La doctrina de la nota que acaba de resumirse, debe completarse con la contenida en la nota que el Codificador pone a la sección IIª del libro IIº, "De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones". Allí Vélez, luego de transcribir un claro pasaje de Freitas, señala cómo repugna al buen método particularizar la doctrina general, desarrollándola — como lo hace el Código Francés — a propósito de los contratos y testamentos, sistema con el que se embarasa el exacto conocimiento del derecho privado, "añalando lentamente que son efectos de la misma causa y haciendo de esta manera que muchas especies escapen a la influencia de los principios que debían dirigirlas."

Como ya lo dijimos antes, el método del Código Napoleón es, con muchas mejoras, el método de las Institutas de Justiniano, que puede resumirse así:

Libro 1º: De las personas, en sí mismas y en las relaciones de familia;

Libro 2º: De las cosas y su división, propiedad, usufructo, servidumbres, usucapión, donaciones, testamentos);

Libro 3º: De las sucesiones ab-intestato, obligaciones y contratos;

Libro 4º: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos y de las acciones.

Es fácil observar que las mejoras metodológicas del Código Francés respecto de las Institutas están principalmente en haber llevado la sucesión testamentaria al lado de la sucesión ab-intestato, que es su lugar propio, y en haber llevado también las obligaciones que nacen de los actos ilícitos al lado de las obligaciones convencionales. Pero esto no basta para acreditar la metodología del Código Napoleón, justamente repudiada por Vélez. No hay duda de que la teoría general de las obligaciones no debe aparecer involucrada al tratar de los contratos, como si éstos fueran la única fuente de aquéllas. No hay duda de que las donaciones deben separarse de los testamentos y vincularse a los contratos, desde que revisten esta última calidad. No hay duda de que las sucesiones dan materia para un libro autónomo, y que el asunto se vincula a la transmisión de los derechos en general, más que a un simple modo de adquisición del dominio. No hay duda, en fin, de que pueden emigrar muchas materias del libro IIIº, donde parece haberse recogido todo lo que no se puso en los demás.

En resumen: En punto a metodología general, Vélez criticó el método de las Institutas y el del Código Napoleón y alabó y adoptó el método de Freitas, aunque no llevó a sus últimas consecuencias las concepciones del ilustre jurista brasileño. Para Colma, Vélez superó en mucho el método del Código Napoleón, pero mejoró el método de Freitas (véase "Técnica legislativa del Código Civil Argentino", pág. 141). Para Segovia, el método de nuestro Código Civil es excelente (véase la Introducción a su comentario). Si se recuerda que la obra de Freitas quedó en proyecto, ni siquiera íntegramente elaborado; si se recuerda que el Código Napoleón arrastraba tras de sí casi todos los intentos similares en el mundo latino, pensamos que podemos afirmar con orgullo que Vélez avanza resueltamente sobre el plan de las codificaciones coetáneas.

IV. La metodología del libro IIº, sección IIIª del Código Civil Argentino. — Hechas estas aclaraciones previas sobre el método seguido en general por el Código Civil, nuestra atención puede centrarse ahora en el campo específico de los contratos.

Este preámbulo nos lleva pues al libro IIº, que el Codificador ha dividido en tres secciones: "De las obligaciones en general", "De los hechos y actos jurídicos", "De las obligaciones que nacen de los contratos".

Más brevemente: obligaciones, hechos y actos jurídicos, contratos.

Comencemos por subrayar dos grandes innovaciones de Vélez sobre el método que en esta materia siguieron los códigos que él tuvo a la vista, en particular el Código Francés y los muchos que navegaron sus aguas, con la meritoria excepción del Código de Chile:

a) En primer término, superando al Código Napoleón, Vélez separó, como queda dicho, la teoría general de las obligaciones de la teoría de

los contratos. El contrato es sólo una fuente de las obligaciones — bien que la más copiosa —, y no es lógico, pues, hacerle sitio de excepción y proporcionar, a propósito de esa figura aislada, normas que trasciendan ese estrecho margen, porque son comunes a todas las obligaciones, cualquiera sea la fuente de que provengan. Respondiendo a esa exigencia lógica, el Código Civil Argentino dedica entonces la sección Iª del libro IIº a exponer normas comunes a las obligaciones en general (léase detenidamente la nota puesta por el Codificador a esa sección).

b) En segundo término, Vélez advirtió de inmediato, tan pronto leyó el "Esbozo" de Freitas, la importancia de abstraer y formular las normas referentes a los hechos y actos jurídicos, y en consecuencia incluyó en seguida esa materia en la segunda sección, inmediatamente después de la teoría general de las obligaciones (léase también detenidamente la nota puesta por el Codificador a esta sección).

No se asme Vélez — y este es pecado que se le imputa — a remontarse más aún y aceptar, como su modelo, la formación de una parte general donde personas, cosas y hechos y actos jurídicos aparecieran gobernando toda la variedad de las relaciones jurídicas.

Pero no nos quejemos demasiado. Ya es bastante haber independizado la teoría general de las obligaciones de su fuente principal — los contratos —, y haber incorporado al Código una teoría general de los hechos y actos jurídicos, cualquiera sea su abstracción metodológica. Ya es bastante haber tenido fuerzas para apartarse del método (?) del Código Napoleón — el modelo más seguido de su tiempo — y haber superado muchas de sus incongruencias evidentes.

Y aún llega a más nuestro Codificador. La materia específica de los contratos, desarrollada en la sección IIIª del libro IIº, de los artículos 1137 a 2310, contiene en su título Iº, bajo el acápito "De los contratos en general", una formulación de la teoría general del contrato, expuesta en seis capítulos que tratan sucesivamente del consentimiento, de la capacidad, del objeto, de la forma, de la prueba y del efecto de los contratos, después de haber atendido al-*initio* a su definición y clasificación.

Claro está que es una teoría general profusa de remisiones explícitas o tácitas a la sección anterior — la de los hechos y actos jurídicos — y que muchas normas están ya allí o estarían mejor allí, con lo que sin duda hubiera ganado en concisión nuestro código. Pero tampoco por esto nos lamentemos demasiado. En legislación positiva, la reiteración no es siempre desdeñable. Cuanto más será una redundancia, pero una redundancia no es una inexactitud, ha dicho un jurista francés contemporáneo, en trance de modificar la legislación de su país.

Luego de este título Iº, consagrado a la teoría general del contrato, la sección IIIª del libro IIº trae en 17 títulos la exposición de los contratos en particular, donde luce frecuentemente la norma específica sobre capacidad, sobre objeto, sobre forma, sobre prueba, lo que potencia la jerarquización propia del método seguido. En materia de contratos, la regla debe a menudo buscarse en la teoría general de las obligaciones o de los hechos y actos jurídicos, en la teoría general del contrato, o en

las disposiciones específicas de la figura de que se trata. La remisión es casi constante. Por ello, nunca insistiremos demasiado sobre la necesidad de repasar lo substancial de las dos primeras secciones del libro II^o (obligaciones en general, hechos y actos jurídicos), toda vez que se emprenda el estudio serio de la materia de los contratos.

V. *Críticas generales a la metodología del Código Civil en materia de contratos.* — El método de nuestro Código Civil en materia de contratos, no obstante las excelencias que quedan destacadas, no está, desde luego, al margen de la crítica.

Si se pretende una depurada teoría general de las obligaciones y de los hechos y actos jurídicos, parece indudable que las fuentes de las obligaciones en particular, cualquiera sea la nómima que se adopte, merecen ser expuestas en lógica proximidad, sin que ninguna de ellas se esconda o se confunda a la sombra de acápites muy elásticos.

Si para nuestro Código Civil las fuentes de las obligaciones son las clásicas que enumeran los Institutos, y aún mejor, las cinco que enumera Marcadé (contrato, quasi-contrato, delito, quasi-delito y ley), no se advierte por qué el Codificador no trata de ellas en títulos separados de una sección más general que pudiera denominarse "De las fuentes de las obligaciones". Sin duda es resabio de la invasora doctrina francesa dedicarle una sección a las obligaciones que nacen de los contratos y privar de análoga espectacularidad a las otras fuentes conocidas.

Porque si se revisa nuestro Código Civil, se advierte muy pronto que la teoría del delito y del quasi-delito — dos importantes fuentes de las obligaciones — está expuesta en la sección II^o, que trata de los hechos y actos jurídicos, y que la teoría del quasi-contrato — otra fuente clásica —, está expuesta al final de la sección III^o, luego de cerrarse el análisis de los contratos en particular, acaso con mayor lógica, pero no con toda la deseable. Si se quiere, parecería más propio haber desplazado de la sección II^o la materia de los actos ilícitos (delitos y quasi-delitos) y haberla llevado a una sección III^o mucho más amplia, que denominárase "De las fuentes de las obligaciones", dedicada a tratar de las obligaciones contractuales y quasi-contractuales, delictuales y quasi-delictuales, si es que debe mantenerse este paralelismo asimilatorio (quasi-delito, quasi-contrato), sometido a empeñosa revisión.

Y es obvio que nos estamos refiriendo a las fuentes de obligaciones de que habla el Código, porque va de suyo que si se admite a la voluntad unilateral o al enriquecimiento sin causa en tal carácter, sería también el caso de hacer lugar a ellas en la sección comprensiva de todas las fuentes a que nos referíamos.

En suma: No parece lógico que después de haber criticado acerbamente al Código Napoleón por haber hecho del contrato una categoría invasora, se destine exclusivamente a él una sección — la III^o — que destaca su preeminencia tradicional, mientras otras fuentes se esconden, como queda visto, en la amplia esfera de la sección II^o, o marchan, como fugón de cola, a la zaga de los contratos especiales.

No nos extenderemos aquí sobre algunas críticas muy generales, como las que fustigan el casuismo del Código, su abuso de las definiciones, su

constante remisión que conduce a reiterar la misma norma múltiples veces (v. gr., arts. 12-959-1160; arts. 953-1167 y disposiciones especiales de cada contrato, etc.). Tampoco insistiremos sobre sus deficiencias lexicográficas, que motivaron, desde un principio, la aguda observación de Segovia. Para cualquiera de esos vicios la excusa fluye generosamente, con sólo atender al medio, a la época de sanción y a la intención didáctica de la obra de Vélez.

Interesa principalmente a nuestro asunto considerar las críticas que requiere el ordenamiento de las materias, sin discutir ahora las soluciones de fondo, que merecerán nuestro examen a lo largo del curso.

Y bien; si se revisa el contenido de la sección IIIª del libro IIª, surgen de inmediato y en montón las observaciones. Colme y Lafaille las han inventariado entre nosotros con una prolijidad que mueve a recomendar la lectura de sus obras. El último incluye en su reciente "Tratado" un detalle que merece ser visto:

a) Si nuestro Código trajese parte general, no cabe duda de que las disposiciones sobre hechos y actos jurídicos estarían mejor allí, como se dispone en el modelo; y entonces, no cabe duda también de que las normas generales sobre capacidad, objeto, forma, prueba, deberían concentrarse en ese lugar, sin perjuicio de la disposición específica que pudiera exigir la naturaleza especial de algún contrato. Se evitarían así muchas remisiones y el Código ganaría en concisión. Se evitaría asimismo la generalización forzada de algunas normas, como acontece con las que el Código trae en el capítulo de la prueba.

b) En las mismas circunstancias, ciertas disposiciones que lucen en el capítulo de los efectos de los contratos, también trasladadas a la parte de hechos y actos jurídicos, proyectarían su generalidad desde un sitio más propio. Tal el caso del art. 1197, en cuanto sitúa el vasto principio de la autonomía de la voluntad, que podría traducirse en una norma de mayor proyección que la específicamente prevista para los contratos, desde que esa autonomía se manifiesta también en el acto unilateral y traduce, como diría Windscheid, la eficacia de la voluntad, su poder "jurígeno" en el campo del derecho privado. Tal el caso del art. 1195, dentro del cual también está un problema de mayor proyección, cual es el del efecto relativo de los actos jurídicos, antes que de los contratos. Tal el caso del art. 1196, que aunque presentado como excepción al anterior, comprende toda la materia de la acción subrogatoria, que hallaría lugar más conveniente en la teoría general de las obligaciones. Todas estas normas, como así el art. 1198 que codifica la buena fe, son sin duda disposiciones de una gran proyección, que están pugnando por ocupar un sitio más erminente que el modesto capítulo sobre los efectos de los contratos, donde el Codificador las ubica.

c) Los contratos a favor o a cargo de terceros, tan generalizados en la práctica, no son ciertamente una esmerencia de la teoría general de las obligaciones ni menos aún un simple episodio de la teoría de la capacidad. Es sabido que la doctrina nacional procura hacerlos vivir conforme a la disposición de los arts. 504 y 1161/63, pero hoy todas coinciden

en que la materia merece un tratamiento más sistemático, comprensivo de situaciones no previstas en nuestro Código.

d) Falta indudablemente en el Código Civil disposiciones sobre la interpretación de los actos jurídicos y específicamente sobre la interpretación de los contratos, si se excluye la tan general del art. 1198. El Código de Comercio, cuya redacción también pasó por la mano de Vélez, llena este vacío con normas venidas del Código Napoleón y de las cuales hace la jurisprudencia abundante aplicación analógica. No desconocemos que las codificaciones de este siglo tienden a ser pocas en la adopción de normas de esta índole, pero parece indudable que algunas son necesarias, máxime en un Código que se ocupa de preverlas para la interpretación de la ley (art. 16).

e) Corresponde excluir de la reglamentación de los contratos en particular la materia de la sociedad conyugal (arts. 1217 y siguientes), porque no cabe duda de que su sitio más propio está al lado de la organización de la familia. Más que de un contrato, se trata de las consecuencias que genera el vínculo con relación a los bienes, sin perjuicio de la excepción que pueda verse en algunas capitulaciones prenupciales autorizadas por la ley. Nuestros planes de enseñanza corrigen esta fea concepción metodológica del Código, y por eso el régimen de la sociedad conyugal, que encabeza la lista de contratos especiales, se estudia en el último curso de Derecho Civil.

f) Hay algunos contratos considerados en el Código con tanta amplitud, tratados en títulos de tan denso contenido, que dan materia para componer la doctrina general de asuntos también más generales que los que aparentemente se abarcan con su designación. Tal el caso de la cesión de créditos, cuyo verdadero alcance (véase art. 1444) es mucho mayor, de tal modo que el asunto vastísimo de la transmisión de los derechos se oculta detrás de este contrato, presentado como un caso particular de compraventa, donación o permuta, según las hipótesis (artículos 1435/37). Tal el caso del mandato, cuyas normas tienen aplicación para supuestos de representaciones necesarias y no convencionales (art. 1870), por manera que lo que discurre detrás de esas normas es también la teoría general de la representación. Cabe, pues, espumar de la cesión y el mandato la teoría general de la transmisión de los derechos y de la representación, con miras a situarla fuera y por encima del régimen específico de uno y otro contrato particular.

g) La garantía de evicción y los vicios redhibitorios (títulos XIII y XIV) funcionan no sólo para hipótesis contractuales sino también para otros casos de división o partición de bienes (art. 2089). Su interpolación al tratar de los contratos en especial no parece, pues, oportuna. Indudablemente choca que se proporciones allí, v. gr., las normas que gobiernan la garantía entre coparticipes (capítulo IV del título XIII).

h) El título de la locación clama por una sistematización de su copiosa materia. Es evidente que la locación de cosas ha privado en el ánimo del Codificador. Dentro de la locación de cosas, la de inmuebles ha privado sobre la de muebles. A su vez, la locación de muebles urbanos ha privado sobre la de inmuebles rurales. Se impone cubrir esas de-

ficiencias e incorporar normas específicas —adelantadas hoy, en muchos casos, por una copiosa legislación especial— sobre contrato de trabajo, contrato de obra, arrendamientos y aparcerías rurales, etc.

i) Sería preferible, según se dijo supra, tratar de los cuasi-contratos (gestión de negocios y empleo útil, título XVIII) separadamente, en una sección que presentase, con la debida individualidad, las distintas fuentes de las obligaciones.

j) Sería preferible también sistematizar los efectos propios de los contratos bilaterales, como veremos que se ha intentado en el Proyecto de 1936.

k) En fin; correspondería dar cabida a algunas materias que nuestro Código no contempla o que apunta sólo en algunas normas aisladas (enriquecimiento sin causa, ofertas a persona indeterminada, promesa pública de recompensa, títulos al portador, reconocimiento de deudas, contrato de adhesión, contrato colectivo, contrato de edición, contrato de representación, corretaje, etc.), aunque claro está que todo esto, más que a deficiencias metodológicas del Código Civil en su sección IIIª del libro IIª, toca problemas de fondo que merecen atento examen —fuentes de las obligaciones, voluntad unilateral, concepto mismo de contrato—, sobre los cuales nos pronunciaremos en la debida estación de nuestro curso.

Va de suyo, además, que el orden de exposición de los distintos contratos podría reajustarse para lograr una sucesión más lógica, como ya lo apuntó Segovia en su comentario. Va de suyo también que sería posible refundir y ordenar con mayor acierto las normas particulares de cada título, a menudo dispersas, contradictorias o reiteradas, como es palmario en el caso de la locación. En ese sentido cabe destacar la excelente "Contribución a la obra preparatoria de la reforma del Código Civil", realizada por el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, bajo la dirección del profesor Dr. Carlos Rábasa (La Plata, 1929/35, 2 vols.). Allí se observa cuánto puede dar de sí nuestro Código, cuánto puede ganar en claridad y en belleza, corrigiendo el método, eliminando casuismos, remisiones y contradicciones y poniendo a punto el lenguaje.

VI. *Nuevas ideas en materia de codificación: Las realizaciones del siglo XX.* — La primera mitad del siglo XX ha conocido muchas novedades en materia de codificación. Basta traer a la memoria el Código Alemán, el Suizo, el Brasileño, el Soviético, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, el Polaco de las Obligaciones, el Italiano de 1942 (que absorbe buena parte del derogado Código de Comercio), el Mexicano, el Peruano, el Venezolano, y también, si se quiere, el Proyecto que se elabora en Francia por la comisión especial instituida en 1945.

Expurgando esos códigos es posible advertir algunas directivas generales en punto a método, que merecen ser subrayadas:

1º) Algunos optan —sobre todo a comienzos de siglo— por la separación de parte general y parte especial, aceptada por Freitas (quien sin duda se inspiró en los planteos doctrinarios de Savigny) y ree-

mandada calurosamente por abundante doctrina (v. gr., Códigos Alemán, Brasileño, Soviético, Japonés, Turco y Chino; proyectos Rumano de 1933 y Argentino de 1936);

2º) Otros rehusan adherir a la división en parte general y parte especial, pero se preocupan por abrir paso a las necesarias generalizaciones, sobre todo en materia de hechos y actos jurídicos (Código Rumano de 1936; proyecto Francia en preparación);

3º) En ciertos países se reúne la materia de las obligaciones (civiles y comerciales) en un solo cuerpo de legislación, sin perjuicio del método a que se rija el resto de la regulación civil (Código Suizo de las Obligaciones cuya base está en el viejo código de Huber de 1883, revisado en 1911/36 y convertido luego en el libro V del Código Civil; Proyecto Franco-Italiano, Códigos Polaco, del Líbano, de Marruecos, de Túnez; Código Italiano de 1942);

4º) En los últimos tiempos, algún código se mantiene fiel aún al método del Código Napoleón, aunque acaja novedades legislativas, como es el caso del Código de Venezuela de 1942 y del propio Código Federal Mexicano de 1928; este último de reconocida tendencia socializante;

5º) En fin; hay esfuerzos que salvan las fronteras nacionales y sientan las bases de una ley internacional uniforme, incorporada en buena parte por la codificación interna de algunos estados. (Debemos insistir sobre la trascendencia del ya citado Proyecto Franco-Italiano, de evidente influencia en el Código Polaco de las Obligaciones y en el Código Italiano de 1942. Debemos destacar también la labor cumplida en tal sentido por el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado y el voto de las últimas Jornadas Rio-Platenenses para la unificación del derecho y la legislación común de ambas orillas).

En términos generales, resultan enfrentados dos grandes sistemas: el analítico del Código Civil Francés y el sintético de los códigos influidos por el modelo germano. Caracteriza al primero la poca o ninguna abstracción y la abundancia de soluciones concretas, como que el Código Napoleón fué la obra de prácticos del derecho, con larga experiencia del foro y la magistratura; caracteriza en cambio al segundo el espíritu dogmático, la depurada técnica legislativa, la generalización resumida en fórmulas de grávido contenido, la preponderancia, en fin, del esquema lógico sobre todo casuismo circunstancial.

Tradicionalmente se ha admitido que la materia de las obligaciones y contratos es la menos sujeta a mutación de tiempo en tiempo y de país a país, por entender que hay allí una verdadera "álgebra jurídica", que concluye en soluciones coincidentes y de regular permanencia. Se admite, además, la naturaleza esencialmente unitaria de los principios que rigen para obligaciones civiles y comerciales, y de ahí que, desde el viejo Código Suizo de 1883 hasta el nuevo Código Italiano de 1942, se avanza positivamente en el sentido de reunir obligaciones civiles y comerciales bajo una sola regulación, sea que el cuerpo es-

pecial conserve su autonomía, sea que resulte incorporado o absorbido por el cuerpo básico de la legislación común.

Hechas estas consideraciones generales, veamos sumariamente la posición que adoptan algunos códigos modernos:

a) Como lo hemos dicho ya, los Institutos dieron al Código Francés un plan práctico, abonado por el temperamento y la acción de sus juristas. Las Pandectas y los pandectistas, en cambio, ofrecen al legislador alemán un plan eminentemente teórico.

La distinción entre derechos reales y personales está netamente fijada en el Código Alemán. Las obligaciones no aparecen absorbidas por el derecho de las cosas — como en el Código Napoleón —, sino que son materia autónoma, gobernada por reglas especiales.

El Código es ceñido (2385 artículos). Hay en él parte general (152 artículos) y parte especial, como lo sugirió Savigny. Esta distribución, según sus panegiristas, facilita el estudio de las normas y evita repeticiones inútiles. El riesgo está en que las disposiciones generales cobren carácter netamente teórico y se divorcien de la vida.

El plan del Código Alemán es como sigue:

Parte general:

Libro 1º: Personas, cosas, actos jurídicos. Comprende también plazos y términos, prescripción, ejercicio de los derechos, legítima defensa, justicia privada, seguridades.

Parte especial:

Libro 2º: Obligaciones.
Libro 3º: Derechos reales.
Libro 4º: Familia.
Libro 5º: Sucesiones.

En la sección IIIª del libro IIº el Código Alemán se ocupa de las obligaciones nacidas de los contratos, y en sucesivos títulos trata: de las fuentes y del contenido; del contrato sinalagnático (sistemizando su régimen propio); de la promesa de prestación a un tercero; de las arras y de la cláusula penal; de la resolución. Luego, en la sección VIIª, se ocupa de los diferentes contratos en particular. Allí se incluyen en realidad no sólo los contratos clásicos, sino también especies más novedosas y situaciones abarcadas por el papel jurígeno de la voluntad, en hipótesis que los latinos no reputamos contractuales. Se legisla así sobre contrato de trabajo, corretaje, promesa de recompensa, promesa y reconocimiento de deuda, títulos al portador, citación, exhibición, enriquecimiento sin causa y actos ilícitos, en una sucesión que indudablemente no es congruente con nuestro modo tradicional de entender las fuentes de las obligaciones, parte clave en la interpretación del sistema.

b) El Código Suizo (1907/12/36), plantea como hemos dicho una separación más aguda del derecho de las obligaciones, materia de una codificación anterior, acometida por Huber en 1803. El Código Civil se

redactó en 1907 y se incorporó luego a él, como libro V, el Código de las Obligaciones revisado en 1911. Una última revisión data de 1936.

Este Código no tiene parte general, como porque, sin perjuicio de la notoria gravitación germana, el conjunto se edifica sobre precedentes nacionales. Lleva sí un título preliminar, que contiene un buen número de reglas fecundas y orientadoras, y en vez de Ley de Introducción, un título final sobre la "entrada en vigor y aplicación del Código".

Su plan es el siguiente:

- Título preliminar;
- Libro 1º: Personas; Libro 2º: Familia; Libro 3º: Sucesiones; Libro 4º: Derechos reales; Libro 5º: Obligaciones (añadido según el proceso que antes se reseña);
- Título final.

Reiteramos que lo fundamental en la legislación suiza, desde el punto de vista del método, es la codificación unitaria del derecho de las obligaciones. El libro V del Código Civil —originalmente cuerpo autónomo— fija en primer lugar las fuentes de éstas últimas (contrato, actos ilícitos, enriquecimiento sin causa) y enseguida se ocupa de la primera y más copiosa, proporcionando lo que podría llamar la teoría general del contrato. Allí se trata no sólo de sus elementos esenciales y de su formación, sino también de los vicios del consentimiento, de la representación y de la interpretación, materias que sin duda tocan a la teoría general del acto jurídico.

Todo esto dentro de una primera parte ("Disposiciones generales"), donde en tres títulos se legisla sobre la formación, los efectos y la extinción de las obligaciones.

En una segunda parte ("De las diversas especies de contratos"), el Código se ocupa sucesivamente: de la venta y la permuta (distinguiendo la venta de muebles de la de inmuebles y proporcionando la reglamentación de algunas especies caracterizadas); de la donación; de la locación (proporcionando también reglamentación propia para el arrendamiento de tierras); del préstamo (de uso y de consumo); de los contratos de trabajo; de empresa; de edición; de mandato (distinguiendo las normas referentes al mandato propiamente dicho de las referentes a carta y orden de crédito y corretaje); de la gestión de negocios; de la comisión; del transporte; de los apoderados y otros mandatarios comerciales; de la asignación; del depósito; de la fianza; del juízo y apuesta; de la renta vitalicia y manutención por vida y de la sociedad simple.

Aparte el distinto orden con que se presentan las figuras clásicas, adviértase que el Código Suizo hace lugar a especies novedosas (v. gr. el contrato de edición) y, sobre la base de su concepción unitaria del derecho de las obligaciones, incorpora también relaciones que son propias del derecho mercantil. El mismo contrato de edición, que Biblión pensó incluir originalmente en el Anteproyecto, fué impugnado por Bi-

varola, quien lo consideraba propio de la legislación comercial (Véase "Observaciones y Actas de la Comisión Reformadora", t. 1, págs. 9 y 16).

c) La sanción del Código Brasileño data de 1916. Su vigencia, del 1º de Enero de 1917. Trae una extensa parte general (3 libros; 179 artículos) y desarrolla el plan que se resume a continuación:

— Ley de Introducción;

— Parte general:

Personas, bienes, hechos jurídicos (incluyendo prescripción);

— Parte especial:

Libro 1º: Familia; Libro 2º: Derechos reales;

Libro 3º: Obligaciones; Libro 4º: Sucesiones.

Tal como resulta del esquema que antecede, la materia de las obligaciones se trata en el libro III de la parte especial. El título IV de ese libro está consagrado a los contratos. Allí se encuentran las disposiciones generales, el régimen propio de los contratos bilaterales, las arras, la estipulación a favor de terceros, los vicios redhibitorios, la evicción y los contratos aleatorios. En el título siguiente —el V—, bajo el rótulo "De las diversas especies de contratos", el Código Brasileño trata de la compraventa; de la permuta; de la donación; de la locación (separando las normas propias para la locación de predios rústicos); de la locación de servicios (no se habla de contrato de trabajo); del contrato de empresa; del préstamo (de uso y de consumo); del depósito (voluntario y necesario); del mandato (proporcionando normas específicas para el mandato judicial); de la gestión de negocios; del contrato de edición; de representación dramática; de sociedad; de aparcería rural (agrícola y pecuaria); de la constitución de renta por tiempo determinado; del contrato de seguro (que tiene así emplazamiento en el cuerpo de la ley civil); del juego y de la apuesta y de la fianza.

Conviene advertir que en un título especial —el VI— este Código trata separadamente de las obligaciones por declaración unilateral de voluntad (títulos al portador, promesa de recompensa), y que en otro título —el VII— cierra su revista de las fuentes de las obligaciones, ocupándose de las que emanan de los actos ilícitos.

Los primeros títulos del libro III que nos ocupa, refiérense a las modalidades y efectos de las obligaciones. La creación de créditos —tratada entre nosotros como contrato— integra allí un título especial y de vasta significación, conforme al modo de ver de una calificada doctrina.

En la rica enumeración de los contratos especiales, conviene subrayar la presencia de los contratos de edición, de representación (que no está en el Código Suizo), de aparcería y de seguro.

d) El Código Italiano de 1942 reúne materia civil y comercial, pues abarca el contenido de los libros I y V del derogado Código de Comercio de 1882, según el detalle que puede verse en el prólogo de Neppi a la versión castellana del "Tratado" de Massimo (Traducción de

S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1964). El tomo 1º de la versión castellana a que aludimos incluye la íntegra traducción del Código.

He aquí su plan:

Libro 1º: Personas y familia;

Libro 2º: Sucesiones;

Libro 3º: Propiedad;

Libro 4º: Obligaciones y contratos;

Libro 5º: Trabajo (incluido sociedades);

Libro 6º: Tutela de los derechos (registro, prueba, privilegios, prescripción).

Como se ve, no hay parte general. Eso sí: preceden al Código "Disposiciones sobre la ley en general" (31 artículos) y lo complementan "Disposiciones para la aplicación del Código Civil" y "Disposiciones transitorias" (R. D. de 30/3/1942, n. 138).

El régimen político imperante en la Península al tiempo de su elaboración y sanción no ha podido menos de dejar huellas en el texto, particularmente visibles en el libro 5º. En materia de obligaciones y contratos se recogen con frecuencia las soluciones del Proyecto Franco-Italiano.

c) Tampoco trae parte general el Código de Venezuela de 1942, código que, según ya hemos dicho, sigue fiel a la estructura del Código de Napoleón, tan criticada.

En consecuencia, las obligaciones ocupan un título (el III) dentro del libro III: "De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos". Pero no obstante esta pertinacia metodológica, el Código recoge muchas innovaciones propagadas por la doctrina. El Proyecto Franco-Italiano y el Italiano (que comenzó a recibir sanción parcial en 1939) influyen, sin lugar a dudas, en el contenido de este cuerpo legal.

Las fuentes de las obligaciones (contratos, gestión de negocios, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa, hechos ilícitos) se apartan de la sistemática tradicional. Como apunta Lafaille en su conocido prólogo, el viejo molde del cuasi contrato se quiebra y aparecen reunidos los textos sobre gestión de negocios y pago de lo indebido. Se incorpora la doctrina del abuso del derecho y el amplio resarcimiento del daño moral. Se generalizan las normas sobre representación. La oferta es fuente autónoma de efectos jurídicos. Los riesgos, en fin, se transfieren desde la formación del contrato, sin atender a la tradición, que se juzga operada al otorgarse el título cuando se trata de inmuebles.

En cuanto al régimen de los contratos especiales, se elimina de allí, con buen fin, la sociedad conyugal, se incorpora la donación (que no figuraba como contrato en el código abrogado), pero no se hace lugar al contrato de trabajo, pues las reglas propias de él se reservan a la legislación especial. Respetando los precedentes nacionales, se mantienen disposiciones sobre la enfiteusis, y en seguimiento de las figuras conocidas (a las que se suma la transacción), se legisla sobre perdo, arti-

crea, privilegios e hipotecas, registro público, ejecución, cesión de bienes y beneficio de competencia y, por último, prescripción.

VII *El anteproyecto Bibiliani y el proyecto de 1936*: Su orientación metodológica. — Como es sabido, el Poder Ejecutivo Nacional instituyó en 1926 una comisión de juristas encargada de estudiar las reformas que convendría introducir a nuestro Código Civil. La comisión, a su vez, encomendó al Dr. Juan Antonio Bibiliani la preparación de un anteproyecto, sobre el cual se trabajaría con posterioridad.

Este Anteproyecto, al que Bibiliani dedicó el último y heroico lapso de su vida, presenta algunas innovaciones metodológicas, aunque conviene subrayar que el autor, conceptualizado en la cátedra como un crítico acorbo de la obra de Vález, se decidió por una posición respetuosa de nuestra gran ley civil al enseñar la difícil tarea del legislador. El Dr. Lafaille, conspicuo miembro de la Comisión Reformadora, luego de hacer justicia a la ponderación de esta última actitud del Dr. Bibiliani, presenta así el plan del Anteproyecto (véase "La reforma del Código Civil y el Anteproyecto Bibiliani", en *Jr. Arg.*, t. 42, secc. doctr., pág. 1):

- Títulos preliminares (como en el Código vigente);
- Libro 1º: Parte general (personas, cosas, hechos); Parte especial (derecho de familia);
- Libro 2º: Sección primera (de las obligaciones); Sección segunda (de las fuentes de las obligaciones); Parte especial (de las diversas relaciones obligatorias en particular);
- Libro 3º: Derechos reales;
- Libro 4º: Sección primera (transmisión por muerte de las personas); Sección segunda (prescripción, registro de inscripciones).
- Título complementario (aplicación de las leyes civiles, aplicación de las leyes de registro de inscripciones).

No obstante que el Anteproyecto, como es fácil advertir, respeta substancialmente el plan del Código de Vález, he aquí las principales alteraciones metodológicas que introduce, con especial referencia a la materia que nos ocupa:

a) En primer lugar, traslada la teoría de los hechos y actos jurídicos al libro 1º, donde se presentan sistematizadas, en una primera parte general, las normas que gobiernan los elementos comunes a toda clase de relaciones civiles (personas, cosas, hechos). Sin embargo, fiel al método del Código, Bibiliani trata seguidamente, en el mismo libro 1º (parte especial) del derecho de familia, aunque es este un asunto que, por su importancia notoria, reclama un libro para lo en las últimas codificaciones.

b) En segundo lugar, el Anteproyecto agrupa y deslinda las fuentes de las obligaciones en la parte general del libro 1º, legislando allí, en sendos títulos, sobre contratos, actos ilícitos y enriquecimiento sin causa (sección 2ª, títulos I, II y III). Hay en el Anteproyecto, como en

el Código, una teoría general del contrato: Biliboni elimina de ella las normas sobre capacidad (arts. 1160 y sigs.), en tanto que las referentes a la prueba, debidamente ampliadas y generalizadas, pasan a integrar una importantísima sección del libro Iº (la IV), que se abre con un título sobre el "ejercicio y defensa de los derechos" y se cierra con otro sobre la "cosa juzgada". En la aludida teoría general de la institución Biliboni hace lugar, en cambio, al contrato "a cargo o a favor de terceros", tan falto de reglamentación en nuestro Código Civil.

c) Luego, en la parte especial del libro IIº, bajo el rubro "De las diversas relaciones obligatorias en particular", el Anteproyecto no sólo reglamenta los contratos conocidos con una ordenación distinta (compraventa y permuta agrupados; donación después de compraventa; mandato antes que sociedad; depósito, mutuo y comodato antes que esta última), sino que, a la manera del Código Alemán, se trata asimismo de una serie de figuras que no siempre es fácil clasificar en la categoría de los contractuales (gestión de negocios, transacción) o que son francamente distintas, porque hasta hacen gala de un distinto origen (reconocimiento de deuda, promesa de recompensa, obligación de exhibir). Es bueno señalar que la gestión de negocios se aproxima al mandato y que los títulos sobre evicción y vicios redhibitorios se corren al final de esta parte del libro IIº, enriquecida con nuevas figuras o mejorada por el desdoblamiento y ordenación más razonable de las viejas.

d) En fin; el Anteproyecto reglamenta con atención los efectos de los contratos bilaterales, incorporando la cláusula resolutoria implícita y contemplando muchas situaciones a que da pie la "exceptio non adimpleti"; cambia el título de la cesión de créditos por "cesión de derechos" y se ocupa en particular de la cesión de derechos hereditarios, cuya consideración prometió y olvidó Vélez; trata separadamente de la locación de bienes, del contrato de trabajo y del contrato de obra, proporcionando en la primera la reglamentación que falta en el Código sobre arrendamientos de predios rústicos y aparcería; por último, legisla sobre conatoje civil, pero no sobre contratos de adhesión, edición y representación.

Claro está que Biliboni excluye de la parte especial a que venimos refiriéndonos todo lo relativo a sociedad conyugal, materia que pasa a la parte especial del libro Iº, donde se hallan las normas sobre derecho de familia.

El Proyecto de 1936, que acepta muchas soluciones del Anteproyecto, se aparta sin embargo de él en cuanto al método seguido. Hablamos del método en general y no de la forma en que aparece tratada la materia de las obligaciones y contratos, donde las coincidencias son muy grandes. Pero no cabe duda de que la Comisión imprime a su labor otro tono y avanza resueltamente sobre la arquitectura del Código Civil (véase el discurso pronunciado por Lafaille en la Academia de Derecho el 22 de Abril de 1936, en *Jur. Arg.*, t. 55, pág. 12).

A la manera del Código Alemán y del Brasileño, el Proyecto de 1936 trae una parte general que insurge un libro por sí sola. A diferencia de lo que hemos visto en el Anteproyecto de Biliboni, esa parte ge-

neral no se reúne con el derecho de familia, pues éste aparece agrupado en otro libro —el segundo— como puede verse en el esquema que sigue:

Título preliminar;

Libro 1º: Parte general (personas, bienes, hechos y actos jurídicos. Ejercicio y prueba de los derechos. Prescripción);

Libro 2º: Derecho de familia;

Libro 3º: Derecho de las obligaciones;

Libro 4º: Derechos reales;

Libro 5º: Sucesiones

Título complementario (aplicación de las leyes civiles).

En una ley especial se trata, además, sobre el registro de inscripciones.

Las obligaciones y los contratos están pues tratados en el libro IIIº. Ese libro se divide en siete secciones. Las cinco primeras se ocupan de las obligaciones en general (sus efectos, sus diversas clases, su transmisión, su extinción, el concurso de acreedores, el derecho de retención, los privilegios). La sección sexta se ocupa de las fuentes (contratos, enriquecimiento sin causa, actos ilícitos). La séptima, de algunas relaciones obligatorias en particular. Esa sección abarca, como la correlativa del Anteproyecto, algo más que los contratos tradicionales, pues se habla allí, en veintidós títulos, de obligaciones abstractas, promesas de pública recompensa y exhibición de cosas, así como de la transacción. Se incorporan también normas sobre aparenta, contrato de trabajo, contrato de obra, corretaje. Se mantienen los títulos sobre evicción, vicios redhibitorios y gestión de negocios ajenos, dándoles, empero, ubicación más propia. Como en el Anteproyecto, se eliminan las disposiciones relativas a la sociedad conyugal —que pasan al libro IIº— y se ordenan las figuras tradicionales de otra manera: se agrupan la compraventa y la permuta; se trata de la "cesión de derechos" (y no de créditos); se continúa con la donación (prototipo de las disposiciones a título gratuito, después de haber proporcionado el prototipo de las onerosas); el mandato precede a la sociedad; la gestión de negocios sigue al mandato; en fin; el comodatario y el mutuo se reúnen en un mismo título dedicado al préstamo.

El Proyecto de 1936 sistematiza los efectos de los contratos bilaterales y legisla sobre el contrato "a cargo o a favor de terceros".

Los contratos siguen siendo en el Proyecto el medio fundamental de obligarse y de adquirir. Los medios unilaterales sólo pueden resultar de una consideración excepcional de la ley (solución del art. 782, concordante con la del art. 305 del Código Alemán, aceptada también por Biblióni). Hay amplia acogida para los contratos incontinentes, que se rigen, según el principio de analogía, por las normas que gobiernan las figuras más semejantes, igual que en el Anteproyecto.

Anteproyecto y Proyecto estarán presentes en todas las lecciones de nuestro curso, pues son el más serio intento de renovación legislativa

realizado en nuestra República desde la sanción del Código Civil. Para ilustrarse sobre la forma en que orientó su tarea la Comisión, remitimos a su "Informe" y a sus "Observaciones y Actas", y a las notas, artículos y conferencias de los vocales Ríbero, Lafaille y Tobal (La Ley, t. 5, secc. doctr. pág. 66; t. 6, secc. doctr., pág. 229; Jus. Arg., t. 55, secc. doctr., pág. 1 y sigs.; t. 58, secc. doctr., pág. 21). Tocante al modo en que el Proyecto desarrolla la materia de las obligaciones y contratos, remitimos a los trabajos de Galli, Arias y Malmierca Sánchez, incluidos en el tomo IX, año 1939, de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

A VERDAD SABIDA ...

111

EL DERECHO EN LAS "NOCHES ATICAS" DE AULO GELIO *

SANTIAGO SENTIS MELENDO

El Dr. Santiago Sentis Melendo realizó una brillante carrera judicial en España antes de radicarse en nuestro país. Su intensa actividad de publicista, como autor, editor, traductor y comentarista de un sinnúmero de obras jurídicas, ha consolidado su merecido renombre. Es actualmente profesor de Derecho Procesal en la Universidad del Litoral, secretario de redacción de la Revista de Derecho Procesal, y director de Ediciones Jurídicas Europa América.

Como ha dicho el Maestro Calamandrei, con palabras que quiero citar, el buen funcionamiento de la justicia "depende de los hombres y no de las leyes, y el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados, vinculados por recíproca confianza, buscan la solución de sus días, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad"¹. Y creo también que "viva y fresca humanidad" podremos encontrar en el rápido recorrido a lo largo de las páginas de Aulo Gelio, quien, en muchos pasajes, propende a olvidarse de la "pesada doctrina" y del rigor de la ley; y, aun en los casos en que no queda más remedio que acatar la dureza de ésta, encuentra la solución, no poco cómoda, que el derecho romano ofrecía a los jueces, de pronunciar un *non liquet*.

Pero veamos quién fué este Aulo Gelio del que, después de casi dos milenios, se siguen leyendo sus *Noches Aticas*, en lengua original y en las varias a que han sido traducidas. Bien poco sabemos de él: que vivió en el siglo II de nuestra era, y algunas breves biografías de enciclopedia lo sitúan entre los años 125 y 175, siendo, pues, de esa época las *Noctium Atticarum*; que fué ciudadano romano, pero sin que se conozca el lugar de su nacimiento, hasta el extremo de que no falta quien le da como nacido en África y no en Roma, ni siquiera en la Península; pero dondequiera que viese la luz era un romano, un ciudadano del Imperio; y un ciudadano de familia patricia, como lo acredita la referencia que en algún pasaje de su libro se hace a haber vestida, en su edad juvenil, la presteza; y esta prenda, que los muchachos romanos usaban hasta los

* Reconstrucción de la conferencia pronunciada el 6 de setiembre de 1957, en Concepción del Uruguay (Entre Ríos), patrocinada por el Colegio de Abogados de aquella ciudad.

¹ Del Prólogo escrito por Calamandrei, poco tiempo antes de morir, para la edición alemana del *Eligio* de los jueces. La traducción de esas páginas puede hallarse en el número 7 del *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Litoral* (Santa Fe, 1957), publicando un homenaje a la memoria de Calamandrei (véase, especialmente, pág. 24 de dicho Boletín).

diecisiete años (edad en que comenzaban a usar la toga viril) y que las mujeres llevaban hasta el momento de la boda, no era permitido que cualquiera se adornase con ella²; no eran aquellos unos tiempos de libertad en el vestir, como los actuales; a nadie le está prohibido, hoy en día, endosarse un traje de etiqueta por mucho que se desprege de su cuerpo y de sus mangras; pero no cualquier jovencueta podía echar sobre sus hombros la pretesta.

Y, a propósito de esta prenda, ce contará lo que Aulo Gelio refiere (en el capítulo XXIII del Libro primero de su obra) de lo que sucedió a un joven que todavía usaba pretesta, y que, como premio a su hábil comportamiento, el Senado le otorgó el nombre (apellido, podríamos decir) de *Pretestanus*. Era este joven, llamado Papirio, hijo de un senador, el cual, cierto día, lo llevó a presentar una sesión del Senado. Pecado de vanidad de los padres suele ser este de hacerse acompañar de los hijos a los lugares donde desempeñan funciones públicas o profesionales, ya que, sin duda, en el subconsciente, se anida la idea de que el hijo quedará boquiabierto ante la importancia del papel paterno (por modesto que, a veces, sea ese papel). Papirio, pues, acompañó a su padre; discutieron graves asuntos los senadores, y, dado lo avanzado de la hora, decidieron pasar —como por aquí acostumbramos a decir— a cuarto intermedio; pero comprometiéndose a guardar silencio sobre lo tratado, hasta que recayese Decreto. Volvió a su casa el joven Papirio, con el padre, y no pasó mucho rato sin que fuese interrogado a solas por la madre acerca del desarrollo de la sesión y de lo tratado en ella. Manifestó él la decisión tomada por los senadores de guardar silencio, que entendía alcanzarse a él, como hijo de uno de los que a ello se habían comprometido; naturalmente, esto excitó todavía más la curiosidad de la madre, quien acorraló con sus preguntas al hijo; y no encontrando éste otra salida a la situación, utilizó una treta que consistió en decirle a la madre que los senadores habían tratado de qué convenía más a la salud de la República, si dar a cada marido dos mujeres o a cada mujer dos maridos, sobre lo que habrían de resolver al siguiente día. Oír esto la buena señora, y salir a ponerlo en conocimiento de otras ilustres matronas, parece que fué todo uno; cundió la alarma entre las esposas de los senadores y demás damas del patriciado romano; y cuando, al día siguiente, los padres de la patria acudieron a la sesión, se encontraron con un numeroso grupo de mujeres que, desoladas y llorosas, pedían... que se diera dos maridos a cada mujer y no dos mujeres a cada marido. Indagaron, asombrados, el motivo de lo que ocurría y de aquella rara petición; y, cuando todo se puso en claro, no pudieron por menos de admirar el ingenio del joven Papirio que había sabido salir de su difícil situación sin comprometer los intereses de la República. Acordaron, en vista de todo ello, que, en adelante, ningún papá pudiera hacerse acompañar al Senado por sus tiernas retoñas, concediéndose ese honor de acompañar al padre tan sólo al joven Papirio, a quien, en adelante,

² Véase Vicente Solalaja, *Precedimientos civil romano*, traducción de Santiago Santa Melanda y María Aperta Redín, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 93.

y por la acción realizada cuando todavía usaba la pretesta, se le llamó Pretestato. Lo sucedido, además de poner de manifiesto el peligro de permitir a los jóvenes la asistencia a importantes actos oficiales, acredita también, por medio de una prenda de vestir, esto es, de un signo exterior, la trascendencia de la división en clases del pueblo romano.

Nos han enseñado, casi desde las primeras letras, a admirar el poder, la fortaleza, de ese pueblo; después, a lo largo de los estudios jurídicos, a admirar todavía más su sentido del Derecho. Y acaso no nos hemos detenido lo suficiente para determinar lo que se quiere expresar con la palabra *populus*.

S. P. Q. R. eran las letras que figuraban en el estandarte de los romanos (*Sabius Populus Qui Romani?*); y con las mismas letras grabadas en el suyo, resistieron y vencieron los romanos: S. P. Q. R. (*Senatus Populus Que Romanus*). El *populus*: ¿qué era el *populus*? ¿Quiénes integraban el *populus*? Aulo Gelio nos lo dice con toda claridad, en el capítulo XX del Libro décimo, que trata de "Qué es *republica*, qué es *lex*, qué es *plebiscito*, qué es *privilegio*". Por lo demás, también nos lo dicen todos los tratados de Derecho Romano; pero es bueno que no lo ponga en duda este autor, que no pretende birlarnos ningún tratado. El se refiere a Capítón, "un varón en derecho público y privado", quien distinguía el pueblo de la plebe: "el *populus* se componía de todos los órdenes de la ciudad; la plebe era el pueblo menos las familias patricias; y, así, el *plebiscito* era, por consiguiente, una ley recibida por la plebe y no por el pueblo". No hay que confundir: en otros tiempos, y en otros lugares, cuando se ha dicho que "lo mejor de un país era el pueblo", y cuando se ha afirmado "también nosotros somos pueblo", no se estaba haciendo referencia al mismo pueblo. Aulo Gelio, como los que también eran pueblo, no era plebe; como Papirio, había vestido la pretesta.

Y la situación económica de su familia permitía enviarlo a Atenas, para que aumentase su cultura¹; esto parece que no dejaba de ser frecuente en aquella sociedad romana; porque si Roma había conquistado a Grecia por las armas, es bien sabido que se había dejado conquistar por las letras. Siglos después, en otros países, se ha acostumbrado a enviar a París a los hijos de familias pudientes, aunque, en mu-

¹ Si nos fijamos en algún pasaje de las *Memorias*, no debe ser de gran utilidad la vida de estos jóvenes en Atenas. En el capítulo II del Libro primero, nos cuenta Aulo Gelio lo que eran las reuniones en la casa de Menodes Atico, "conocido ilustre, varón dotado de singular talento para la elocuencia griega", que invitaba frecuentemente a compañeros que habían ido a Grecia "con objeto de cultivar el espíritu". Y describe una de las cenas que Menodes poseía en las inmediaciones de la ciudad: "Un día, durante los cultivos de principio de otoño, nos había reunido en su quinta llamada *Celsoia*, donde encontramos, para combatir los ardores del día, zona sencilla entre grandes besanos, largos pasillos sobre blando césped, habitaciones dispuestas para refrescar el aire, baño rodeado de abundantes y cristalinas aguas, fuentes cuyo murmullo mezclándose con el canto de las palomas, hacían oír un melodiosamente aquel agradable resaca". En comparación a esta descripción, vemos, en el capítulo XI del Libro decimotercero, que el filósofo Protagora, santo gano e inabarcable, a quien más adelante se le llamó Pretesto, habitaba en "una cabaña fuera de la ciudad".

chos casos, no resulta posible afirmar que el resultado haya sido el aumento de su cultura. Aulo Gelio —nos dice el prologuista⁴ José María de Cossío— “es el mejor ejemplo de aficionado o dilettante de la Roma Imperial”. Y añade: “Sus escritos ni siquiera aspiran a lo que hoy llamaríamos ensayos, sino que quedan reducidos a notas o apuntaciones sobre los temas que le interesaban”. Yo diría, mejor que “notas o apuntaciones”, observaciones. Pero esto me lleva a recordar cómo se formaron esos capítulos, según nos lo refiere, en el prefacio del libro, el propio Aulo Gelio: “Mi único objeto, al componerla, ha sido preparar a mis hijos recreos literarios, para cuando, libres de negocios, quisieran proporcionarse placido descanso al espíritu. He seguido el orden fortuito de mis apuntes porque acostumbraba, siempre que leía un libro griego o latino, u oía algo notable, anotar en seguida lo que me llamaba la atención, y conservar de esta modo, sin orden ni concierto, apuntes de toda clase; viniendo a ser como materiales que se hacían en mi memoria, a la manera de almacén literario, con objeto de que, si me ocurría necesitar un hecho o un vocablo y me faltaba el recuerdo, o no tenía a mano el libro necesario, tener medio seguro de encontrarlo en seguida. Así, pues, en este trabajo aparece la misma incoherencia de materias que en las breves notas tomadas sin método alguno en medio de mis investigaciones y variadas lecturas”. Ya lo veis: recreo para sus hijos; y, para él, algo así como a modo de lo que hoy llamaríamos un fichero.

Así se escribieron las *Noctium Atticorum*, que algún antónimo redactor de voces para enciclopedia a tanto por línea⁵ ha considerado que tenían “un lenguaje arcaico y lleno de locuciones extrañas en un estilo desagradable”. Y menos mal que reconocen que el libro es de gran utilidad porque “contiene numerosos fragmentos perdidos de autores antiguos que, de otro modo, serían completamente desconocidos”. Así, podríamos decir que tirando a un cajón sucesivos fragmentos, se fué formando el libro.

Así también, muchos siglos después, se fué formando otro libro que hoy es igualmente famoso: el *Elogio de los jueces*, de Calamandrei. El autor no tuvo que escribirlo; se lo encontró escrito sin darse cuenta de ello; y no hubo de hacer más que ordenar un montón de cuartillas. Y este paralelismo de formación entre dos libros que tanto admiro, me lleva a pensar que, en estos últimos tiempos, ha sido en Aulo Gelio y en Calamandrei donde he encontrado dos conceptos, dos ideas, de orden político y de orden humano, que considero de interés máximo y que no quiero dejar de recordar porque me parece que son de aplicación a los tiempos y hasta a los momentos actuales.

Cuenta Aulo Gelio (capítulo XII del Libro segundo), que, entre las antiguas leyes de Solón, que los atenienses gubieron en manera para asegurarle la duración, había una que, según refiere Aristóteles, contiene la siguiente decisión: “Si algún objeto de discordia acarrea una se-

⁴ Prólogo al volumen publicado en la Colección Austral, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1932.

⁵ Véase la voz correspondiente de la Enciclopedia Espasa. Puede ocurrir que, para el redactor de la voz, el latín no sea otra cosa que un lenguaje arcaico y lo que en él se redacta, resulte forzosamente extraño.

dición y da origen en la ciudad a partidos opuestos; si se enardecen los ánimos, corre el pueblo a las armas y se traban combates, aquel que en medio de esta turbulencia pública no ingresa en uno de los dos bandos, y procure, retirándose, sustraerse a los males comunes del Estado, será castigado con la pérdida de su casa, de su patria y de sus bienes; además se le condenará a destierro". Y, en seguida, el autor latino nos cuenta su sorpresa, primero, y su conformidad y admiración después. Si; ni creyéndose de los mejores, tiene nadie derecho a situarse *au dessus de la malice*; cuando hay malice, es obligado tomar parte en ella; y no se debe atribuir a superioridad lo que no suele pasar de cobardía. Si son los nuestros los que luchan, por muy equivocados que estén, siempre habrá un grupo al que estaremos más próximos; en las luchas civiles, como en la división geográfica, no queda más remedio que admitir una línea fronteriza; cuando se fracciona en dos un conjunto social, lo mismo que cuando se establece una frontera entre dos países, puede ocurrir que entre hombres o entre grupos ocasionalmente enemigos, la distancia ideológica sea menor que entre hombres o grupos integrantes del mismo conjunto; ha sido la línea fronteriza, a veces trazada caprichosamente, la que los ha colocado en campos distintos y la que ha hecho de ellos lo que nunca pensaron ser: enemigos o, al menos, extraños.

La admirable ley de Solón, celebrada por Sócrates, nos llega a través de Aulo Gelio, o, al menos, nos la recuerda éste. De nuestros días es, en cambio, un escrito que nos ha dejado Calamandrei (el último que él produjo). Calamandrei fue uno de los padres de la Constitución de la República Italiana; contribuyó a formularla y, más aún, a interpretarla. Ese último escrito suyo, "Esta nuestra República", que yo he incluido en el número del *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Litoral*, dedicado a la memoria de Calamandrei, contiene una de las manifestaciones más trascendentales de los preceptos de aquella Constitución: "El gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución que es garantía no sólo de que no se volverá atrás sino de que se irá adelante. Quien se quiera detener se contraria a la Constitución". La Constitución debe ser dinámica, no estática, para que permita avanzar y obligue a no detenerse.

Creo que las Noches Aticas no estarían bien contempladas si hubiera silenciado el pensamiento de quien casi veinte siglos después también ha formado un libro maravilloso amontonando en un cajón de su escritorio páginas escritas con personales observaciones.

* * *

Vamos a dar un vistazo rápido a los capítulos de Aulo Gelio. Y, de ellos, sólo a los fragmentos jurídicos; y hasta, podría decir, a los judiciales; más que al derecho en las *Noches Aticas*, vamos a hacer referencia a la justicia o al juez, en ese libro; porque la totalidad de los fragmentos jurídicos no podría examinarlos ni siquiera muy a la ligera.

"De la exacta pintura que hace Crisipo de la Justicia"⁴. Esta es la rúbrica del capítulo IV del Libro décimoocuarto: "Estatura y facciones de joven, aspecto terrible y enérgico, mirada viva, tristeza noble y digna, sin humillación ni orgullo". En seguida, Crisipo sigue diciendo de la justicia: "Dícese que es virgen, símbolo de la pureza; dícese que nunca cede a los malvados, que no escucha ni dulces palabras ni ruegos, ni súplicas, ni adulationes, ni nada semejante. Por consecuencia de esto, la pinta triste, con la frente tendida y contraída y mirando de soslayo", y, explicando las palabras de Crisipo, Aulo Gelio dice: "el sentido de esta alegoría es que el juez, pontífice de esta dignidad, debe ser grave, intachable, severo, incorruptible, imascesible a la adulación, inexorable con los malvados y los criminales, firme, enérgico, con la frente alta y llevando en ella la majestad terrible de la justicia y la verdad". Esta es la pintura de la divinidad y de sus sacerdotes; y obsérvese que, de acuerdo con ella, debemos prescindir de la venda que en tantas representaciones cubre los ojos de la justicia. De seguir admitiendo esa venda, acaso tendríamos que relacionarla, más que con la imparcialidad del juez, que no es incompatible con la mirada viva y profunda, con aspectos procesales tan interesantes como el de la apreciación de las pruebas por el juez: la prueba legal o solemne, frente a la prueba libre; la venda sería la representación, no de la imparcialidad del juez sino de su falta de libertad y de su automatismo; y para que funcionase la libre costición o, en nuestros códigos, la sana crítica, sería necesario dejar caer la venda.

* * *

Hemos visto la representación general de la justicia. Veamos ahora aspectos particulares: retrocedamos al capítulo segundo del mismo libro décimoocuarto: "Disertación de Favorino, por consulta rúta, sobre los deberes del juez", reza la rúbrica. Aulo Gelio es juez; pendiente de su decisión está un caso procesalmente no dudoso, probatoriamente claro, pero bien oscuro y dudoso si de las reglas procesales y, en particular, de las probatorias se prescinde: una reclamación de deuda respecto de la cual no se dispone de ningún elemento probatorio; el acreedor demandante es un hombre de honestidad inmaculada, de conducta intachable; el demandado, un hombre de conducta sucia y vergonzosa, frecuentemente convicto de falsedad y lleno de fraudes y perfidias. Pero... no hay prueba de la deuda. Profesionales del derecho le aconsejan a Aulo Gelio la absolución; Favorino, filósofo, opta por la solución contraria. Aulo Gelio no se atreve a seguir su consejo; no se atreve a condenar sin pruebas; "Juré, pues, que el asunto no era claro para mí y todo terminó". Pero es que el procedimiento romano permitía esta solución cómo-

⁴ Al terminar mi charla observé, y ahora al reconstruirla debe señalarse que, sin duda dominado por la afirmación de mi ilustre presentador, el doctor Lezana, quien se refirió a la venda que cubre los ojos de la justicia en las representaciones plásticas de ésta, suñí referirme ya a este pasaje de Aulo Gelio y destacar su importancia.

da: terminar con un non liquet. En los tiempos actuales, todavía en lo penal tenemos el *obsolescencia*, que en unos códigos sólo puede ser definitiva pero que en muchos se admite en su forma provisional; hemos conocido, en la historia, la *abolición de la instancia*; pero ni ésta ni el non liquet, en su forma romana, tienen ya vigencia en ningún país. Aunque no han faltado algunas elaboraciones recientes que se les aproximan: así, en el proyecto de código que don Angel Osorio redactó para Bolivia², incluyó un precepto según el cual, cuando un juez estimase que la sentencia que la ley le obligaba a pronunciar era manifiestamente injusta, podría abstenerse de juzgar, debiendo elevar los autos al superior. No deben ser muchos los casos en que esto ocurra, si la ley se maneja con criterio humano; creo siempre en el dicho de aquel magistrado: "a mí el derecho nunca me ha impedido hacer justicia"; sin que haya de llegarse a las exageraciones del "buen juez" Magnaud que Vittorio Scialoja criticaba con tanto acierto³: un día el "buen juez" abusó de un desdichado que, muerto de hambre, ha robado un pan; "estado de necesidad", nos dice el "buen juez", y tiene toda la razón; pero continúa su camino, y considera que la prodigalidad, polo opuesto de la avaricia, es saludable y conveniente para la sociedad, porque moviliza los capitales; y ya se hace difícil seguirle por esa senda, nos dice el gran jurista italiano; es que, entre el que guarda, sin darle ningún curso, su dinero, y el que lo dilapida, el "buen juez" no ha sabido detenerse en el término medio de quien gasta su dinero empleándolo correcta y convenientemente.

Aulo Celio sigue examinando la figura del juez.

Estamos en el capítulo I del Libro vigésimo: se trata de una conversación entre Sexto Cecilio y el filósofo Favorino sobre la ley de las Doce Tabas. Las leyes se escribieron trescientos años después de la fun-

² En el último inciso del art. 9 del Anteproyecto del Código civil boliviano, redactado por don Angel Osorio se lee: "Si algún juez encontrase en conflicto su propia conciencia con textos irreconciliables de la ley, podrá abstenerse de sentenciar y elevar los autos a la corte de su distrito, la cual, oyendo a las partes y resolviendo de oficio las pruebas, investigaciones y aseguramientos que juzgar indispensables, dictará su fallo sin estar obligado a someterse al precepto legal". Así reza el texto que preparé el autor del Anteproyecto; pero, en nota al artículo cuidó don Angel Osorio de decirnos que "el honesto y discreto criterio del juez, es a mi entender, preferible al texto legal. Así, por mi gusto, en lugar de ese artículo habría redactado otro que dijese: "Los jueces atenderán los pliegos con arreglo a los dictados de su conciencia, procurando ajustarse a la ley vigente, en la conforme, en los principios generales del derecho, en la jurisprudencia y en la doctrina científica". La libertad de conciencia de un juez quedaría así proclamada *con arreglo de toda...* Pero, en los casos de que tan arrojado sistema sería muy

perigioso en países jóvenes como Bolivia, donde la magistratura no tiene todavía historia ni suficiente seguros. Me ha parecido aceptable solución transaccional exonerar al juez de fallar cuando ese grave conflicto se presenta y recurrir tal facultad a un tribunal que por ser colegiado ofrece más garantías de acierto y al que se permite buscar de oficio los elementos de información que pueden tranquilizarle al hacer uso de la suspensiva facultad".

³ Véase la conferencia pronunciada en el Circolo giuridico de Roma, que se publicó en el *Bollettino* de dicho Circolo, que se reproduce en la *Revista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*, vol. IX (1911), primera parte, págs. 942 y siguientes.

dación de Roma, y habían transcurrido ya setecientos cuando Aulo Gelio asistía a esa conversación, en la que hace decir a Sexto Cecilio: "¿Consideras bárbara la ley que castiga con la muerte al juez o árbitro que, nombrado según la ley, se deja corromper por dinero?". Otras varios ejemplos de esas leyes de las Doce Tablas se ofrecen en ese capítulo; pero nos interesa más éste, que hemos referido: bárbara podrá ser la pena de muerte en sí; bárbara podría ser la forma de su ejecución. Pero considerar equivocado el aplicar la pena máxima al juez que se ha dejado corromper por dinero, no me parece lógico; y creo que Sexto Cecilio y Favorino, en su conversación, y Aulo Gelio al recogerla y comentarla, estaban en lo cierto al admitir la aplicación de aquellas leyes, que el propio pueblo romano, cuando las estimaba inadecuadas al espíritu de los tiempos, había cuidado de ir relegando al olvido.

Este Favorino, filósofo, es a quien Aulo Gelio acude en todas sus dudas: lo mismo jurídicas que de la vida corriente; y sus opiniones son siempre fruto de la meditación y del buen sentido. Así, cuando en el capítulo I del Libro duodécimo, exhorta a una señora noble para que no entregue sus hijos a nodriza, sino que los lacte ella misma; y le dice: "¿Crees que la naturaleza ha dado los pechos a las mujeres como graciosas protuberancias destinadas a adornar su seno y no para alimentar a los hijos? Con esta idea, la mayor parte de nuestras elegantes (y tú estás muy lejos de pensar como ellas) se esfuerzan en secar y agotar esta fuente sagrada en que el género humano aspira la vida, haciendo cuanto pueden por corromper o desviar la leche, persuadidas de que alejarían estos signos de belleza. La misma locura las lleva a procurarse el aborto, para que no se arruine la terna superficie de su vientre, o se deprima bajo el peso del hijo". Reconocimos que el ilustre canónigo de la Catedral de Granada que hizo la traducción, vertió correctamente la palabra latina, ya que protuberancia viene de protuberans, protuberantia, participio activo de protuberare que quiere decir sobresalir; y que el diccionario de nuestra lengua define como "prominencia más o menos redondeada"².

Pero olvidemos, por ahora, las protuberancias y sigamos con los jueces.

* * *

Pasemos al capítulo III del Libro primero: "Si hay faltas que podamos permitirnos en beneficio de un amigo". Quién el Lacedemonio es juez; y tiene que juzgar a un amigo a cuyo delito puede corresponder la pena capital. ¿A qué argucia acude para salvarlo? Emite su voto condenatorio en voz baja y aconseja a los otros jueces (y el consejo da resultado) que lo absuelvan. Es esta posible falta la que aflige su conciencia

² Anoto en este pasaje de Aulo Gelio, y precisamente en esas "protuberancias" y en su exacto sentido idiomático, puede encontrarse el origen de uno de los fragmentos de la Canción de la vida profunda del gran poeta colombiano Porfirio Barba Jacob (que también usó los nombres de Miguel Ángel Osorio; Main Jimenez y Ricardo Arenales).

en el momento de morir. Pero, aun, precindiendo del remedio actual de la acusación, a lo largo del capítulo, las soluciones no faltan: Cicerón dice: "Por servir a un amigo no se deben empujar las armas contra la patria"; y de Pericles nos refiere nuestro autor que un amigo le pidió que jurase en falso en favor suyo, a lo que contestó con este verso: "Todo debo sacrificarlo a los amigos excepto los dioses". Son claros estos dos ejemplos de Aulo Gelio: ir contra la Justicia no difiere mucho de ir contra la Patria; y el sacrificio de los dioses es la falta del juramento, más grave aún en el juez que en el testigo.

Vemos que el religioso respeto de los romanos por la fe del juramento, no se encuentra sólo cuando de la justicia se trata: en el capítulo XVIII del libro séptimo, relata Aulo Gelio el caso de los prisioneros que Aníbal envió a Roma, después de recibir su palabra, para negociar el canje de prisioneros que habían sido tomados en la batalla de Cannas, rechazada el canje, según de los comentarios del juramento de Aníbal; dos de ellos accedieron a las súplicas de parientes y amigos y permanecieron en Roma; pero "fuera objeto de tanto odio y ultrajes, que se les hizo pesada la vida y concluyeron por matarse". Y si esto ocurría cuando de la guerra se trataba, no parece que el criterio hubiera de ser otro tratándose de la justicia. Luego volveremos sobre el juramento.

Se refieren todos estos casos a la actuación del juez; a su figura como juzgador. Quiero referirme ahora a casos particulares en que se plantean problemas que el juez tenía que resolver, y en los que no es difícil apreciar su paralelismo con los planteamientos y las soluciones que hoy en día nos ofrecen la doctrina científica y la de los tribunales.

En el capítulo XIII del Libro duodécimo, presenta Aulo Gelio la cuestión que se le ofreció al tener que desempeñar las funciones de juez en Roma *Intra Kalendas*. ¿Era en el día de las *Kalendas* o hasta el día de las *Kalendas*? (y no se trataba de las *Kalendas* griegas que nunca llegaban, por la razón sencilla de que los griegos no tenían *Kalendas*, sino de las latinas, que si existían). Los gramáticos le explicaban con toda claridad a Aulo Gelio que *intra* quería decir, si más ni menos, que *en*, por ser la sílaba *tra* un agregado determinado por razones fonéticas; pero Aulo Gelio se atenía a la práctica judicial, según la cual se podía sentenciar *hasta* ese día. Y digo yo: ¿no es éste el mismo problema que se plantean los procesalistas de hoy en día, cuando quieren aferrarnos, como cuestión interesantísima la distinción —aunque un tanto bizantina— entre "bérminos" y "plazos", aunque usamos habituales a emplear esas dos palabras como sinónimas en los códigos y en la práctica profesional? Una sentencia se puede dictar *dentro* de un cierto número de días, a no ser que se deba dictar acto seguido, y el plazo se da para redactar sus fundamentos; yo he aprendido que lo fácil es decidir y lo difícil es explicar por qué se ha decidido de cierta manera y no de la contraria.

Cuando en el capítulo IV del Libro segundo se nos dice que se llama *adivinatoria* a cierta clase de juicios, tales como el que se ha de seguir para determinar la persona que se encargará de la acusación en el caso de ser dos o más las que se inscriban para ese ministerio; y el autor observa que si bien en otras causas el juez resuelve como resulta-

de de las actuaciones, de la naturaleza de las pruebas, etc., en cambio, no cuenta con tales elementos en este caso; podemos observar que, ciertamente, tampoco costaría mucho esfuerzo ver aquí una libertad de apreciación o de decisión del juez precisamente para evitar el procedimiento incidental que, de lo contrario, habría de seguirse. Si pensamos, actualmente en la forma de designación de peritos, y hasta de árbitros, que nuestros códigos establecen, la semejanza se nos ofrece bien patente.

* * *

Vamos a ver ahora otras diversas cuestiones que hoy en día se plantean y se resuelven en la misma forma y con iguales dudas que hace cerca de dos mil años; ni las ciencias médicas ni otras parece que hayan avanzado extraordinariamente, en cuanto a esos problemas, desde entonces.

En el capítulo II del Libro tercero, se ocupa nuestro autor de cuál debe ser la fecha de nacimiento de los que vienen al mundo por la noche, y de la duración del día civil en los diferentes pueblos; y nos presenta las distintas fórmulas de división del día, según que esa división se haga partiendo de la media noche, o bien de la puesta del sol, de la salida del sol, o bien que la división se practique al mediodía, calificando de absurda a esta última, aunque algunos pueblos la hayan seguido. A primera vista, podrían parecer cuestiones ya superadas para nosotros que, como regla general, damos la hora cero como principio del día en todos los países; pero no cuenta gran esfuerzo observar que códigos vigentes, al establecer las horas hábiles y las inhábiles, siguen utilizando como límites la salida y la puesta del sol, de manera que el protesto de un documento puede efectuarse entre esos dos momentos y no fuera de ellos. Y no sería absurdo relacionar esta cuestión con la relativa a la determinación de quién ha debido morir primero, de dos personas de circunstancias distintas y que hayan fallecido a consecuencia del mismo hecho, con posibles derechos sucesorios que puedan repercutir sobre distintos causalhabientes; como si la edad y el sexo de las personas fuese lo decisivo en tales casos y no circunstancias de otra naturaleza, como tener a mano un salvavidas o una tabla de donde agarrarse.

En el capítulo XVI del Libro tercero se ocupa Aulo Gelio de las diferentes épocas que asignan los médicos y filósofos (la medicina y la filosofía andaban muy mezcladas y confundidas en aquellos tiempos) para el parto de las mujeres; y, ciertamente, si bien con términos más amplios que los trescientos días admitidos hoy por casi todos los códigos, la cuestión no difiere mucho de la que se plantea en los tiempos actuales. Se admite, según nuestro autor, que en el undécimo mes a partir de la concepción se puede dar a luz, porque así le ocurrió a "una señora conocida por su honradez y morigeradas costumbres"; lo que no sabemos es lo que el emperador Adriano (a quien la cuestión fué sometida) habría decidido en el caso de que el parto se hubiera demorado algunos meses más; no sabemos si la "honradez y morigeradas costumbres" hubieran predominado sobre lo que la naturaleza suele ofrecer de ordinario.

En otro orden de cosas, vemos en el capítulo XII del Libro cuarto, lo que ocurría cuando un propietario descuidaba su campo o lo dejaba en mal estado, no labrándolo o abandonándolo; esto era un delito castigado por la ley, y la represión consistía en privar de sufragio. Dejando aparte la especial sanción, consistente en privar de un derecho político, que hoy es, al mismo tiempo, un deber, resulta evidente que la propiedad ya no era un derecho tan absoluto como pudiera creerse y que el juez atendió, *fructus et abusus*, que tanto nos recalcan los autores de derecho romano y de derecho civil, no parece que ofreciese las características tan amplias que le han querido atribuir; la doctrina del *abusus del derecho* parece no resultar una novedad en aquella época; y lo mismo podría decirse en cuanto a la *función social de la propiedad*.

Cuando, aparentemente bien fuera del campo jurídico, se trata "de las diferentes opiniones de los filósofos acerca de si la voz es o no cuerpo" (capítulo XV del Libro quinto), y se nos dice que "cuerpo es todo lo que es capaz de acción o pasión"; que "solamente el cuerpo puede tocar o ser tocado", que "cuerpo es todo lo que tiene las tres dimensiones"; y aunque se termina admitiendo que "esta clase de investigaciones no tenían utilidad alguna para el bienestar de la vida, ni ofrecían ningún fin sólido", y aun se recordaba un famoso verso según el cual "bueno es filosofar, pero algunas veces y no siempre"¹⁹, por nuestra parte no podemos por menos de recordar que la electricidad, en la que los romanos no podían pensar, ha planteado, en estos tiempos, problemas de índole jurídicamente análoga a la que la naturaleza de la voz les planteó filosóficamente a los antiguos: ¿qué delito configura el hecho de utilizar corriente eléctrica sin que pase por el medidor o se registre, a los efectos de su pago, en una u otra forma, esa utilización? Y, bizantinamente, se ha discutido si era barto o estafa o si no existía delito, quizá bastándose también en que el fluido no tenía las tres dimensiones. Que la electricidad puede tocar y ser tocada, no parece que pueda discutirse; al menos, los electrocutados son buenos ejemplos. De una manera concreta, en relación al carácter jurídico de la voz, podría pensarse en los tiempos actuales en todos los problemas de las emisiones por radio y de las grabaciones de discos; que no son pocas las cuestiones a que pueden dar lugar.

Trata nuestro autor, en el capítulo XXIII del Libro décimo, sobre "el régimen y las costumbres de las mujeres de la antigua Roma"; y señala que debían ser abstemias, es decir, que debían abstenerse del uso del vino (llamado *acetem* en la antigua lengua); y que el beso que

¹⁹ Se veja la preocupación por problemas, y por planteamientos de los mismos, que parecen irrelevantes, pero que, al cabo de tantos siglos, el avance de la ciencia les quitará ese carácter de irrelevancia. Así, en el capítulo, XII del Libro décimo, se hace referencia (y se reproducen palabras de Fevring) a "una palabra de madera que solaba", Después de indicar que "sin duda se sostenía por medio de equilibrio y al aire que encerraba secretamente le hacía moverse" se agrega que es "asunto distinto de la verosimilitud". Pero pasaron muchos siglos y a Leonardo Da Vinci no le pareció imposible ni irrelevante el vuelo de aviones más pesados que el aire; y pocos siglos más tarde la realidad había de darle la razón.

daban a sus parientes servía de prueba, pues si habían bebido vino, el oler las delataba. Reconocemos que no hace falta ser excesivamente viejo para poder recordar costumbres nuestras de acuerdo con las cuales a las mujeres se les imponía, socialmente ya que no jurídicamente, ese deber de abstenerse del vino; en pocos años, las cosas han cambiado, y la mujer puede beber, fumar y llevar el pelo a la garçon o a la *viotine* (como se decía en Francia, en recuerdo de la época del Terror) sin que nadie se escandalice por ello; lo escandaloso ha llegado a ser que una mujer lleve el pelo largo; es casi tan escandaloso como ver a un hombre con barba.

Pero en ese mismo capítulo se trata de cosas mucho más graves. Catón nos dice: "Si sorprendieras a tu esposa en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo; así es la ley". Esto parece absurdo. Sin embargo, ha llegado a los tiempos actuales: el código penal español que tuvo vigencia hasta hace bien pocos años¹¹, establecía que el marido que sorprendiera en adulterio a su mujer y matase a ella o al adúltero, o les infiriese lesiones graves, era castigado con la pena de destierro; si las lesiones no llegaban a tanto, el marido quedaba libre de pena. Huega decir que no existía precepto análogo que amparase a la mujer que sorprendiese en adulterio a su marido. Ese artículo dibujaba una especial figura de delito; no se trataba de atenuante ni de eximente que se establecieran para el caso de emoción violenta; porque, de ser así, habría podido funcionar igualmente en el caso de sorprender la mujer al marido; y no habría funcionado en el caso de que la sorpresa (quién por no haber tal sorpresa) no determinase esa emoción. Se trataba, como digo, de una especial figura de delito. El marido podía tomarse la justicia por su mano. Podía, incluso, en actuación casalinga (y a pesar de la salvedad del código) preparar el delito; si no inducir, empujar a su mujer hacia el adulterio, como forma de disponer una eliminación no penada por el código, o lo que es lo mismo, penada ridículamente; a la mujer no la amparaba precepto semejante. Cosa parecida, en cuanto al adulterio como causal del divorcio, se produce en algunos códigos, como en el español: el de la mujer, lo es en cualquier caso; el del marido, sólo si se produce dentro de la propia casa del matrimonio, o fuera de ella con escándalo¹². Veros, pues, que dos mil años no han bastado para que el legislador español se aparte de las costumbres romanas. La mujer, como he dicho, puede fumar, beber, llevar el pelo

¹¹ El art. 438 del Código que Regó hasta 1931, disponía: "El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a ésta o al adúltero o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijos menores de veintidós años y sus corruptoras mínimas aquellas vivieran en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas".

¹² El art. 105 del Código civil español, en su inciso 1º, establece como causa legítima de divorcio, "el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menoscabo de la mujer".

corta, usar pantalones, pasearse por la playa con bikini; pero no puede matar a su marido si lo sorprende en adulterio; a ella y a su pareja de adulterio, sí les puede matar el marido, si la ocasión se presenta.

* * *

Veamos otro pasaje de Aulo Gelio que también se refiere a las mujeres: el capítulo VI del Libro undécimo: "De que las mujeres no juraban por Hércules en Roma ni los hombres por Castor". Poca actualidad puede tener el asunto ¿verdad? Hércules, Castor y Pólux (a quien también se refiere el capítulo, señalando que, originariamente, los hombres no juraban por Pólux, pero que después juraron por él tanto los hombres como las mujeres) sólo pertenecen a la mitología; no son dioses nuestros.

Pero no costaría mucho trabajo encontrar, en tiempos recientes, aspectos forenses relacionados con esas diferencias. ¿Es que no ha llegado a nuestros días la prohibición, para las mujeres, de ejercer gran número de profesiones? Es de este siglo la frase española de que la mujer sólo podía ser "reina, maestra o estancquera". ¿Es que no costó gran esfuerzo conseguir que la mujer entrase en el foro? Y todo ¿por qué? De atenciones a graves autores, porque existió en tiempos remotos una tal Calpurnia o Calpurnia que, con su locuacidad y ademanes, perturbaba la seriedad de las audiencias judiciales. No poco podría decirse de muchos varones que en los tiempos actuales pronuncian —y en todos los tiempos han pronunciado— oraciones interminables; y no poco también de los ademanes y gesticulación de algunos de ellos. Basta acudir a Calamandrei y su *Elogio de los Jueces*, para encontrarnos con el tipo de orador que no sabe terminar y al que, como al aviador que no encuentra la pista para aterrizar, el Presidente del Tribunal querría conducirlo, ayudarlo a descender: "abogado, si no logra aterrizar, le puedo dar una mano, diga así..."¹⁰; y en el mismo Calamandrei encontramos al abogado cuya compostura en audiencia en nada se parece a la que emplea en la vida ordinaria, cuyos gritos ostentosos y ademanes violentos ninguna semejanza guardan con la cortesía que acostumbra a utilizar en su diaria vida de relación¹¹. Aunque, a decir verdad, no poca culpa corresponde a los clientes: recuérdese también aquel pasaje del *Elogio* en el que una señora, al despedirse del abogado, le dice: "Por favor, abogado, acríva molto"¹². Pero no es a esa particularidad de trato para las mujeres —que ha durado siglos— a la que yo quiero referirme, sino a la especialidad de la intervención como testigos de las mujeres, que también se ha prolongado por muchos siglos, estableciendo su incapacidad para hacerlo, sin que resulte admisible el motivo de la mayor versatilidad en la mujer que en el hombre. El hombre y la mu-

¹⁰ *Elogio de los Jueces* escrito por un abogado. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág. 162.

¹¹ *Elogio*, cit. pág. 34.

¹² *Elogio*, cit., pág. 37.

jer juraban ya por el mismo dios; no podía venir de ahí la diferencia¹⁸, ¿y si lo encontráramos por otro camino? ¿Y si la explicación nos la diera un viejo aforismo latino? *Tenuis manus, testis nullus*. Y así, por siglos, se ha admitido que el dicho de un testigo carecía de todo valor, de toda fuerza probatoria. Pero no hay que profundizar mucho en el estudio del idioma de los romances para averiguar que, con esa palabra *tenuis*, no sólo se designa al que presta una declaración sino que también es expresiva de los órganos de la virilidad. Y acaso no costara tampoco mucho esfuerzo poner en claro que, en tiempos remotos, el hombre, único que podía ser testigo, prestaba el juramento adoptando una actitud que muy bien justificaba, con otro significado, el aforismo *tenuis manus, testis nullus*; al igual que hoy ciertas clases profesionales o sociales juran adoptando también determinadas actitudes: el militar poniendo la mano sobre la empuñadura de la espada; el sacerdote "*inve sacerdotali*", con la mano sobre el pecho; los católicos con la mano sobre los evangelios; en esos tiempos remotos, la actitud del hombre al jurar podría guardar relación con los órganos justificativos de que fuere el único que podía prestar testimonio.

Creo que no son inútiles estas observaciones etimológicas. Yo he sentido siempre cierta inclinación a ellas; y, así, el estudio del aforismo *inve sacerdotali* me fué ampliando hasta formar, con su capítulo preliminar y los tres dedicados especialmente al derecho nacional escrito, al derecho extranjero escrito y al derecho consuetudinario (nacional y extranjero), una extensión de varios centenares de páginas, para que no considero inútiles, porque, relacionadas con esos temas principales, son muchas las cuestiones interesantes que han ido presentándose; y todo porque un día observé que, en lugar del singular *inve*, más adecuado según el criterio actual, se venía utilizando el plural *inve*; y no me pareció que fuese lo mismo el conocimiento, por el juez, del derecho y el conocimiento de los derechos.

* * *

Y como no quería que, como al abogado del Elogio, fuese necesario ayudarme a sierrizar, voy a poner fin al recorrido por los pasajes de Aulo Gelio, con una referencia a la actitud del Arcobispo, en un caso dudoso en conciencia (es el capítulo VII del Libro duodécimo): una mujer había envenenado a su segundo marido y a su hijo de este se-

¹⁸ Tampoco entre los hebreos la mujer podía ser testigo. Y no parece muy convincente la única razón que da el Marqués de Paraceni, en su edición de *obra Meisler* como legislador y moralista (M. Glaser, Editor, Buenos Aires, 1938), utilizando la mediación de don Manuel Vela y Oliva, que sirvió para la primera edición de Madrid, en 1788 (prólogo para la edición argentina de don Angel Ossorio y Gallardo), de que él se debía a que el Deuteronomio, cuando habla de los testigos (cap. 17, v. 6) utiliza el género masculino (véase pág. 230). El argumento parece demasiado simple y demasiado pobre. Habría que ir entonces a determinar por qué el Deuteronomio utiliza solamente ese género.

ganda matrimonio; el caso fué llevado ante el Procónsul de Asia, y la mujer, convicta y confesa, pudo probar que el hecho lo había cometido porque el marido y el hijo, con toda premeditación, habían dado muerte a otro hijo suyo de su primer matrimonio, cuyo inocencia y bondad celebraba. El Procónsul dudaba; y, como a jueces más expertos, envió el asunto al Areópago. ¿Podía quedar impune el doble crimen? Pero ¿no estaba acaso justificada la conducta de la mujer? Los areopagitas no pronunciaron un *non liquet* (caso no figurase en escapatoria en las vías procesales griegas), pero citaron al acusador y a la acusada... para cien años después; y así entendieron salvar la justicia y la equidad. Entre nosotros, quizá se hubiera encontrado una fórmula semejante: la prescripción. En lugar de citar directamente para dentro de cien años, hubiéramos invertido varios años en *cárcenas*, y la prescripción se hubiera producido.—El resultado habría sido el mismo.

Podría seguir recordando pasajes jurídicos del libro de Aulo Gellio; pasajes que pienso publicar en breve, en edición separada, para que los abogados puedan leerlos con prescindencia de los que no tienen tanto interés profesional para nosotros. Pero el propósito mío —no sé si lo he conseguido— ha sido, simplemente, poner de manifiesto que hace casi dos mil años, en muchos problemas de derecho, no se discutía de manera distinta de la de hoy; que, no obstante la energía atómica y la posibilidad de elevarnos, en nuestros vuelos, a alturas que parecerían inverosímiles, es muy poco lo que hay de nuevo bajo el sol. Y que, en definitiva lo mismo hoy que hace veinte siglos, para resolver las controversias entre los humanos, lo que importa no es la *præva doctrina* sino la *franca* y *sincera* *Auzantia*.

NOTAS Y COMENTARIOS



UN ENSAYO SOBRE LA LIBERTAD: "EL PODER" DE BERTRAND DE JOUVENEL

OSCAR H. CAMILION

Profesor Adjunto Interino de Derecho Político,

I. La traducción española de la obra de Bertrand de Jouvenel "Le Pouvoir", difunde entre nosotros una de las más importantes expresiones del pensamiento político de nuestro tiempo. Obra profunda y original, imprevista, de inmediato, por una suerte de sabor distinto, que la distingue hondamente de las corrientes obras científicas y la acerca al estilo y a la textura de los tratados clásicos de la historia de las ideas políticas.

Las imágenes que despierta la lectura de Jouvenel no son, por cierto, las de los estudios, tantas veces concienzudos y profundos, que la decantada teoría del Estado de los siglos XIX y XX nos ha legado como la versión al día de la preocupación tradicional por los grandes temas del Estado y la sociedad.

Llena de veracidad, profundamente informada de toda la literatura de importancia, esta obra tiene algo que la separa del estilo corriente de la gran ciencia burguesa. Leyendo a Jouvenel no podemos evocar ni a Heller, ni a Jellinek, ni a Weber ni a Sombart o a Carré de Malberg. Aquí estamos en otra línea, en otra perspectiva; casi podríamos decir en otra profundidad; en la profundidad de Tocqueville y de Montesquieu, de De Maistre y de Burke. Por eso podemos destacar con toda razón esta obra y redararla de una consideración que muy poca literatura de nuestro tiempo merece: esa consideración que despierta la presencia notoria de un pensamiento clásico.

II. La obra de Bertrand de Jouvenel tiene un tema central que la entronca, además, en la más noble tradición de la filosofía política de Occidente. Es una vasta meditación sobre la libertad, pero desde una perspectiva hoy poco frecuentada.

Nuestro medio intelectual ha recogido, casi exclusivamente, y a despecho del arraigado conservadurismo de nuestras clases dirigentes y de la limitada vocación revolucionaria que el meridiano americano impone, tan sólo una línea de las que han presidido la evolución del pensamiento político contemporáneo: precisamente la línea que ha historiado tan elo-

cientemente Talmon caracterizándola como la que conduce a la "democracia totalitaria"¹.

Ha de sorprender, pues, necesariamente, un enfoque de la libertad que va contra la corriente.

Siempre entre nosotros ha sido más cuestión de Rousseau que de Montesquieu y poco interés han despertado Tocqueville, Taine, Renan, Comte (por supuesto en cuanto a teorías políticas aún cuando estos tres últimos fueran tan conocidos en otros aspectos de su producción científica). Ni que decir que De Maistre, de Bonald o Donoso Cortés; Müller, Haller o Stahl han sido completamente olvidados, caracterizados incluso como enemigos de la libertad y prácticamente desterrados de las bibliotecas de nuestras universidades.

Y sin embargo ¿quién podrá dudar hoy en día que aquellos grandes pensadores encarnan la más noble tradición libertaria de nuestra cultura? ¿Quién podrá dudar, luego de los fenómenos inusitados de nuestra época, después de los totalitarismos y de las tiranías, que hemos ido a abreviar, tantas veces, en fuentes que contenían aguas contaminadas, que han terminado por anegar en el cuerpo social esas grandes virtudes y esas grandes energías que sabían poner freno al despotismo?

Bertrand de Jouvenel es exponente egregio de ese gran pensamiento libertario que lleva la impronta de Montesquieu y que sabe entroncarse en todo lo vivo de la tradición occidental. Las citas tan abundantes y sabrosas de su obra, nos remiten constantemente a Tocqueville y a Taine; a Bonald y a Sumner Maine; a Renán, a Burke y a Stuart Mill, a Guizot y a Royer Collard. Sobre todo a Tocqueville: ídem puede decirse que "El Poder" es la obra de un gran discípulo de Tocqueville que ha desarrollado hasta el extremo las tesis de éste y que ha confirmado con una visión desprejuiciada de nuestra realidad, todas las geniales intuiciones del maestro.

Porque puede decirse que Tocqueville había entrevisto todo. En "La Democracia en América", en "L'Ancien Régime", en los fragmentos de la obra inconclusa sobre la Revolución, en su correspondencia, surgen una tras otra las perspicaces intuiciones de aquel gran espíritu: la evolución implacable hacia la centralización política y administrativa; la continuación y perfeccionamiento llevados a cabo por la revolución y las repúblicas, de la obra de la monarquía absoluta; la dialéctica contradictoria de las ideas de libertad e igualdad; los peligros y las consecuencias inevitablemente destructoras de la libertad que acarrearía la destrucción de los poderes sociales intermedios; el inevitable advenimiento de un nuevo despotismo, semejante al del Imperio Romano decadente, sobre una gran masa de individuos aislados e iguales; las consecuencias despectivas de la lucha contra las creencias religiosas; las potencialidades tiránicas de la idea de la necesaria preponderancia del interés general, cualquiera sea él, sobre los intereses particulares, etc., etc.

Todos esos temas han sido tocados por Tocqueville: desarrollados algunas veces, apuntados otras como reflexiones y esquemas de una obra

¹ En "The Rise of Totalitarian Democracy" por J. L. Talmon, profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén.

que trancó su prematura muerte y que desarrolló en prosa desalumbante su gran discípulo Taine. Bertrand de Jouvenel los desenvuelve con la perspectiva que autoriza el siglo transcurrido desde que escribiera Tocqueville, cuando la guerra total y el advenimiento de despotismos nuevos en la historia, han confirmado hasta un extremo aterrador las profecías más audaces. Y, por supuesto, el diagnóstico resulta mucho más pesimista. Comentando la aparición de "L'Ancien Régime", en 1856, escribía el duque de Aumale a Cuvillier Fleury: "L'ancien régime est mort, pour ne plus revenir; mais il n'est pas permis de croire que sur ses ruines, on ne puisse reconstruire que le despotisme ou l'anarchie; ce sont là les hitards de la Révolution; c'est la liberté seule qui est 'sa fille légitime et qui, avec l'aide de Dieu, chassera un jour les intrus"².

Y eso que en la obra de Tocqueville la disyuntiva no aparece como tan inevitable porque ese hombre, aunque parcialmente desarraigado en su siglo y escéptico ante lo porvenir, no había perdido del todo las esperanzas. Veamos ya que la tesis de Jouvenel, quizá sin él saberlo, repite, en las dramáticas palabras finales de la obra, la conclusión que, con intención crítica, atribula el duque de Aumale al libro de Tocqueville.

Vamos a recoger, en sus grandes líneas, los aspectos más importantes de este gran pensamiento sobre la libertad. Jouvenel no ignora sin duda, que con su enseñanza herirá más de un prejuicio o escardellizará a más de un teorizador, pero él sabe del gusto de la libertad y a los que algo le cuestionen, podrá responderles con el aristocrático orgullo de su maestro: "Ne me demandez pas d'analyser ce goût sublime, il faut l'éprouver. Il entre de lui-même dans les grands coeurs que Dieu a préparés pour le recevoir; il les remplit, il les enflamme. On doit renoncer à le faire comprendre aux âmes médiocres qui ne l'ont jamais ressenti"³.

III. El punto de partida es un hecho, en cierta manera nuevo en la historia: la guerra total. "El adversario trató como enemigo todo lo que era carne y tierra". ¿Cómo se ha llegado a esta peculiar altura de la historia en que un Estado puede, con éxito, solicitar las fuerzas de la sociedad hasta el extremo último y proyectarlas en un esfuerzo colectivo de que Occidente no tenía noticias? ¿Cómo se explica la limitada aptitud guerrera del Estado Totalitario?

Porque no basta ni la ambición, ni la voluntad de poder, ni siquiera los riesgos y las amenazas que en un momento dado pueden amenazar a la colectividad para explicar las peculiaridades de la guerra moderna. Guerra moderna, Estado totalitario no son fenómenos que se hayan originado caprichosamente y al azar del mero ejercicio del poder por un ambicioso. Ha sido necesaria una evolución previa; una larga evolución previa: "No hay que pedir a la actualidad una explicación de nuestra desgracia, sino a la historia".

Jouvenel pedirá, en efecto, a la historia, las razones del crecimiento del poder en la sociedad, para deducir, eventualmente, si hay unas leyes

² Recogido en "Oeuvres Complètes" de Alexis de Tocqueville, ed. de J. P. Mayer; tomo II "L'Ancien Régime et la Révolution", vol. I.

³ "L'Ancien Régime et la Révolution", vol. I.

generales que permiten explicar ese crecimiento. No hará, pues, historia, pero se dirigirá a la historia para ejemplificar con datos concretos sus afirmaciones y para dar un fundamento inductivo a sus razonamientos. Sobre esa intuición directa del material histórico se elaborará así una verdadera fenomenología del poder que, orientada, como veremos, por esa tradicional preocupación que ha movido a los autores a buscar la posible conciliación del poder con la libertad, estará muy lejos, sin embargo, de todo el pensamiento especulativo que ha intentado solucionar la antinomia con esquemas "a priori".

IV. Esa intención voluntariamente realista, no excluirá, desde luego, la preocupación valorativa. "No escribimos sólo sobre lo que es, sino sobre lo que debe ser". Pero desde ya Jouvénel adelanta que las conclusiones son pesimistas: "lo que debe ser" es un orden social que respete la libertad, pero el crecimiento aparentemente espontáneo del Poder en las sociedades parece que excluye la posibilidad del triunfo permanente de la libertad y es, por el contrario, razón de sus brillantes apariciones esporádicas y de sus largas eclipses.

La interpretación cíclica de la historia aparece como una tendencia subyacente a través de toda esta obra sobre la que Augusto Comte ha tenido una influencia confesada, pero en la que alienta un espíritu que ha perdido el optimismo. No deja de influir además en ella, como en la obra de Spengler, la común actitud de espíritu del intelectual cuyo pueblo ha conocido el horror de la derrota en una guerra moderna y a quien lo porvenir no ofrece, aparentemente, nuevas perspectivas.

Sin embargo, Jouvénel no se decide por el pronóstico necesariamente catastrófico. El católico, el aristócrata, el positivista, son otros tantos motivos del *sentir* que se entremezclan, y, *con* a veces, *que* nos *siguiera*..... *una* esperanza, otras una inquietud angustiada y a veces el desencanto que no puede contenerse, en la búsqueda de nuevas formas de vida para la libertad.

V. Jouvénel es un pensador nominalista. Se niega a aceptar las abstracciones básicas del pensamiento político y constitucional moderno, especialmente las que han pretendido atribuir una especie de existencia al Estado o a la Nación. Para él, el triunfo de la idea de Nación como categoría básica del acontecer histórico es una de las más importantes consecuencias de la Revolución Francesa. "La metafísica histórica del siglo XIX hizo a la historia la novela de la persona Nación quien, como una heroína de melodrama, suscita en el momento preciso los campeones necesarios".

Metafísica escudridora esta, que oculta una realidad de poder en la que nada tienen que ver los conceptos abstractos y en la que actúan, por el contrario, tan sólo hombres que juegan uno de los dos papeles posibles en la relación política: dominadores o dominados. Con la consecuencia peligrosa de que la realidad se disfraza con la idea general y de que el predominio concreto se disimula y se justifica con la invocación del principio abstracto.

El poder es un hecho, una realidad con vida propia que actúa en el seno de otra realidad, la social, y que en modo alguno se identifica

con una idea general como es la idea de Nación. Visto así, puede su conducta coincidir con los intereses de la colectividad; pero puede también separarse de sus aspiraciones; seguir sus propios intereses, revelarse como puro mundo y, no obstante, obtener acatamiento eficaz.

El hecho de que el Poder puede existir como puro mando es un dato básico para comprenderlo y, en todo caso, una nota que hace a su esencia y que la agota. *El Poder es un hecho social que se presenta como mando y al que responde otro hecho social, la obediencia de la colectividad, que es mayor o menor conforme a la extensión del poder.* Y ese hecho social lo encarnan hombres concretos que son distintos y personales: el poder no es sólo "algo", el poder es "ellos".

El hecho sorprendente de la obediencia civil es el dato, perfectamente mensurable, que permite medir la extensión del poder. Partiendo de la obediencia y trazando una curva ascendente de su extensión y profundidad, estaremos en condiciones de medir la eficacia y la extensión del poder con mucha más exactitud que ateniéndonos a caracteres puramente exteriores. Esa base concreta nos permitirá medir asimismo el despotismo real del poder y reparar en que un despotismo con caracteres de arbitrariedad y tiranía como el oriental, puede, en la práctica, ser mucho menos eficaz y estar en condiciones de exigir mucho menos de sus súbditos que otro despotismo que se presente bajo mejor aspecto pero que tenga en sus 'manos medias eficaces' para obtener un mayor rendimiento. Esto ya lo había visto Tocqueville, refiriéndose al Directorio: "En un mot, il ignore toujours cette grande maxime des fameux despotes, maxime que nous allons bientôt voir appliquée, que pour mettre un peuple dans l'obéissance et l'y tenir, moins vaut une législation atroce qu'on suit mal, que des lois douces qu'une administration perfectionnée applique régulièrement comme d'elle-même, tous les jours et à tous"⁴.

VI. Vemos, pues, aparecer en Jouvenel esa distinción clásica entre el Poder, es decir, el Estado, y la sociedad⁵. Pero como Jouvenel es un pensador conservador, su teoría de las relaciones entre el Estado y la Sociedad se alejará mucho de las construidas por el pensamiento revolucionario, especialmente al marxista, como desarrollo del pensamiento de Hegel y de Lorenz Von Stein⁶. Si Jouvenel caracteriza tan cuidado-

⁴ En el fragmento "Comment la République était prête à devenir un maître", recogido en los fragmentos sobre la Revolución que integran el vol. II del T. II de "L'Ancien Régime et la Revolution" en la ed. cit. pág. 371.

⁵ También es de señalar la influencia que sobre Jouvenel ha tenido la teoría del Estado de Duguit, en su "Traité de Droit Constitutionnel" en "L'Etat", etc. En consecuencia la violencia crítica de Duguit al principio de la soberanía nacional, que tantos juristas franceses consideraron como la clave de bóveda de su derecho constitucional.

⁶ En efecto; como una regla general podemos observar que todo pensamiento conservador tiende a ubicar en el estado el principio de la opresión y en la sociedad el principio de la libertad; a la inversa todo pensamiento revolucionario tiende a ubicar en la sociedad el reino de la opresión y en el Estado la esperanza o el instrumento de la libertad.

namente el Estado como una realidad distinta de la Sociedad, es para señalar la necesaria contradicción que entre ambas existe y los peligros que para la libertad encierra el Poder. La libertad está en la Sociedad y el Estado es un instrumento de dominación, con vida propia, que se desarrolla dentro de la Sociedad y que utiliza una parte de las fuerzas sociales en provecho propio. Es "un aparato compuesto por unos elementos humanos que la sociedad le procura; su fuerza no es más que una cantidad movilizada, centralizada, de las fuerzas sociales"⁷.

Como lo señala Jouvencé, esto ha sido visto perfectamente por Rousseau. Veamos: "¿Qué es, pues, el gobierno? Un cuerpo intermediario, establecido entre los súbditos y el soberano, para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de la ley y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política". "Los miembros de ese cuerpo se llaman magistrados o reyes... y el cuerpo entero lleva el nombre de príncipe"; "las dificultades están en la manera de ordenar en el todo un todo soberano, de suerte que no altere la constitución general afirmando la

⁷ Para que esto suceda tiene, lógicamente, que haberse operado en la historia el proceso de distinción del Estado por un lado y de la sociedad por otro. Jouvencé describe ese proceso desde una perspectiva que podríamos llamar conservadora, más anticlerical, pero su descripción es posible porque ya en nuestra época el proceso de distinción de las dos realidades ha alcanzado su etapa de madurez. La perspectiva revolucionaria del fenómeno hallada en el marxismo su formulación más acabada, pero sobre la base de las observaciones de Hegel sobre la sociedad civil, porque ya éste había comprendido a la sociedad como el reino de la opresión y de las contradicciones: "Cuando la sociedad civil se encuentra en libre actividad, se ocupa dentro de sí misma en la población e industria que progresa. Con la generalización de las conexiones entre los hombres, mediante sus necesidades y los modos de preparar y de conferir los medios para la satisfacción de estas necesidades, se acrecienta de un lado, la acumulación de las riquezas... como del otro lado la división y la limitación del trabajo particular y, por lo tanto, la dependencia y la necesidad de la clase ligada a este trabajo, a lo que se agrega la insuficiencia del aislamiento y del goce de las otras facultades y particularmente de las ventajas espirituales de la sociedad civil". (Ed. italiana de la "Filosofía del Derecho", pág. 303, Nº 343). Es sabida la idea religiosa que Hegel tenía del Estado, como también que no desarrolló al extremo el estudio de las conexiones dentro de la sociedad, que él distinguía, ya que en su época se disponía de una solución para esas contradicciones: el imperalismo (ver Heilbrunn, "Teoría del Estado", cap. sobre "La sociedad civil"). Pero en Lorenz Von Stein, el gran discípulo de Hegel, las consecuencias se siguen y es curioso notar cómo un pensamiento de intención conservadora como el de Stein llevaba en su seno toda suerte de implicaciones revolucionarias, precisamente en cuanto otorgaba en la sociedad el reino de la opresión y en el Estado el principio de la libertad. En el texto se señala cómo Jouvencé, con gran agudeza, ve en el Estado una "revolución permanente", desde luego contra los poderes sociales. Stein no se propuso hacer una revolución, aunque sí una reforma social, que suprima las viejas contradicciones de la sociedad civil y cuya iniciativa él reservaba a la monarcha. El pensamiento de Stein ha sido expuesto magníficamente por Manuel García Pelayo en su trabajo "Sociedad y Estado en Lorenz Von Stein", aparecido en la Revista de Estudios Políticos de Madrid y ha tenido con reciente en el importante libro de Angel López Areso "Poder y Libertad", Biblioteca del Pensamiento Moderno, Madrid, 1968, cuyo subtítulo se refiere a la tesis de Stein: "La Monarquía de la Reforma Social". Del pensamiento de Stein al marxismo no hay más que un paso. Porque Marx señala, como su maestro y como la derecha

suya; que distingue siempre su fuerza particular, destinada a su propia conservación, de la fuerza pública, destinada a la conservación del Estado...”⁸

Vemos, pues, afirmada en Rousseau la realidad del poder como un cuerpo intermedio, con fuerza propia, que tiende a su propia conservación, y que tiene, por tanto, una voluntad particular distinta de la general. Ahora bien: “Como la voluntad particular actúa sin cesar contra la voluntad general, así el gobierno hace un esfuerzo continuo contra el soberano. Cuanto más este esfuerzo aumenta, tanto más la constitución se altera; y como no hay aquí otra voluntad de cuerpo que, resistiendo a la del príncipe, la equilibre, debe suceder que tarde o temprano el príncipe oprima al fin al soberano y rompa el pacto social. Es este el vicio inherente e inevitable que desde el nacimiento del cuerpo político tiende sin reposo a destruirlo, lo mismo que la vejez y la muerte destruyen al fin al cuerpo del hombre”⁹.

Claro está que Rousseau se mueve en un plano de fines distinto que el de Journeval y piensa en teoría y en función del hombre en general, lo que Journeval piensa en términos concretos. Pero la afirmación fundamental es idéntica.

El Poder tiene una vida propia; es un cuerpo distinto del social, con fines propios y medios también propios. Es, pues, un hecho y no la consecuencia de una abstracción llamada nación. El Poder no es, o al menos no es tan sólo, un atributo del Estado, sino una realidad concreta, un aparato de dominación integrado por hombres concretos y manejado por hombres también concretos. “No es un ser de razón sino un conjunto vivo, animado de un dinamismo que lo atrae a apropiarse de las fuerzas desarrolladas en el conjunto humano al cual preside para utilizarlas en provecho de su cuerpo social”.

Para Journeval esta concepción es básica en la ciencia política. El mundo moderno no lo ha visto y ha suministrado, por el contrario, los elementos teóricos para que el Poder no tuviera límites: “Bajo el pretexto de que el Poder ha sido dado a la Nación y porque se niegan a reconocer que en ella hay dos entidades distintas que no pueden jamás identificarse, se ha puesto la Nación en manos del Poder”.

Esas notas las presenta el Poder desde su origen. No hay tiempo

legítimo, que la sociedad es el causa de la opresión, pero se cree, por supuesto, que la monarquía pueda oponer la reforma necesaria. El Estado es, por el contrario, un instrumento de opresión porque no representa la sociedad entera, sino a la clase dominante, propietaria de los medios de producción. Hay que sustituir ese instrumento de opresión, para sólo a partir del momento en que en la sociedad se existan ya más clases, —es, por ende, contradicciones—. Para ello es necesario que el proletariado, que se confunde con la verdadera sociedad (como el Tercer Estado se confundía en Suiza con la Nación) se apodere del control del Estado y ejerciendo la dictadura permita que se llegue al estado ideal de la sociedad sin clases. El ejercicio del Poder del Estado por el proletariado es el instrumento de liberación, el único con cuyo control pueden superarse las contradicciones de la sociedad capitalista.

⁸ C. S., Libro III, cap. I.

⁹ C. S., Libro III, cap. X.

aquí de comentar la hermosa síntesis que ofrece Jouvencel de las teorías sobre el origen del Poder a través de los datos de la etnología. Dejemos, pues, la consideración de la sociedad primitiva, en la que la autoridad descansa en los concededores de las costumbres y de las fórmulas religiosas propiciatorias; dejemos esa "gerontocracia mágica" primitiva en la que el mando será inherente a los ancianos que saben conducirse y guiar en medio de las arrechazas del ambiente y saben renovar con su prudencia ese milagro de equilibrio que es la vida de todos los días.

De la sociedad primitiva al Estado no se pasa de un salto, por evolución natural: interviene un elemento nuevo, la guerra.

Son los pueblos guerreros los que se han pasado de mano en mano la antorcha de la civilización y es el jefe guerrero, que ha unido al prestigio de su fuerza el carácter religioso de la autoridad primitiva, el que ha dado los pasos primeros para fijar en torno a su persona la nueva unidad política.

El pueblo guerrero establece su dominación sobre el pacífico: triunfa la banda de saltadores poderosos sobre la comunidad de los débiles y organiza en su provecho, de inmediato, las fuerzas del conjunto. El origen del poder es siempre un hecho abrupto, ajurídico, injustificable por ninguna legitimidad, que se impone sobre la sociedad vencida y la conforma según sus exigencias: "El Estado se nos aparece, por todas partes, como la dominación parasitaria de una pequeña sociedad sobre un agregado de otras sociedades". Así es el Estado romano, el griego, el feudal.

Pero esa relación de explotación no se mantiene en esos mismos términos. Entre el jefe vencedor, la aristocracia que lo rodea y la comunidad de los vencidos se establecen toda clase de relaciones cuyo sentido determina toda la futura existencia y estructura de la comunidad política.

El jefe trata naturalmente de desembarazarse de la competencia y del freno de la aristocracia guerrera; trata de completar el triunfo militar obtenido con sus compañeros sobre los vencidos, con el triunfo político obtenido con ayuda de los vencidos, sobre sus compañeros. Se apoyará en la plebe para vencer a la aristocracia. O bien la aristocracia tratará de contener las ambiciones despóticas del Rey, del futuro monarca, encabezando las fuerzas sociales y extendiendo progresivamente a éstas las libertades de que goza. Si lo consigue neutralizará el triunfo político del rey y lo transformará en un simple instrumento de sus propios designios.

Sobre esas estructuras políticas primarias se configurará la futura Nación. La Nación no es anterior al rey: es el resultado de un proceso de unificación de heterogeneidades en torno de la figura del monarca y sólo es capaz de desembarazarse del monarca cuando está ya definitivamente constituida como Nación: entonces se limita a continuar su obra de unidad y homogeneización. La persona moral Nación ocupa el trono vacante dejado por su real antecesor y en su nombre se continúa el proceso por los que, titulándose sus representantes, utilizan en adelante el aparato de poder creado por la monarquía: el poder habrá cambiado de aspecto pero su naturaleza será la misma.

VII. De ese origen conserva el poder, para siempre, unas notas que lo caracterizan. Por de pronto: en el poder siempre existe el egoísmo.

Desde luego no tan sólo el egoísmo; ni siquiera ese egoísmo presenta siempre, "en el clima de altura que es el poder", las notas vulgares que pueden atribuírsele desde "los valles de la obediencia". Con el correr del tiempo se ha terminado por producir una progresiva identificación entre los intereses del poder y los de la sociedad. El poder, ambicioso en un principio y preocupado sólo de su propio beneficio, se transforma progresivamente en el procurador de la colectividad y de elemento parásito deviene principio simbólico de los deseos de ésta¹⁰. "El poder legítimo es aquel que por una recíproca costumbre ha acomodado sus propios intereses con los de la colectividad", aunque la identificación nunca sea absoluta.

Pero en el fondo queda siempre un elemento egoísta. En el poder, como en el hombre, hay siempre dos naturalezas y es una adquisición necesaria de la ciencia política el reconocimiento de esa dualidad; adquisición que permitirá a esa ciencia ser prudente antes de condenar en nombre de un principio de utilidad o bien general aún no experimentado, las soluciones que la práctica egoísta ha aconsejado a los antecesores. Y el egoísmo es el que procura al poder ese vigor último sin el cual no sería capaz de llenar sus funciones.

No acusemos a Jouvencel ni de cinismo ni de maquiavelismo. Jouvencel estudia al hombre como es, y no se hace ilusiones. A un gobierno sin egoísmo "le falta calor animal, sobre lo cual los pueblos no se engañan. Nadie hay que pueda vivir en el reino natural si no está sostenido por un feraz amor de sí mismo".

En la formación de Gaetano Mosca, en sus tendencias y en sus planes políticos, hay confluencias con Bertrand de Jouvencel. "Para ascender en la escala social aún en tiempos normales, fuera de toda duda el requisito fundamental es la facultad de poder trabajar intensamente; pero el que le sigue en importancia es la ambición, la firme resolución de descolgar en el mundo y de aventajar a sus semejantes... Con mucha razón Maquiavelo puso en boca de Cósimo de Médicis la observación muy citada de que los estados no se gobiernan con devocionarios"¹¹.

Apuntamos pues esa enseñanza: en el poder hay de necesidad, ambición, egoísmo, deseo de mando, afán de preponderancia.

Cuando esas notas no se dan, el poder tiembla y cae y, como veremos, las revoluciones estallan no contra los fuertes despotismos sino contra los principios políticos que han perdido su eficacia y su decisión de luchar. Jouvencel consideraría quizá pueriles, a los que se alarmaran de la ambición de los hombres de gobierno y criticaran a los que evidencian deseos de mando: para gobernar hay que querer llegar al gobierno.

VIII. Ya hemos visto cómo caracteriza Jouvencel al poder como una realidad concreta, con vida y finalidades propias. Ahora bien: ese poder

¹⁰ Hazette ha insistido desde sus herencias "Principes de Droit Public" en el carácter simbólico del Estado (pág. 234) y es curioso que no obstante afirmaciones netas Jouvencel no recoja en ninguna referencia el pensamiento de aquel gran jurista.

¹¹ En este sentido está escrito todo el libro de James Burnham "Los Maquiavelistas", cuyo subtítulo: "Defensores de la libertad", anuncia en el autor una concepción emparentada con la de Jouvencel.

así caracterizado; en el que se ha señalado como nota esencial el egoísmo, crece con un ritmo progresivo, a expensas de la sociedad: "El crecimiento del poder no es la única causa que actúa en la historia pero no se sabría leer ésta sin tenerlo siempre presente". La denuncia de ese proceso; la descripción de sus etapas; la explicación de los justificativos que se aducen; las amenazas que del proceso se siguen contra la libertad son los temas que Jouvencel desarrolla con vigor insuperable.

Desde luego que crece porque presta servicios. Invoca justificativos sociales y reclama para cumplir la misión que se le atribuye, un porcentaje cada vez mayor de fuerzas de la sociedad.

1) Por supuesto, el primer justificativo es el peligro externo: con su invocación se desarrolla el primero y más peligroso instrumento del poder. Una sociedad aristocrática, dice Jouvencel paradójicamente, es la menos guerrera porque es la que más se opone al crecimiento del poder. Y el primer gran triunfo del Estado moderno es la creación del ejército profesional permanente que, por ejemplo, en Francia, aparece después de la guerra de los cien años, posibilitado por el primer impuesto permanente creado por los Capetos: la talla. De los pequeños ejércitos feudales, y siempre invocando el peligro exterior se pasó a los inmensos ejércitos modernos. Luis XIV extendió su ejército para neutralizar definitivamente la amenaza española y las restantes monarquías europeas hubieron de ponerse a la par ante esa amenaza. El rey de Prusia impuso la conscripción y logró con ello crear un ejército que dió razón de los triunfos de Federico y que era más numeroso que el de Francia, tres veces más poblada. Durante las guerras de la Revolución, la Convención movilizó a todos los franceses y preparó al país para las exigencias agotadoras de Napoleón, que estuvo lejos sin embargo de llamar a todos sus súbditos bajo banderas. Hoy las guerras de las grandes democracias han identificado a la Nación con el ejército y los totalitarismos han acuñado esa nueva forma de barbarie, la guerra total.

En todas estas etapas, el ritmo lo ha determinado un poder más fuerte que los demás: capaz de obtener de la sociedad un rendimiento más completo que le ha permitido alcanzar la victoria o predominar inicialmente hasta que el poder adversario debió alcanzar la misma efectividad bajo pena de muerte. Francia predominó durante las guerras de la Revolución y del Imperio, como durante el gran tiempo de Luis XIV, porque el estado francés era capaz de obtener más de sus súbditos que los otros estados europeos, y hasta que éstos dieron igual fuerza a las palancas movilizadoras de hombres y riquezas. La Alemania nazi dominó a casi toda Europa en un instante porque el estado totalitario había exigido a la sociedad alemana esfuerzos que no imaginaban las democracias occidentales y que, por su parte, tuvieron que imponerse para no perecer.

Y claro está que el Poder se desenvuelve en un proceso que los proscritas llamarían preclusivo, ya que nunca se retrocede en lo que de mundo se adquiere. A Montesquieu le alarmaban ya en su época los ejércitos permanentes: ¿Qué diremos hoy en día, en la era atómica, ante la guerra fría y cuando uno de los adversarios tiene montada una máquina

de poder capaz de extraer substancia de la sociedad en una medida desconocida en la historia?

2) Pero el poder no crece tan sólo por razón de lo exterior: se desarrolla también en función de lo interno y al requerimiento de fuerzas sociales que ven en el Estado el principio de la libertad contra los poderes sociales opresivos.

El poder es centro de las esperanzas humanas y para que así no fuera tendrían los hombres que "haberse cansado de pagar demasiado cara una oportunidad demasiado mínima de que el azar juegue en su favor. El crecimiento de la autoridad aparece ante los individuos mucho menos como una presión sobre sus libertades que como un esfuerzo destructor de las dominaciones a las que están sometidos. Parece que el progreso del Estado favorece al progreso individual: éste es el secreto del poder".

Veamos, pues, otro aspecto interesante del proceso, e igualmente determinante del desarrollo del poder en la sociedad. Este actúa, en efecto, como revolución permanente.

¿Quién lo diría? ¡El poder es un agente revolucionario! Acostumbrados, como estamos, a los esquemas marxistas y a la formulación habitual que presenta al Estado como un aparato de dominación, representante de la clase propietaria de los medios de producción, resulta un tanto sorprendente que se presente al poder como un elemento revolucionario dentro de la sociedad. Y sin embargo la explicación es clara. Si recordamos con qué insistencia ha señalado Jouvenel el carácter de organismo vivo que asume el poder, es lógico que su crecimiento se opere a expensas de otros organismos vivos que serán, precisamente, las autoridades sociales.

El Estado es, por naturaleza, enemigo de los poderes sociales intermedios que lo separan de la masa de los súbditos. Y su política es obtener la adhesión inmediata de éstos para ejercer las cédulas en las que se estructura el poder social. El Estado trata de substraer a los miembros de la gens y disolver con su ayuda, la autoridad del patrifamilias que mediaba el poder de aquél sobre los miembros individuales. Igualmente el Rey de la monarquía feudal tratará de quebrar la célula señorial obteniendo el vasallaje directo de los súbditos del señor y adquiriendo por cualquier medio, su título¹². De la misma manera procurará en toda forma irrumpir en los límites de la célula capitalista, buscando la adhesión de los sometidos y procurando absorber a su turno las actividades económicas más importantes.

Precisamente porque el poder es un gran nivelador tiende en la plebe su aliado natural. El plebeyo capaz entra al servicio del Estado y obtiene así, tarde o temprano, el deseado desquite sobre el aristócrata: así decía Saint-Simon, de Mazarino: "El desprecia las leyes, el genio, las ventajas; ignora las reglas y las formas; no piensa sino en someterlo todo, en confundirlo todo, en hacer que todo sea pueblo".

El proceso es bien conocido y en la historia se ha repetido infinitas

¹² Pueden verse innumerables ejemplos de esa preocupación permanente de los reyes capetos en la hermosa obra de Charles Petit-Dutailla "La Monarchie Féodale en France et en Angleterre", de la colección "L'évolution de l'Humanité", dirigida por H. Barr.

veces, desde Julio César, abatido precisamente por un puñal aristocrático, hasta los Estados modernos. La monarquía no es el Estado en que los plebeyos no puedan ascender; por el contrario, el rey recluta siempre en la plebe sus grandes servidores y sólo recurre al aristócrata cuando se lo imponen; cuando la monarquía ha perdido su fuerza y pasa por un momento de eclipse.

Por esa alianza natural con los intereses de los sometidos crece el poder. El poder político destruye los poderes sociales intermedios y coloca al individuo en una situación que podrá tener quizá un futuro imprevisible, pero que en el momento importa una victoria deseada: la de la igualdad, que crece a medida que aumenta el poder que la hace posible. "El poder tiende instintivamente a disminuir la desigualdad social y a aumentar y a centralizar el poderío público. Por eso los historiadores nos relatan cómo en Roma, después de la expulsión de Tarquino, el pueblo echaba de menos a los reyes".

He aquí, pues, la segunda justificación del crecimiento del poder: la lucha contra las fuerzas sociales y el apetito de igualdad de los que no ocupan las puestos de control en la sociedad. Como Jouvenel es un pensador conservador, nos presentará un diagnóstico pesimista de semejante proceso: "¿Dónde está el final? Destrucción de todo mando en provecho del solo mando estatal. La libertad de cada uno con respecto a las autoridades familiares o sociales, que se obtiene del Estado a cambio de una completa sumisión. Es la perfecta igualdad a cambio del total anonadamiento ante el poder central, su dueño absoluto. Es la desaparición de toda fuerza que no procede del Estado; la negación de toda superioridad que no sea la del Estado. Es, en una palabra, la esterminación social..."

Son, casi textuales, las palabras que Tocqueville no se cansa de repetir en la última parte de "La Démocratie en Amérique". Es la última etapa a la que ha de llegar la "sociedad" luego de la destrucción de las formas comunitarias, en ese proceso que tan magistralmente ha descrito Ferdinand Tönnies.

IX. Ya hemos visto las causas del crecimiento. ¿Cuáles serán los medios? Impuesto, burocracia y ejército son el trípode en el que se apoya el poder y sus instrumentos principales. Hacen tanto al "Estado" que donde no se dan, no existe propiamente Estado: hay "res públicas", cosa pública sin máquina estatal.

Así es la Roma republicana. No hay ejército profesional: los ciudadanos son los soldados; no hay impuestos permanentes: los ciudadanos contribuyen, cada vez, en la medida necesaria; no hay cuerpo de funcionarios: cada ciudadano está capacitado para ejercer la función pública y la ejerce efectivamente. Precisamente por eso no hay "estado"; no hay ese Poder descrito como un organismo vivo con voluntad y fines propios. El estado somos "nosotros"; no es un "ellos" que se desarrolla a costa de la sociedad; su cosa es nuestra cosa; por eso los romanos no necesitaban una voz propia para caracterizar lo que nosotros llamamos Estado o Nación¹².

¹² Así también en Atenas —la Oración Fúnebre que Tucídides pone en boca de Pericles—, expresa el orgulloso sentimiento "sea pública" del gran cau-

Esos instrumentos son estimulados y perfeccionados bajo la influencia de muchos factores:

1) Cuando se reconoce al Estado aptitud legislativa se da un paso enorme en el sentido del Poder. El rey mediceval no tiene semejante facultad; estaba constreñido por el derecho divino y por el derecho consuetudinario, única forma de derecho entonces, cuando los derechos subjetivos eran, sin excepción, anteriores al derecho objetivo. El absolutismo dió el primer paso, ya que ser "legibus solutus", como enseña Carl Schmitt¹⁴, era precisamente, estar libre de respetar todos los compromisos, pactos y derechos consuetudinarios que existían antes. Cuando pierde luego vigor la idea del derecho natural cristiano y se debilita la metafísica de derechos individuales que se fundamentaban en el derecho natural racional, el crecimiento del Poder pierde sus límites, "porque un poder que define el bien y lo justo es absoluto de una manera muy diferente, cualquiera que sea su forma, de un Poder que encuentra el bien y lo justo definidos por una autoridad sobrenatural. Y se siente aquí que la negación de una legislación divina, que el establecimiento de una legislación humana es uno de los pasos más grandes que una sociedad puede dar hacia el absolutismo real del Poder".

A esto se llega sólo después que se produce una crisis que aparece a cierta altura de la evolución de las sociedades: la crisis racionalista, que se agrava luego cuando, a su vez, el propio racionalismo hace crisis. Porque el paso inmediato es la total formalización del concepto de ley (ese supuesto del estado de derecho cuya progresiva transformación ha descrito magistralmente Schmitt) y el acrecentamiento infinito del poder del Estado en cuyas manos se coloca un instrumento que da la forma jurídica a cualquier contenido. No es de extrañar, pues, que un prestigioso jurista argentino haya llegado a sostener que el Estado es un Mida jurídica, capaz de transformar en derecho lo que toca. Nueva versión esta, respaldada en la más ingeniosa de las modernas construcciones jurídicas, al "quod principi placuit", que tanto exasperaba a los racionalistas del siglo de las luces.

2) Cosa curiosa, no siempre señalada: los intelectuales contribuyen al crecimiento del Poder, a la inversa de lo que pudiera creerse. El absolutismo hubo de pasar por la etapa previa del despotismo ilustrado antes de llegar al advenimiento de la democracia con el consiguiente aumento del poder central. De ahí la admiración que los enciclopedistas profesaban a Catalina II, pues si el racionalismo intentaba destruir la estructura tradicional de la sociedad, llena de irracionalismo, de irregularidad, de sentimiento, era lógico que confiara en un Poder fuerte que, controlado por la razón, condujera a la sociedad de claros contornos a la que aspiraban. Basta un repaso de las utopías que registra la historia de las

dillo: "Todas cuidan de igual modo de las cosas de la república que hacen al bien común como de las suyas propias, y ocupadas en sus negocios particulares procuran estar estruados de las del común. Sólo nosotros juzgamos al que no se cuida de la república no solamente por inútil sino y negligente, sino también por haber perdido el interés y sin provecho".

¹⁴ Teoría de la Constitución, pág. 85 de la traducción española.

ideas políticas para medir hasta qué grado puede llegar el despotismo del intelectual.

3) Uno de los más agudos planteos de Jouvencel es su original presentación de las teorías de la soberanía. La soberanía no es una nota del poder del Estado: es un derecho superior que corresponde a una voluntad que está por encima de los gobernantes; al menos es ese el origen de la teoría de la soberanía divina y la de la soberanía popular. Soberanía divina quiere decir que el supremo derecho de mando pertenece a Dios: por lo tanto, en el sentido que la Edad Media da a la expresión, imparte un límite al Poder, que ha de ajustarse a los preceptos divinos as pena de perder la obediencia de los súbditos. Soberanía popular quiere decir que el supremo derecho pertenece al pueblo y que los gobernantes son meros delegados o mandatarios con un radio limitado de acción.

Pero el Poder se apodera de esas doctrinas en su propio beneficio. La Monarquía de derecho divino invoca el origen superior de su poder para imponerse irresistiblemente a los súbditos y para hacer incondicional su obediencia. La soberanía popular otorga a los representantes que invocan el mandato popular todo el peso incontrastable del pueblo soberano. Ambas doctrinas fueron previstas para poner frenos al Poder: terminan, sin embargo, por llevar más agua a su molino.

X. Como ya he dicho, Jouvencel recoge la tesis de Tocqueville quien bien se había dado cuenta: a) de que la Revolución había continuado y perfeccionado la obra centralizadora de la monarquía absoluta; b) de que la democracia, al corroer por un lado todas las formas sociales intermedias, facilitaba por otro el crecimiento y concentración de un poder necesariamente más absoluto y completo que el de la monarquía.

El estudio de las revoluciones ratifica la tesis. Dice Jouvencel que no hay ninguna revolución que no conduzca al fortalecimiento del Poder; y que ellas se producen, precisamente, cuando el Poder anterior se debilita; Inglaterra hace su revolución contra Carlos I y no contra Enrique VIII; Francia contra Luis XVI y no contra Luis XIV; Rusia contra Nicolás II y no contra Pedro el Grande.

¿Qué pasa en Francia? Que la autoridad real ha caído en completo desprestigio y ha sido copada por la reacción aristocrática. En la Revolución triunfa la monarquía, sin el Rey. La Asamblea Constituyente destruye en una noche los privilegios que tenían su fundamento en la historia de siglos y que si por un lado coartaban al pueblo, por el otro ponían límites al Rey. Por eso Mirabeau se había dado cuenta y lo señaló a Luis XVI, que la supresión de los privilegios era, a la vez, un triunfo de la Nación y de la Monarquía: nivelaba la sociedad y con ello facilitaba la acción del poder.

A la concentración del poder se iba por una especie de ritmo fatal: "Es un espectáculo altamente filosófico el de los hombres de la Constituyente y después los de la Legislativa luchando contra un destino a la vez soñado y temido". La culminación del proceso fué por supuesto, Napoleón: "La Revolución está terminada; sus principios se han fijado en mi persona. El Gobierno actual es el representante del pueblo soberano. No puede, pues, haber oposición contra el soberano".

Este sílogismo napoleónico, que Jouvénel recuerda, nos coloca, pues, en la culminación del proceso revolucionario, nada menos que ante una formulación histórica del pacto político de Hobbes: es decir de la justificación más incontrovertible del gobierno absoluto. Y tras el principio, las consecuencias: a) el centralismo, con la consiguiente destrucción de todas las autonomías locales y la creación de departamentos concebidos geométricamente, sometidos a un prefecto delegado por el gobierno central; b) la destrucción de la independencia del poder judicial designado al concluir el proceso revolucionario, por el Poder Ejecutivo; c) la separación de la jurisdicción administrativa de la judicial y, por ende, la imposibilidad para los ciudadanos de litigar contra el estado ante tribunales independientes, etc., etc.

XI. No se confunda a Jouvénel con un pensador reaccionario. Al estudiar la evolución de la democracia moderna no llega a las consecuencias a que su posición — en definitiva, ideológica — arrostraba a De Maistre o a Bonald. Como Tocqueville, comprende Jouvénel que las grandes ideas de igualdad y libertad que dieron ese alto tono de rebeldía a las especulaciones y a los hombres políticos revolucionarios, eran producto de un noble afán de mejoramiento y de auténticos ideales. "Compadécense a la mente que no haya sentido la noble tentación de trabajar un poco en este desorden, de construir unas ciudades del sol pobladas por una raza más noble".

Pero es que de ordinario resulta curioso el destino de las ideas. Se quiso llegar al gobierno de la ley para sustraer a la sociedad del gobierno de los hombres. Rousseau así lo quería y su doctrina de la ley, concebida para limitar la función creadora de derecho, se transformó en la práctica parlamentaria y en la legislación delegada en una actividad que ya no tendrá límites anteriores y que, con el correr de los años, no tendrá otra nota que la mera formalidad de su sanción por el legislativo. Libertad es vivir bajo el gobierno de las leyes, pero éstas no son ya algo seguro, sino lo que dice el Pueblo, o sus representantes, o una facción que dice ser representante del Pueblo. Nosotros lo hemos visto en nuestro país y bien hemos podido experimentar cuán cambiantes contenidos cosea en las viejas formas repetadas.

La explicación nos la da, como tantas veces, Montesquieu: "Como en las democracias el pueblo parece hacer poco más o menos lo que quiere, se ha puesto la libertad en esa clase de gobiernos y se ha confundido el Poder del pueblo con la libertad del pueblo". Claro está: la democracia en sí, no tiene nada que ver con la libertad: es una forma pura de gobierno y nada más: un procedimiento para determinar cómo debe ser la administración de los negocios comunes, que podrá hacer coincidir la libertad política que otorga con la libertad civil, siempre que se mantenga vigente una metafísica delimitadora de derechos individuales; pero que será proclive a oprimir éstos cuando se pierda la fe en esa metafísica.

La sociedad era antes una confluencia de intereses particulares. Hoy el interés general ha adquirido tal preponderancia que hasta la expresión "interés particular" aparece envuelta de un cierto matiz peyorativo. Y

desde luego, los intereses particulares no se conforman: tratan de influir sobre el poder democrático "que no es susceptible de ser destruido, pero en cambio es eminentemente susceptible de ser captado. La autoridad no es entonces más que un juego de apuestas; pierde toda estabilidad, toda categoría. La de aquellos que la ejercen va descendiendo sin cesar, hasta que al fin en el reducto del mando se instala un ocupante que decide no dejarse expulsar; este es el tirano. Entonces apenas es necesario aumentar las atribuciones del poder para fundar el más horrible de los despotismos. Cada uno de los invasores sucesivos ha creado en él, para sus fines propios, una función nueva y si el Estado, convertido en algo monstruoso, no era todavía insufrible lo debía solamente a que cambiaba continuamente de manos. Basta que continúe en las mismas para que se sienta en seguida su peso".

XII. Es que el poder ilimitado es siempre peligroso. Como decía Constant: "Es el grado de la fuerza y no los depositarios de la fuerza lo que hay que atacar". Y hoy se han destruido todos los cuerpos sociales que podrían enfrentarse con el poder; se ha destruido la noción de un derecho superior al poder que no fuera creación del "Midas jurídico"; se ha dejado al individuo aislado e indefenso ante el monstruo, a veces tutelar pero en cualquier momento tiránico y siempre celoso de todo gesto de autonomía y de toda actitud libertaria.

Es curioso cómo el noble espíritu de Bertrand de Jouvenel se rebela ante el ritmo de la historia: "El estado no puede hacer todo. Hay un derecho superior a él; hay que afirmar, enérgica e incansablemente, que la actividad del Estado está limitada por un derecho superior a él.... lo esencial es comprender y afirmar con una indefectible energía la existencia de una regla de derecho superior al Poder público..." "Hay que atenerse a un derecho fundamental. Este no cambia. Las ideas son como raras casis en el desierto del pensamiento humano y que una vez descubiertas son preciosas para siempre, aunque la necesidad y la ignorancia las dejen enterrarse entre la arena. ¿Dónde está vuestro río para que yo apague mi sed? Espejamos. Hay que volver a Aristóteles, a Santo Tomás, a Montaigne".

Pero ya hemos dicho: esas reacciones que esporádicamente aparecen en la obra, quedan sumergidas bajo la convicción aparente de que el proceso es irreversible. Sigamos al autor.

XIII. La libertad es algo más hondo e importante que la libertad política. La papeleta de voto no es la libertad: es un instrumento para garantizar la libertad que no puede ser otorgada por el estado.

Históricamente — en toda sociedad — la libertad no es en su origen un derecho abstracto y general; es un hecho. Un hecho que tiende a transformarse en derecho subjetivo pero que sólo lo pasa el que es efectivamente libre. La vieja libertad romana es la libertad de los núcleos que constitúan la fuerza política de la república; los miembros de las orgaltosas "gentes", que no toleraban intrusiones de un poder que por otra parte, no existía. Ellas eran la "república" y la república se mantenía unida porque se respetaban rigurosamente las formas, porque las costumbres eran muy fuertes, y porque la opinión pública era la repre-

sión de un núcleo homogéneo, que no era otra cosa que la aristocracia que gobernaba esa república.

Pero ahí está el eterno dilema: esas instituciones de libertad beneficiaban sólo a algunos sectores sociales, los que originariamente conservaban el poder político. "Y las probabilidades de mantener las instituciones de la libertad están ligadas a la proporción de miembros de la sociedad, políticamente efímeros, que se benefician de ellas". Cuando esa proporción se altera: es decir, cuando el peso político no coincide en los que lo detentan, con el beneficio social que se sigue de las instituciones de la libertad, éstas quiebran. Así hubo de suceder en Roma, y el Imperio creó sobre las ruinas de la República, una máquina estatal que a costa de las viejas instituciones se ocupó de las clases que no podían valerse por sí mismas.

Así también hubo de suceder en el continente europeo. Las libertades de la Edad Media fueron atacadas por el absolutismo real, apoyado por los sectores de la sociedad que no gozaban de aquellas, y mientras que en Inglaterra se admiraba la resistencia de la aristocracia, victoriosa contra los progresos del absolutismo, en Francia era el ideal del tercer estado alcanzar la mayor medida de igualdad posible bajo la salvaguardia de la mayor autoridad. La revolución inglesa reivindicó la Carta Magna (documento "reaccionario", que imponía un triunfo de la aristocracia sobre la monarquía que Enrique II y Ricardo Corazón de León habían desarrollado prematuramente) y tendió a extender a todos una libertad individual provista de garantías seculares. La Revolución Francesa (que llamó a Robespierre "montagnard et jacobin"), tendió a atribuir a todos una soberanía armada de una omnipotencia secular y que no reconoce en los individuos más que súbditos.

Así quedan trazadas las dos líneas de la democracia: la que pone el acento en el derecho individual ante el poder, y la que reivindica ante todo el derecho individual de concurrir a integrar el poder. La reconciliación de esas dos corrientes, casi podíamos decir, de esas dos instancias, es el gran problema de nuestra época.

XIV. Pero esta antinomia tiene perfecta explicación. No se quiere participar en el poder tan sólo por un vano sensualismo: "No se puede decir ya: yo no viviré así; sino que hay que decir: para que yo pueda vivir así debo apoderarme de las mandas de la gran máquina y dirigirla en el sentido que me convenga".

La aspiración por la libertad puede en todo momento, verse equilibrada en el otro platillo de la balanza por el deseo de seguridad. Libertad y seguridad son bienes que pueden conciliarse para que pueden ser contradictorios; y en todo caso el primario es la seguridad.

Dice Jouvencel que hay hombres "securitarios" y hay hombres "libertaristas". Probemos luego, a nuestra vez, que hay épocas predominantemente libertarias y hay épocas predominantemente securitarias; incluso que hay democracias libertarias y securitarias.

Hay que comprender que la libertad que algunos aprecian como el mayor bien de nada aprovecha a otros. Las libertades de los nobles feudales aprovechaban poco a los burgueses; las libertades burguesas po-

dieron a su vez aprovechar poco a las masas que aspiraban a satisfacer ciertas necesidades elementales más importantes para ellas que la libertad y que, incluso, constituían para ellas la condición de su libertad.

Cuando una clase llega al poder puede hacer dos cosas: a) restringir el acceso a la libertad y cuidar del "status securitario" que siempre necesitará la mayoría; b) ampliar ese acceso y despreocuparse de la seguridad. Esto fue lo que hizo la burguesía del siglo XIX: abrió a las masas el acceso a la libertad y fue indiferente a la seguridad de éstas, a las que pasaba, por otra parte, el peso del control político. La conclusión es lógica: "Desde el momento en que el pueblo político comprende una mayoría de personas que no tienen nada o creen no tener nada que defender y que se quejan de demasiadas desigualdades de hecho, ese pueblo comienza a apreciar únicamente la facultad que su soberanía le confiere de transformar una estructura social imperfecta: se entrega al melancólico del poder."

XV. Vivimos así una época cuyo carácter psicológico esencial es el miedo. Jouvenel nos ha traído al final de su encuesta apasionante y las conclusiones no pueden ser, con esa premisa, muy optimistas.

Claro está que vivimos en América y que no se dan entre nosotros tensiones semejantes a las europeas. Pero no podemos olvidar que Tocqueville desarrolló en América su pensamiento y que fue el estudio de la realidad americana el que le sugirió sus profecías; tampoco podemos olvidar el sentido de la experiencia totalitaria que vivió el país durante muchos años y que no puede descartarse con un encogimiento de hombros, como si fuera obra del azar o de la personalidad de un megalómano.

No se puede pedir al Estado que nos proteja de todo sin entregarnos, al mismo tiempo, al Estado, que ejercerá entonces ese despotismo suave, ensayador de las almas, que tanto irritaba a Tocqueville. "Yo no sé de dónde se saca la idea de que los hombres tengan terror al despotismo: al contrario, yo creo que les gusta".

XVI. Claro que a esto no se ha llegado porque sí. Nuestra época ha destruido el vigor de las potencias espirituales y ha quitado toda responsabilidad a las potencias sociales. Esto es, para Jouvenel, consecuencia del "falso dogma de la igualdad, que halaga a los débiles y que va a parar a la licencia infinita de los poderosos".

Así termina Bertrand de Jouvenel esta obra vigorosa. Dice por allí Tocqueville que en los hombres existe el pueril instinto de aplaudir las causas y de negar los efectos; de desear los fines y de escandalizarse por los medios que son inevitables para su consecución. Con ese criterio estudió él su época y no trepidó en denunciar, antes que nadie, a qué pavorosas consecuencias habrían de conducir muchos principios que su siglo consideraba como la expresión de las luces y del progreso. Jouvenel, su discípulo, ha dado una versión al día de sus planteas. Impulsado por ese hermoso amor a la libertad "qui remplit et enflamme les coeurs"; hombre, para utilizar su distinción, eminentemente libertario, se ha preocupado de descubrir, al par que el contenido concreto de esa libertad de la que tanto se ha escrito, cuáles son sus enemigos, cuáles sus acorazadas, cuál

es el precio que hay que pagar por su defensa. Se han descubierto así una serie de antinomias: libertad y poder; libertad y seguridad; libertad e igualdad. Y ha llegado naturalmente, en la era de los Hitler y los Stalin, a consecuencias concordantes con las del gran filósofo decimonónico.

Nosotros, desde un país joven, que todavía no ha recorrido su ciclo, tenemos razones para alentar mejores esperanzas, pero a condición de saber atenernos a nuestra realidad y de no dejarnos arrastrar por el brillo de principios que llevan a fines indeseables. Todavía estamos a tiempo para meditar sobre la importancia de la libertad y para procurar a su expansión, nuevas formas. En Jouvencel, el aristócrata desarraigado y el discípulo — siglo XX — de Augusto Comte, triunfan el peimista diagnóstico final, que, último gesto de rebeldía, se formula todavía como dubitativo, diagnóstico formulado bajo el mismo sol, donde un siglo y medio antes, trazara Condorcet su "Cuadro del progreso del espíritu humano", lleno aún del vigor del siglo de las luces. "Tocqueville, Comte, Taine, han multiplicado en vano sus advertencias. Profecías inútiles. —¿Y por qué? ¿Acaso sabemos si las sociedades no están regidas en su marcha por unas leyes desconocidas? ¿Si les concierne a ellas mismas evitar las faltas por las que mueren? ¿Si no son impelidas hacia ello por el impulso mismo que las lleva a su madurez? ¿Si su floración y fructificación no se realiza al precio de un estallido de las formas en que se había acumulado su vigor? Fuego de artificio que no dejará tras de sí más que una masa amorfa, abocada al despotismo o a la anarquía".

RESUMEN Y COMENTARIO DEL "DOGMA SOCIALISTA" DE ESTEBAN ECHEVERRÍA *

HUMBERTO QUIROGA

Las apreciaciones que se hacen en este trabajo sobre el Dogma Socialista responden a un punto de vista actual, sin olvidar por ello que su creación fué producto de un momento histórico determinado.

Se toma una idea y se la analiza, luego se la critica para refutarla o elogiarla, pero de ninguna manera se ataca a Echeverría, quien nos merece respeto y admiración.

A LA JUVENTUD ARGENTINA Y A TODOS LOS DIGNOS HIJOS DE LA PATRIA

Surge de esta declaración preliminar, a manera de prólogo, el carácter combativo del escrito; arma de lucha, exaltador de ánimos, para lograr la unidad de esfuerzos en la consecución de los fines anhelados.

He aquí sus puntos más importantes:

"Los tiranos han... erigido su trono de iniquidad sobre los escombros de la anarquía". Imputa a la anarquía la causa del advenimiento del tirano; esto ya estaba señalado por Platón, Aristóteles, Polibio y Cicerón.

"No hay para nosotros ley, ni derechos, ni patria, ni libertad". Se refiere a los exilados.

Por su estado de sufrimiento se quejan de la suerte.

Repiten la queja y atribuyen su situación a "los crímenes y los errores de la generación que nos dió el ser".

Luego señala a la generación de Mayo como responsable. El suplicio de Tántalo es el de los exilados.

Hay falta de libertad de expresión, de ahí los sufrimientos.

Esquejo de la situación: despotismo, un tirano que se hace adorar como Dios y egoísmo reconcentrado.

"Miserables de vosotros que más estúpidos que las bestias, os prosternáis ante el ídolo monstruoso"... Ese es el toro, y los débiles en la lucha son los destinatarios de expresiones semejantes.

"¿Y nosotros?", preguntan los integrantes de la *Sûte* del 37.

* *Memografía* presentada en el curso de promoción sin exámen de Historia Constitucional.

Ellos escuchan las palabras de los padres de la independencia:

"Nuestra misión fué daros independencia y dejaros en herencia una patria".

"Los mártires de la independencia americana" recriminan la conducta de sus hijos e incitan a la hermandad y a la unión; acción y no meras palabras es la consigna.

"He aquí el mandato de Dios, he aquí el clamor de la patria, he aquí el sagrado juramento de la joven generación".

"Los esclavos... no tienen patria" y más adelante la define, no como el vínculo con la tierra natal "sino como el libre ejercicio y pleno goce de los derechos del ciudadano". Tal es la razón por la cual ellos no tienen patria.

Se refiere luego al cobarde, al egoísta, al perjuro, al alabador, al traidor, al vacilante, al indiferente; a ellos, anatema.

Para los luchadores, los que tienen fe, los que trabajan, los intranquitos: "Gloria por siempre y prosperidad".

PALABRAS SIMBÓLICAS

ASOCIACION

"La sociedad es un hecho"; ese es el comienzo del trabajo; hay que aclarar que se refiere a la sociedad como conjunto de hombres reunidos por vínculos comunes y no a la asociación como forma de colaboración en una tarea a emprender.

Pensar lo contrario es hacer caer a Echeverría en una petición de principio evidente, puesto que se consideran aquí ambos conceptos con su correspondiente significado: la sociedad como hecho, la asociación como aspiración.

Esa asociación a que propende, debe realizarse únicamente entre iguales. En este sentido dice: "Es preciso nivelar las individualidades sociales".

En esta forma, toma partido en la cuestión social, que comienza en esa época, y adelantándose a la Enciclopedia Rerum Novarum en cincuenta años expresa: "Para que la asociación ampliamente corresponda a sus fines, es necesario organizarla y constituirla de modo que no se choquen ni dañen mutuamente los intereses sociales y los intereses individuales".

En este mismo sentido agrega: "En la alianza y armonía de estos dos principios estriba todo el problema de la ciencia social".

Continuando en la consideración del problema de los derechos sociales frente a los individuales, manifiesta que la sociedad no debe absorber al ciudadano y que "el interés social tampoco permite el predominio exclusivo de los intereses individuales, porque entonces la sociedad se disolvería". Es el mismo pensamiento expuesto actualmente por Mirkin Gusevitch.

Entre luego a sentar una serie de principios justificativos entre los cuales no se nos ocultan contradicciones lógicas.

Sienta la existencia de leyes naturales "en otra esfera más alta al dominio de la ley positiva".

Luego afirma que "la voluntad de un pueblo jamás podrá sancionar como justo lo que es esencialmente injusto".

Pero he aquí la contradicción, pues sentados estos principios, nos dice luego que nadie es órgano de la justicia suprema, y como esta justicia o derecho natural es, según él, creación de la conciencia y de la razón (de los hombres necesariamente), no se ve por qué un pueblo debe someterse a una serie de principios justos, cuando él puede tener una idea de justicia diferente, siendo que nadie "es órgano de la justicia suprema".

Establece, a continuación, una serie de "deberes" de la sociedad:

- a) Evitar discordias entre los individuos.
- b) Conseguir medios de trabajo.
- c) No anarquizar o dividir.

Para que una asociación sea perfecta debe:

- a) Lograr la igualdad mediante la justicia y la libertad.
- b) Usar a la democracia como medio de este quehacer.

La joven generación argentina es la encargada de realizar esta tarea, manteniendo siempre en posición equidistante los términos patria y armonidad. Es de hacer notar que de esa manera la visión de Echeverría la aleja al mismo tiempo del nacionalismo y del utopismo universalista.

PROGRESO

El progreso es una "ley natural" que debe ser cumplida no sólo por el mundo material sino por el hombre y especialmente por la sociedad.

El progreso es ir hacia el bienestar.

El bienestar se logra actuando conforme a la "ley de su ser".

"La ley del ser" de los pueblos es trabajar para mejorar su situación, de acuerdo a sus probabilidades y necesidades, pero siguiendo el ejemplo de los pueblos con experiencia, dejando sentado que nunca un pueblo debe absorber en su derrotado a otro.

FRATERNIDAD

"La fraternidad es el amor mutuo o aquella disposición generosa que inclina al hombre a hacer a los otros lo que se quisiera que se hiciera con él".

Los tiranos se encargan de destruir la fraternidad.

El egoísmo es su fuerza contraria, los egoístas tendrán su merecido: el juicio de la posteridad.

IGUALDAD

"Por ley de Dios y de la humanidad todos los hombres son iguales". Esta expresión la repite sistemáticamente Echeverría, consecuente con su jurnaturalismo.

"La igualdad es el cumplimiento por todos de los deberes impuestos por la ley".

Falta igualdad:

- a) Cuando la clase rica tiene fueros que no tienen los demás.
- b) Cuando el poder es utilizado en beneficio de unos y no de otros.
- c) Cuando la soberanía recae en los partidos y no en el pueblo.
Esta es una diferencia basada en la posibilidad de que el sufragio no sea universal.
- d) Cuando las contribuciones no son proporcionales.
- e) Cuando los pobres sufren cargas públicas (milicia) no sufridas por los ricos.
- f) Cuando los cargos públicos no se confieren en virtud del mérito.
- g) Cuando el merecimiento y la probidad no cuentan.

Para lograr todo esto se necesita la igualdad de posibilidades en la educación y la enseñanza.

La única jerarquía posible es la de la inteligencia y la de las obras. Así el principio de Saint Simon "a cada hombre según su capacidad, a cada hombre según sus obras".

LIBERTAD

"La libertad es el derecho que cada hombre tiene para emplear sin trabas alguna sus facultades en el conseguimiento de su bienestar y para elegir los medios que puedan servirle a este objeto".

"El límite de la libertad es no hacer a otro lo que no se quiere que se le haga a uno mismo".

Luego, se enumeran las libertades a su juicio necesarias:

- a) La de tránsito.
- b) La de trabajo y de bienestar.
- c) La de descanso.
- d) La de expresión.
- e) La de religión.
- f) La de domicilio.
- g) La de comercio.

A su vez se establece que falta la libertad cuando:

- a) Se imponga tomar las armas sin necesidad absoluta.
- b) La seguridad y los bienes estén al arbitrio de algún funcionario.
- c) No haya proceso fundado en ley previa al hecho que lo motiva.

Todos estos principios constituyen en conjunto, una declaración de derechos con evidente influencia del constitucionalismo contemporáneo.

DIOS, CENTRO Y PERIFERIA DE NUESTRA CREENCIA RELIGIOSA:
EL CRISTIANISMO SU LEY

Establece Echeverría, en este tema, una distinción entre religión natural y positiva, como si quisiera parangonarla a la dualidad teórica de alguna escuela jurídica entre derecho natural y derecho positivo.

La religión natural es "el instinto imperioso que lleva al hombre a tributar homenaje a su Creador".

La positiva, es el conjunto de principios morales que apoyados sobre hechos históricos regulan las relaciones entre el hombre y su Creador.

"El cristianismo es la mejor de las religiones positivas por predicar la fraternidad, la igualdad, la civilización y el progreso".

Distingue con precisión la diferencia entre libertad de culto y de conciencia, expresando que si ambas no son protegidas, es contradictorio proteger una sola.

Manifiéstase más adelante partidario de la separación de la Iglesia y del Estado, punto que en ese momento histórico marca con nítidos caracteres el espíritu laico revolucionario de la obra.

Es así como dice: "La sociedad religiosa es independiente de la sociedad civil".

Y en ese mismo sentido agraga: "El Estado, como cuerpo político, no puede tener una religión porque no siendo persona individual carece de conciencia".

La tiranía, dice Echeverría, pacta con la religión para colocar una cadena más a la libertad del individuo.

Se trata también de la tolerancia, como principio nocivo, ya que hablando de ella se niega la libertad.

La misión del sacerdote también es tratada; ella se encuentra en el campo de lo espiritual y no de lo temporal. Todo eclesiástico es miembro del Estado y como tal no podrá formar cuerpos privilegiados.

EL HONOR Y EL SACRIFICIO: MOVIL Y NORMA
DE LA CONDUCTA SOCIAL

Al tratar del honor en oposición a la moral lo hace entendiéndolo como norma, no como valoración. Quizás hubiese sido más correcto hablar de normas sociales, dejando al honor la tarea de representar la autovaloración de la persona (honor subjetivo) o la valoración social de una persona (honor objetivo).

Es de hacer notar que en este equívoco caso el mismo Kant, inspirador en este tema de Echeverría.

He aquí una serie de principios referentes al honor de una persona:

- a) El hombre de honor no traiciona sus principios.
- b) Es veraz, no falta a su palabra, no viola el juramento, ama lo verdadero y lo justo, es caritativo y benéfico.
- c) No prevarica, es recto y probo.
- d) Es buen amigo, no traiciona al enemigo, es virtuoso y patriota.
- e) Detesta la tiranía y no es egoísta.

- f) Se sacrifica por la justicia y la libertad.
- g) Debe obrar cuando la patria lo llama.

El sacrificio, en la segunda parte de este capítulo, se define como:

"La disposición generosa del ánimo, que lleva al hombre a consagrar su vida y facultades, a la defensa de una causa que considera justa".

De acuerdo con esto, todo hombre tiene una misión, la cual es obligatoria.

Y siguiendo a San Matías, agrega: "El hombre no vino para ser servido sino para servir y dar su vida en servicio de muchos".

Por último dice:

"La libertad no se adquiere sino a precio de sangre". En lo cual está conteste con Moreau.

Y transcribiendo a Lamennais:

"La libertad es el pan que los pueblos deben ganar con el sudor de su rostro".

ADOPCION DE TODAS LAS GLORIAS LEGITIMAS TANTO INDIVIDUALES COMO COLECTIVAS DE LA REVOLUCION: MENOSPRECIO DE TODA REPUTACION USURPADA E ILEGITIMA

Hace Echeverría una distinción cierta entre gloria y reputación.

Esta última es la fama que no trasciende a los hombres que la crean. "Es el humo que ambicionan las almas mezquinas y los hombres descorazonados".

La intrascendencia es entonces la nota de la reputación.

Por el contrario, la gloria es la valoración trascendente, ganada con "el sudor de su rostro".

Poseer la gloria es ser grande hombre; para ello se enuncian las siguientes posibilidades:

- a) Es grande hombre, aquel que satisface las necesidades de su tiempo.
- b) Lo es aquel cuya vida es una sucesión de triunfos y desengaños en la prosecución de sus ideales.
- c) También lo es aquel que abraza en sí mismo todos los gérmenes inteligentes y afectivos de la humanidad.

Con toda justicia puntualiza que la estuola es un instinto animal del que se valen los incapaces para eludir su falta de inteligencia.

CONTINUACION DE LAS TRADICIONES PROGRESIVAS DE LA REVOLUCION DE MAYO

La revolución americana, expresa, derrriba un edificio: el de la tiranía y de la fuerza; pero no puede en el apresuramiento de los hechos construir uno nuevo.

A pesar de ello, tiene tiempo de mirar al porvenir y sienta principios rectores, principios que, por otra parte, se encuentran consignados en todas las naciones libres del mundo.

Y es así como la libertad, la instrucción, el proceso previo y otros varios derechos son enumerados como parte del programa de la Revolución de Mayo. El aporte de Echegarria del principio "Nullum crimen sine lege" lo destaca como visionario, pues muy seguramente ese principio no era visto con mucha claridad en nuestra patria, ya que recién se institucionaliza en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853.

Pero el pueblo no estaba preparado para recibir estos principios; ellos sólo fueron necesarios en cuanto era preciso ganarse voluntades para consolidar la revolución.

Y esa soberanía, recibida por un pueblo virgen de costumbres soberanas, da lugar a que el caudillo se encarama en el poder y dirija la voluntad indecisa a los rumbos deseados por la autocracia.

Destácase, a continuación, la diferencia entre la soberanía de la razón del pueblo y la soberanía del pueblo. De ello se desprende que no por ser irracional el pueblo deja de ser soberano, posición no muy consistente con el pensamiento echeverriano, desde el momento que luego expresa que la soberanía será ejercida por el pueblo en los límites de la razón.

Este derecho, a que hace referencia, debe estar inspirado en los recordados principios de Mayo con el objeto de que las tradiciones revolucionarias se continúen en nuestra historia.

INDEPENDENCIA DE LAS TRADICIONES RETROGRADAS QUE NOS SUBORDINAN AL ANTIGUO RÉGIMEN

En el teatro de toda revolución, hay dos tendencias: la conservadora y la reformadora; la joven generación argentina es impulsada a la tendencia reformadora.

En nuestra revolución esa corriente se encuentra inhibida por la fuerza de la permanencia histórica, encarnada en el sentir hispánico.

Esa inhibición hace que nos encontremos ante un cuerpo libre con el alma trabada.

La costumbre y la legislación son las causas de ese espectáculo.

En ese sentido, España nos legó su rutina, que es como decir: suicidio de la razón, encadenamiento de lo físico.

La joven generación proclama el reinado de la razón, apoyada por el "consentimiento uniforme de la humanidad".

La jerarquía, la prerrogativa y la división de clases son patrimonio de las tradiciones hispánicas.

La igualdad es el principio regulador en el pensamiento del 57; sólo la inteligencia, la capacidad y las obras pueden escalar a los hombres en una sociedad.

En cuanto a la semibárbara, desigual y tiránica legislación española, debe ser reemplazada por normas resultantes de la inteligencia y de la fuerza de la costumbre nacional.

Pero toda ley tiene sujetos a quienes se dirige, y estos sujetos son

en última instancia los realizadores de esa ley puesto que si no la cumplen por ineptitud cultural, la ley muere por la "consuetudo contra legem".

El último anhelo, en este tema, es que se realice prontamente un cuerpo completo de leyes americanas, siendo la democracia la antorcha sónica que ilumine el camino de los que emprendan esa labor.

EMANCIPACION DEL ESPIRITU AMERICANO

Ya se ha hecho referencia a la influencia española luego de la revolución. Aquí se comienza sentando la existencia de una contrarrevolución, a la cual hay que destruir, pues no está de acuerdo con los dictados divinos y humanos.

Nuestra revolución, agrega, tiene dos derroteros a seguir: la emancipación política y la emancipación social.

Lo primero ya está logrado; lo segundo debe ser la mira de toda la joven generación.

Lograr la emancipación social significa desarrollar los siguientes elementos:

a) *El elemento político:* Su desarrollo se logra mediante la consecución de la democracia, elevando los valores libertad e igualdad, y reconociendo los principios de soberanía e independencia del pueblo.

b) *El elemento filosófico:* Indispensable para lograr cualquier progreso en el estudio.

Para Echeverría, la filosofía "reconoce a la razón individual como único juez de la conducta del individuo, y a la razón colectiva como el árbitro soberano de todo lo que atañe a la sociedad".

c) *El elemento religioso:* Es el cimiento moral de la sociedad y la fuente para de las esperanzas del hombre.

d) *El elemento científico:* Es el método al servicio del hombre para desentrañar los secretos de la naturaleza.

e) *El elemento artístico:* Es para Echeverría el medio para recibir, para captar una mezcla bastante heterogénea de valores, que van desde lo justo hasta las intuiciones más vagas de la conciencia.

f) Y por último el elemento industrial: Es el conjunto de instrumentos que posee el hombre para domar las fuerzas de la naturaleza.

Todos estos elementos deberán lograr el armónico equilibrio que precisa una democracia.

ORGANIZACION DE LA PATRIA SOBRE LA BASE DEMOCRATICA

La democracia no es una forma de gobierno, es la esencia de todo sistema republicano. "Es el régimen de la libertad de clases".

Con estas expresiones, se deja sentada, con la claridad de un estudio de la política, la idea pivote de este capítulo, núcleo en la investigación de la soberanía: la democracia.

Pero el planteo renovador y progresista que se manifiesta en los

párrafos señalados, desaparece al tratar sobre la soberanía, donde la impotencia del momento histórico inhibe a Echegaray de realizar la construcción correcta.

Analizaremos los diversos principios que se enuncian:

"La democracia es el gobierno de la mayoría", dice; al margen del sentido político que puede tener esta expresión, ella puede ser aceptada.

"La soberanía del pueblo radica en el consentimiento uniforme de la razón de todos".

Ya veremos cuál es el sentido de razón para Echegaray y las consecuencias que ese sentido nos trae.

Antes debemos referirnos al carácter limitado de esa soberanía, en el pensamiento del autor.

En efecto, expresa que "el pueblo no es soberano en lo que toca al individuo". Se refiere a los derechos naturales anteriores a la sociedad.

Más adelante, dice: "Desde el momento que los viola, el pacto está roto".

De lo transcrito surgen dos errores principales.

Por un lado, hipostasiar la idea de pueblo, olvidando que éste no es más que la reunión de un conjunto de individuos y si éstos en un momento dado resuelven ir contra un derecho individual, ellos son al fin los destinatarios de la medida, y el tiempo y la experiencia serán quienes les indiquen la reforma.

Esto no lo vería Echegaray seguramente, en razón de la calificación del voto que preconiza, como veremos más adelante.

En cuanto al segundo error de referencia, es el de olvidar que el pacto social a que alude es un pacto permanente, que se va ratificando a cada momento, en cada reforma del orden jurídico; no hay pues violación de un pacto anterior, hay simplemente el surgimiento de un pacto nuevo.

Continuando en el análisis del texto, vemos que la soberanía popular está limitada por el derecho natural.

Pero, ¿cómo encuentra ese derecho natural? Por la razón, nos dice Echegaray, y como queriendo salvar una contradicción a todas luces evidente, se apresura a distinguir razón de voluntad.

De acuerdo a ello, la soberana sería la razón, no así la voluntad.

Esto significa que sólo las leyes razonadas, serían conformes al derecho natural; pero ¿quién juzga sobre la racionalidad o irracionalidad de una ley? Quien quiera que fuese, debería ser llamado *Juez de Leyes*, verdadero árbitro de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto. En su afán de huir del despotismo, organizaba sin saberlo el medio para llegar a él.

De la variabilidad de los derechos naturales, por otra parte, nos habla a las claras el derecho de propiedad; hoy no podemos asegurar qué concepto vamos a defender: propiedad privada o propiedad social.

Pero de la distinción entre razón y voluntad, surge una consecuencia más grave todavía: la calificación del voto en razón de la inteligencia y la capacidad.

Solamente los que son capaces de discernir entre el bien y el mal

componen el pueblo soberano; el resto está bajo la tutela y la representación de aquéllos.

Esto es falso, los únicos que no disciernen son los enfermos mentales, pensar lo contrario es caer en la pretensión utópica de tipificar estados y no conductas. Esta fue la causa del desastre de la teoría peligranista en el derecho penal.

Siguiendo el mismo camino, no participan de la soberanía del pueblo: el haragán, el desocupado, el que depende de otro; como si fuera tan fácil encontrar el criterio para clasificar en este sentido a los hombres. La indeterminación de la conducta frustra todo empeño.

Claro está que no se desampara a ese estrato social. Dentro del pensamiento de la joven generación, se les debe proveer de todos los medios para emanciparse: educación, trabajo, etc.

Además, el pueblo soberano no puede ir contra los derechos naturales del otro grupo. La falacia de esta limitación está demostrada por una parte, por la inexistencia de los derechos naturales; por otra, dado que los grupos legislan en razón de las necesidades propias, como es lógico, y proclaman de esta manera derechos útiles para ellos, pero intrascendentes para otro. ¿De qué vale la libertad de prensa para un analfabeta?

Se puede decir que Echeverría reconoce el derecho de resistencia; en efecto, así lo hace, pero ese derecho es inútil dentro de su pensamiento, a los efectos de obviar los inconvenientes señalados.

Esto es así, por dos causas:

Primera. — No siempre los principios proclamados son contrarios al derecho natural, pueden ser de acuerdo y con todo resultar inútiles, como el caso señalado del derecho de libertad de prensa. Para agregar derechos, la parte tutelada de la población no tendría medios.

Segunda. — El derecho de resistencia no puede ser lógicamente, dentro del pensamiento examinado, ejercido por hombres que no tienen soberanía, que carecen de discernimiento entre el bien y el mal. Si no pueden crear derechos, dada su incapacidad, no se ve cómo podrán destruirlos, que es en última instancia valorar...

Queda así terminado el comentario del concepto de soberanía. En seguida se pasa a tratar del ejercicio de ella.

En este sentido se sientan principios fundamentales de toda organización moderna del Estado.

El carácter representativo del gobierno es señalado claramente, el Poder Legislativo es soberano limitadamente en cuanto debe coincidir con la voluntad soberana del pueblo.

Asimismo, divide los poderes, conforme a la teoría de Montesquieu, manifestando que la independencia de cada uno debe equilibrarse con la mutua cooperación.

Las leyes fundamentales dictadas por el poder constituyente deberán ser aprobadas por el pueblo "si ellas son el símbolo vivo de su razón". Pareciera un sistema de referéndum, pero en realidad no lo dice con el ánimo de institucionalizarlo.

Retirándose igualmente a la reforma constitucional, opina que ella se hará cuando sea necesario, por una comisión *ad hoc*, elegida por el soberano.

Más adelante se lee: "esa ley sirve de piedra de toque a todas las otras leyes"... "todos los pensamientos y acciones del cuerpo social o de los poderes constituidos nacen de ella y viven a su centro". Surge de aquí la supremacía de la constitución, aporte fecundo del pensamiento echeverriano.

Al concluir el capítulo hay que hacer referencia a la oportunidad de dictar la constitución; en opinión de la joven generación, una constitución no se debe dictar "mientras el espíritu público no haya adquirido la madurez necesaria..."; el hacerlo "no haría más que dar pábulo a la anarquía..."

Está viva la idea de que la constitución se debía dictar cuando las circunstancias lo requiriesen.

Este punto de vista significa negar a ciertas infraestructuras la capacidad para constituirse, desconocer la máxima constitucional de que todo estado, con o sin constitución escrita tiene una forma de ser, una constitución al fin. Es esa forma de ser, precisamente, la que puede plasmarse en normas jurídicas.

Por último, la joven generación argentina se compromete a sembrar las mieses de la democracia en nuestro fértil suelo, y a constituir la sociedad argentina sobre la base incontestable de la igualdad y la libertad democrática.

CONFRATERNIDAD DE PRINCIPIOS

La anarquía de ideales es el cuadro que nos presenta nuestra patria. Al decir de Echeverría, carecemos de un conjunto de normas que nos enlace a todos.

Ello es motivado por la indiferencia del pueblo ante la obra de la tiranía. Es el excepticismo del hombre que por lo inútil de sus sacrificios, deja hacer cansado de luchar y espera en la quietud encontrar bálsamo a sus heridas.

Aunque no dice textualmente lo mismo, del espíritu del capítulo puede sacarse idéntica conclusión a la que manifiesta Benedetto Croce: "Muchas veces los hombres desesperan de conseguir lo que buscan y dudan de la libertad, pero no saben lo que hacen, la libertad no tiene sucedáneos".

Concordando con Gregorio Marañón, expresa que los pueblos no están sujetos al aniquilamiento fatal de la desesperanza, pues siempre surge el ideal de la libertad conduciendo a las nuevas generaciones.

Las generaciones se suceden pero están vinculadas las unas a las otras; la sociedad no es un conjunto de hombres, sino un cuerpo nuevo.

Para lograr una familia argentina unida se debe recurrir a los principios; ellos son la luz que ilumina las tinieblas.

FUSION DE TODAS LAS DOCTRINAS PROGRESIVAS EN UN CENTRO UNITARIO

La filosofía de la joven generación no es la de la impotencia; no se traza entre principios buenos y principios malos; por el contrario, se establecen principios rectores para llegar a la meta.

He aquí su esquema: progreso indefinido, logrado mediante fraternidad, igualdad, libertad y asociación.

Se camina a la democracia. La política, la filosofía, la religión, la ciencia, el arte y la industria deben encarrilarse hacia aquélla.

Pero antes de la organización se debe preparar la materia, esto es: el pueblo soberano y el legislador.

Nuestra democracia, agrega, no es al igual que la francesa: todo para el pueblo y por el pueblo; sino, todo para el pueblo y por la razón del pueblo.

La igualdad de clase es otro principio que anhela esa realidad.

El éxito de toda esta obra queda depositado en manos de la joven generación; si lo logra plasmar en realidad merecerá la bendición de sus nombres; de lo contrario las generaciones futuras deberán ser las continuadoras de ella.

ABNEGACION DE LAS SIMPATIAS QUE PUEDAN LEGARNOS A LAS DOS GRANDES FACIONES QUE SE HAN DISPUTADO EL PODERIO DURANTE LA REVOLUCION

El espectáculo de la patria, ya se ha dicho, es el de la anarquía, como herencia del sistema anterior. Se quiere la unión y para ello es preciso superar las divisiones; armistia y ley de olvido son necesarias.

La joven generación no entiende de Saavedristas y Morenistas, de Rosistas y Rivadavianos; no sigue hombres sino principios.

Ante el cuadro anarquizante que representan los unitarios y los federalistas, opina que ambas corrientes deben concurrir en el gobierno argentino.

En ese sentido, enuncia los principios unitarios y federales y de la conjunción de ambos dictamina que el porvenir de nuestra patria radica en la conjunción de los sistemas y no en la prevalencia de uno de ellos.

TRIBUNA UNIVERSITARIA

202

EL DERECHO EN LA CATEDRA Y EN EL TRIBUNAL

(Nota sobre la enseñanza del derecho)

EDUARDO A. VASQUEZ

Profesor adjunto interino de Introducción al Derecho

Desde hace ya algún tiempo, en nuestro país se ha venido introduciendo en los planes de estudio de las carreras jurídicas, como requisito para la obtención del título profesional, el de cursar algunas "ciclos" o seminarios de trabajos prácticos. En general, esta tendencia, mantenida y aún acentuada en estos días, ha concitado la aprobación de todos, por considerarse que contribuiría, en alguna medida, a completar la formación del futuro profesional.

La iniciativa es laudable por que trata de llenar un vacío sentido largamente. Es proverbial el desamparo del joven egresado que se encuentra de manos a boca enfrentado con los complejos problemas que se suscitan cotidianamente en la vida profesional; pequeños y múltiples problemas que derivan, en su mayor parte, no de la insuficiencia de la preparación teórica sino de la falta de experiencia en el manejo de los casos concretos.

Sin embargo, si se mira el problema un poco al trasluz, encontramos motivos más profundos para deplorar, en los estudiantes de derecho, una mayor familiaridad con la realidad jurídica. Porque quedarnos en afirmar que quienes se inician no tienen experiencia, sería enumerar una verdad que podemos lamentar pero que no va más allá del principio de identidad.

Todos estamos de acuerdo, al parecer, en que los estudios jurídicos deben tomar una orientación más práctica. Esto es obvio, si se tiene en cuenta que las carreras de derecho (abogacía, notariado y procuraduría) tienden a la preparación de los estudiantes para el ejercicio de una actividad en mayor medida práctica que puramente especulativa; los sectores más amplios de egresados se preparan salir a la palestra forense y es lógico pensar, por lo tanto, que es responsabilidad de sus preparadores suministrarles las armas indispensables para una hazaña exitosa.

Pero cuál sea el verdadero alcance de la expresión "práctica" y en qué medida deba serlo la enseñanza del derecho ya no es punto tan evidente ni tan pacífico. Precisamente, a tratar de desbrozar algo el paraje es que van encaminadas estas líneas.

El grueso de las asignaturas o "materias" en que se dividen las carreras jurídicas, están dedicadas al estudio de los diversos aspectos del derecho positivo; las restantes apuntan a la formación general del alumno y tratan de integrar, poco más o menos, el panorama de las disciplinas sociales.

Sin duda que el énfasis didáctico se apoya en las primeras, ya que son las que dan la tónica de la capacidad jurídica del alumno y las que constituyen de una manera orgánica la carrera propiamente dicha.

Generalmente se las designa con el nombre de "materias codificadas". Esto ya nos dice algo del contenido, porque en nuestro sistema vigente, la casi totalidad de las ramas del derecho tienen su material normativo sistematizado en códigos; las que no lo tienen aún, por lo menos alientan fundadas esperanzas de realizar el ideal del código propio en algún futuro no demasiado lejano.

Frente a los códigos, leyes y decretos el alumno es enseñado a manejar con singular habilidad en el dedalo de las instituciones, de los principios generales, de las excepciones, y a veces, un ejemplo tomado de la jurisprudencia viene a ser remate y corroboración de una precisa construcción jurídica.

Por fortuna, el talento personal y el buen sentido jurídico de los profesores de las asignaturas de derecho positivo ha venido a remediar en alguna medida la orientación excesivamente académica de la enseñanza. Se debe tener presente que en nuestro medio es casi de rigor que los profesores (en su casi totalidad part time) que constituyen el claustro sean reclutados entre abogados en ejercicio activo de la profesión y entre magistrados judiciales.

Esto permite hacer la siguiente observación. Se ha hablado y alabado extremadamente la tradicional amplitud y profundidad de los estudios jurídicos en nuestro país, que se traduce en el número y calidad de estudiosos del derecho que honraron (y honran) las cátedras. Pero en cambio, no se ha destacado suficientemente que, a pesar del linaje decididamente racionalista de su formación jurídico-filosófica, posición a la cual se suscriben, por lo menos verbis, gran parte de los juristas argentinos, los mismos no se han encerrado en su tesitura doctrinaria y por el contrario, han dado amplia cabida en sus estudios y enseñanzas a la realidad jurídica de la vida nacional, traducida en las resoluciones judiciales.

El resultado es evidente. Se ha evitado, por lo menos en parte, la actividad meramente lúdica de una combinatoria de conceptos para descender al terreno siempre fértil de los contenidos efectivos de la convivencia social que subyace a los puros pensamientos y a las construcciones filosóficas.

Pero ahora cabe preguntarnos si esto, aunque útil, es suficiente. Porque tal vez no baste una excursión algo tímida al campo de la empiria jurídica, sino que sea necesario un cambio más radical en la orientación frente al fenómeno del derecho, que permita descubrir nuevos horizontes para la comprensión del objeto de estudio.

2. El pensar del jurista

Repárese en la particular posición del teórico hacia el caso concreto que se le cruza por delante. Suponiendo que no lo desestime por trivial, por conocido de antemano, tratará de subsumirlo dentro de algunas de las categorías formales con las que se halla abundantemente equipado. Precisamente, esta tarea de situar lo particular, lo concreto dentro del esquema "a priori", es la tarea particularmente curiosa e interesante que realiza el juez como antecedente inmediato de su decisión y el jurista cuando se dispone a clasificar jurídicamente el hecho de conducta que tiene ante su vista.

Pero, por desgracia, es aquí donde se produce el cacemotes.

Porque, una vez realizada esta peculiar operación, el teórico en vez de explicar las fases de su proceso de subsumción, los motivos que le llevaron a calificar de tal o cual manera el fenómeno, se limitará a exponer una vez más los andariveles conceptuales por los que discurre su pensamiento y a describirnos el caso concreto como "ejemplo" de tal o cual institución. Al parecer, la totalidad de la existencia comunitaria, vista desde el ángulo del jurista, tendría como principal motivo impulsivo el de suministrar "ejemplos" a las teorías. Por cierto que resulta valiosa la tarea del entomólogo que exhibe las diversas especies de mariposas clasificadas en una colección. Pero difícilmente podemos creer que las mariposas nazcan con el decidido propósito de ser clavadas en un cartón y clasificadas.

Los diversos hombres de derecho que tienen que ver con el momento forense, no se encuentran con meros ejemplos de normas preestablecidas. En este momento se hace enteramente patente la insuficiencia del método que parte de las normas generales para llegar al caso concreto como una mera ejemplificación de las mismas. Los hechos reales de la conducta humana no vienen rotulados. Lo que es peor, muchas veces están mal o tendenciosamente rotulados. Y la labor de jueces y abogados será la de colocarlos en la categoría que les permita arribar a la solución que mejor consulte los fines sociales y las ideas de justicia de la comunidad en un lugar y tiempo determinados¹.

Estamos, pues, en que por lo menos cabe como posible un proceso inverso al de partir de las normas generales. Este procedimiento es el de partir de los hechos de la realidad y es por supuesto el único que puede emplear quien tiene por delante un caso jurisdiccional. Las partes, sus representantes y asesores legales y el magistrado que ha de resolver el caso, se ven enfrentados de repente con hechos susceptibles de todas las complejidades de la existencia humana. De allí daban hacer la aserción, siempre penosa, a las previsiones generales de las leyes, a los moldes de las puras formas jurídicas. Y después, nueva peregrinación de regreso a la calle, para ver si los hechos en bruto caían dentro de estos ajustados esquemas. Muchas veces hay que repetir el viaje y es este ajostreado ir y venir se va afinando la puntería para dar con la solución más acertada.

Este aspecto de la actividad jurídica es el que generalmente no se

¹ La idea es perfectamente clara en Biering, "El Fin en el Derecho", 1873.

anticipa al estudiante. La experiencia posterior, ya en ejercicio de la profesión, es siempre efectiva para abrirle los ojos, pero desgraciadamente, siempre a costa de tiempo y desazona.

Los motivos, siempre, que llevan a esta sistemática omisión didáctica no son casuales ni locales, sino que se hallan profundamente enraizados en el desenvolvimiento general del pensamiento filosófico y jurídico del mundo occidental, cuyos aciertos y errores compartimos.

3. La tradición alegórica

No es este el lugar para dirimir viejas polémicas doctrinarias ni para esbozar soluciones definitivas y absolutamente correctas.

Pero como los problemas no nacen de un estado adámico, es indispensable una breve mirada retrospectiva a las concepciones del fenómeno jurídico.

El derecho romano, remansado y acumulado en la compilación Justiniana, fue recibido por los sucesores del Imperio rodeado de un inmenso prestigio cultural y peraltado por la obra religiosa de la Iglesia. De esta manera, la Edad Media tuvo entre sus manos, apenas superado el "shock" quirúrgico de la desmembración del Imperio, un derecho ya elaborado y singularmente acabado, que a poco andar sustituyó o absorbió en su técnica, cuando no en su contenido, a los derechos más embrionarios de los invasores².

Este respeto mantuvo latente el interés de estudiosos y magistrados por el Corpus Iuris, lo cual si bien contribuyó a vivificar a éste, por otra parte obligó a encasillar la vida jurídica dentro de antiguos moldes, que no siempre se adaptaban bien a las nuevas necesidades. Las opiniones, vertidas en glosas, no se atrevían a alejarse mucho de las costas conocidas y así, muchas veces se pasaba de la forma a la fórmula³.

A partir del Renacimiento, las nuevas corrientes racionalistas fueron carpando cada vez más el acento sobre los principios universales e invariables, emanados de una razón ubíqua e intemporal, idéntica e inmutable, condición a priori de toda experiencia posible. Este proceso de logificación de la realidad tuvo particular relevancia en el campo jurídico, al revestir la forma del jusnaturalismo. Los nombres de Tomásio, Wolff, Leibniz, Kant, Hegel, Schelling, Fichte, forman una línea de bien definida dirección a este respecto. La corriente del derecho natural tuvo sus modalidades en los diversos medios culturales. En Inglaterra, con un sistema jurídico-político de peculiar desenvolvimiento histórico, con un lastre menor de romanización que el Continente y un mayor énfasis en la función judicial, con un fundamento filosófico tradicionalmente empirista, los resultados fueron diferentes.

² Modernamente vemos en los países de "common law" admitir a la técnica del "case law" las inclusiones de derecho codificado, por ejemplo, en el estado de Louisiana.

³ Ya la concepción imperial romana contribuyó al estancamiento del derecho. Cólige, Libro I, título XIV "El Emperador Constantino Augusto a Baso, prefecto de la ciudad: Solamente a nosotros nos corresponde y es lícito examinar la interpretación interpuesta entre la equidad y el derecho".

Al respecto, resulta particularmente ilustrativa la comparación entre la efectiva organización jurídica británica en el siglo XVIII y la concepción que de ella expone el iluminista Montesquieu⁴. Este, conjuntamente con los enciclopedistas, representa uno de los más vigorosos y fecundos vástagos del racionalismo moderno.

Los diversos factores sociales y filosóficos, en conjunción con las valoraciones liberales, en particular con sus deseos (muy legítimos por cierto como aspiración) de seguridad y respeto a los derechos individuales, hallan su cauce natural en la tremenda obra codificadora de Napoleón, denominada "jurídica" del proceso revolucionario.

Es superfluo insistir sobre el impacto decisivo que tienen los códigos franceses sobre el desenvolvimiento de los regímenes jurídicos positivos, en el ámbito mundial, y sobre las concepciones jusfilosóficas. De todos modos, recordemos una vez más que nuestro país es deudor, en ese sentido, de buena parte de los principios que orientan su legislación. En cuanto a su formación teórica, se puede afirmar que hasta el momento impecan, entre los más de nuestros estudiosos del derecho privado en forma expresa, y como convicción más o menos tácita y soberecendida entre los demás sectores de juristas, los principios racionalistas que hallaron sus expresiones más depuradas después de la acción codificadora en Francia y como consecuencia de ella.

Estos principios del racionalismo jurídico registran por supuesto variaciones "regionales" o matices según las diversas escuelas que los sustentan.

Pero en todas ellas se pueden hallar elementos constantes que, con respecto al tema de nuestro ensayo, se pueden resumir en: 1) La tesis de que todo el derecho consiste en las normas generales (leyes) que integran el ordenamiento jurídico. Este a su vez aparece como la concreción de los principios supremos de una razón universal e inmutable; 2) Las normas generales contienen en potencia la solución de todos los casos individuales posibles; y 3) El juez, frente al caso concreto, debe limitarse a aplicar el derecho establecido, reduciéndose su labor a la de encontrar la solución consagrada en germen en la norma abstracta⁵.

La construcción del silogismo que tiene por premisa mayor la norma general, por permissa menor los hechos y por conclusión la senten-

⁴ Sir Maurice Amos, *The English Constitution*. Londres, 1930.

⁵ F. Laurent resume acabadamente la posición racionalista al respecto, por lo que, a pesar de su extensión, reproducimos lo que afirma en la pág. 42 de la introducción de su *Principes de Droit Civil Français*, 1893, 5ª edición, al comparar la posición de los antiguos juristas (anteriores al Código), que gozaban, según él de mayores libertades que los posteriores: "La position des jurisconsultes modernes est bien différente. Ils ont devant eux un code qui lie tous les citoyens, qui lie même le pouvoir judiciaire: le magistrat et le juriconsulte sont enchaînés par les textes. Peuvent-ils encore, au nom de l'équité, corriger une loi qui leur semble trop rigoureuse? Non certes. Peuvent-ils, par voie de raisonnement tirer des exceptions? Pas davantage, car on procédait ainsi (ils se seraient législatés) et le législateur a parlé, et lui seul peut modifier les lois, lui seul peut créer le droit"... "...moins n'avons pas le droit d'innover; il ne nous est permis de corriger, de perfectionner nos codes".

cia es, para la teoría tradicional, la descripción acabada de la actividad específica del órgano jurisdiccional.

Cabe destacar que, dentro de esta concepción, la solución que el juez establece por la correcta aplicación del método silogístico, no solamente es la justa, sino que es, precisamente, la única lógicamente posible.

El problema de cuál sea la naturaleza y alcance de la función jurisdiccional está íntimamente ligado con el de la interpretación judicial². Las diversas teorías que se han formulado al respecto, conectadas con el problema de las lagunas del derecho, no apuntan tanto en el fondo a la ocurrencia de los textos legales o a la falta de ellos frente al litigio planteado, cuanto a la deficiencia axiológica de la solución posible dentro del marco normativo formal establecido por esas normas.

4. La reacción reflexiva

La última consideración nos lleva al verdadero meollo de la polémica suscitada en torno a la función jurisdiccional.

Considerado de una manera estática, nada hay de ilegítimo en mantenerse dentro de una consideración estrictamente lógica de la estructura jurídica. Sin embargo, no bien se pasa a indagar acerca de la actividad de los órganos elaboradores del derecho y —dentro de la nomenclatura tradicional— aplicadores del mismo, surge fundadamente la duda acerca de si la función de estos últimos es la de una mera mecánica silogística. Y no se trata de elucidar, de acuerdo con patrones estimativos, si es o no conveniente que los jueces y órganos administrativos deban o no contribuir a la integración del ordenamiento jurídico vigente sino la de saber cuál es la función que de hecho cumplen.

Numerosas teorías se han esbozado a este respecto. Desde Ihering, pasando por la Jurisprudencia de Intereses de Philip Heck, la escuela del Derecho Libre de Hermann Kantorowicz, la Libre Investigación Científica de François Gény hasta las concepciones de la Jurisprudencia Sociológica de Holmes y Pound y el realismo de Jerome Frank, se ha destacado sobradamente la importancia que tienen en la función jurisdiccional las consideraciones de tipo axiológico, que consultan la realidad social y las valoraciones efectivamente vigentes que informan las relaciones entre los miembros de la comunidad.

Sin embargo, quien con más rigor científico y mayor objetividad ha señalado, desde el campo racionalista, la peculiar tarea creadora que realiza el órgano jurisdiccional, al resolver el caso concreto, ha sido Hans Kelsen. Las conclusiones a las que llega tienen por fundamento una investigación sobre la estructura del ordenamiento jurídico y la forma en que se integra dinámicamente. Dentro del ámbito lógico acotado por la norma general, el juez, frente al caso planteado, va a elegir una de las soluciones formalmente posibles. La sentencia no surge pues de la aplicación de un silogismo —que debería llevar a una sola solución posible— sino de la voluntad efectiva del magistrado, movida por

² Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho". México, 1956.

valoraciones metajurídicas. Para Kelsen, paralelamente a la "política legislativa" llevada a cabo frente a la conducta comunitaria tomada en su generalidad, existe una "política judicial", frente al litigio singular, mediante la cual el magistrado, dentro del ámbito trazado por las normas de grado superior, toma una decisión fundada en factores axiológicos⁷. Motivo de ulterior debate sería el determinar si esas valoraciones en las que se apoya el juez, escapan a la órbita de los estudios propiamente jurídicos o bien se insertan de manera esencial en el tubiano mismo del fenómeno del derecho.

Cabe el mérito a la Argentina de que uno de sus más destacados juristas, Carlos Cassio, haya restituido al ámbito de la ciencia estrictamente jurídica las investigaciones axiológicas y ontológicas. Entre nosotros es quien más categóricamente ha puesto de relieve la posición axial que ocupa el juez en la creación del derecho, mediante una rigurosa descripción de la sentencia⁸.

5. El magistrado del siglo XX

Existe pues una firme tendencia en el pensamiento jurídico contemporáneo, que ha llamado la atención hacia la función jurisdiccional en cuanto a la realización de los intereses y valoraciones societarios.

No se precisa, sin embargo, sentir plaza de soldado en esas tendencias "realistas" para advertir que, de alguna manera, el hacer del magistrado no se confina al mero juego mecánico de la legalidad lógico formal.

Esto resulta evidente aún aceptando, como hipótesis de trabajo, la tesis silogística tradicional.

En primer término, la premisa mayor del silogismo, es la norma general aplicable al caso en cuestión. Esta norma, empero, no surge espontáneamente de la totalidad del ordenamiento como la única susceptible de regir tal o cual relación jurídica, sino que es seleccionada por el juez entre las que, por su contenido, parecen referirse prima facie al objeto de la misma. Cuando, por ejemplo, una de las partes deja de cumplir con lo estipulado en un negocio jurídico, tal conducta puede ser considerada bien como un incumplimiento de contrato, con consecuencias civiles o comerciales, bien como un ardil o engaño, como una negociación simulada que daría origen a la calificación dentro de los términos del derecho penal. A este respecto, es el juez quien deberá decir la última palabra.

Es decir, que el magistrado, teniendo a la vista las circunstancias particulares del caso, con sus peculiaridades axiológicas, se remonta a la ley, buscando la norma general, efectuando un trabajo de selección, no sólo sobre la base de los perfiles ónticos descritos por aquélla, sino

⁷ "La Teoría Para del Derecho", Lonada, 1941 (Trad. Jorge G. Tejerías).

⁸ Carlos Cassio, "El Sustrato Filosófico de las Métodos Interpretativos", Revista "Universidad" N° 4, 3ª Sección, Santa Fe, 1940. — "La Pluralidad del Ordenamiento Jurídico", Buenos Aires, 1943, 3ª Edición. — "La Teoría Epológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", Buenos Aires, 1944, Lonada. — "El Derecho en el Derecho Judicial", Kraft, 1948, Buenos Aires.

buscando la que procure la solución más adecuada a los sentidos doctrinarios íntimos en el hecho sometido a la misma.

A propósito, cabe recordar la posición de Karl N. Llewellyn, al destacar que el juez generalmente, en base a una comprensión primaria, estimativa, de los hechos y en vista de un fallo ya barruntado, se remite luego a las normas generales o a los precedentes judiciales en busca de los fundamentos positivos de su sentencia, que puedan prestarle objetividad y fuerza de convicción en la comunidad.

Por otra parte, ya elegida la norma aplicable, la larga tradición doctrinaria y la experiencia práctica nos indican que el significado preciso de la misma las más veces no es tan preciso que no necesite de una minuciosa labor interpretativa. Sin traspasar el puro ámbito semántico, ya se crean suficientes problemas como para justificar ampliamente la esforzada preocupación de los juristas en descubrir métodos interpretativos que les lleven por caminos seguros, independientemente del éxito que hayan podido tener estas tentativas.

Eugen Ehrlich⁹ ya destacó que, de saberse de antemano, antes de la sentencia, el exacto significado y alcance de las leyes, no se producirían contenciosas legales. Pero la realidad es que la decisión jurisdiccional, al individualizar los conceptos abstractos, va a disipar ambigüedades y a determinar en última instancia a qué se alude con la norma general. Esto llevó a Hughes a formular su bien conocida expresión: "Vivimos bajo una constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es"¹⁰.

La premisa menor, siempre en la concepción tradicional, se constituye con los hechos concretos que sirven de base al proceso.

No obstante, debe observarse por lo pronto que tales hechos no aparecen en estado de naturaleza, "crudos", por así decirlo. A partir de una situación dada, los únicos hechos que el juez va a conocer son los que sean aportados al juicio. En el enjuiciamiento civil, la situación es aún más tajante, ya que, partiendo el impulso procesal de los litigantes, el juez se ve obligado a enmarcar su decisión de acuerdo con los hechos alegados por los mismos, que, naturalmente, ya representan un enfoque parcial e interesado de la realidad primitiva.

Íntimamente relacionado con este problema se encuentra el de la prueba. Porque el juez no toma contacto directo con la situación originaria sino en la medida en que la misma se refleja en la prueba allegada. Por supuesto, que todo esto importa una nueva deformación de la realidad. Las experiencias realizadas desde Von Liszt en materia de prueba, especialmente testimonial, destacan la enorme importancia de un manejo cuidadoso de los hechos con respecto a la sentencia. Estos

⁹ "La Lógica Jurídica", 1918.

¹⁰ Charles Evans Hughes fue presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos desde 1930 a 1942.

hechos nunca son jurídicamente "por supuestos". Una inadecuada manipulación de las probanzas malegraría los mejores derechos y los más esclarecidos planteos jurídicos.

La consideración que el magistrado haga de las pruebas es otra factor decisivo en la reconstrucción judicial de los hechos. Nuevamente se muestra aquí con singular relieve la personalidad del magistrado al cual compete la decisión. Esto ha sido agudamente destacado por Jerome Frank¹¹, pero ya en la doctrina procesalista tradicional se ha puesto en evidencia la singular importancia que reviste la subjetividad del juez. Así Mittermaier¹² dice: "...Compárese un juez de imaginación viva con otro habitando a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado será muy distinto..." "...La experiencia adquirida en conjeturas análogas, la costumbre y habilidad práctica influyen también en la convicción suministrada por los hechos..."

Por último, cabe destacar que precisamente los hechos van a tener relevancia judicial en la medida en que el juez les atribuya tal efecto y no antes. Los hechos no son recibidos en los considerandos de la sentencia porque tengan "per se" efectos jurídicos sino que los tienen porque el juez los hace nacer a la vida jurídica. Para ello, toma en consideración multitud de factores que escapan a las meras formas lógicas de la ley¹³.

En especial, no se debe perder de vista que el derecho es una técnica social de conducción, un instrumento de "política" en sentido amplio, tendiente a motivar (indirectamente, por medio de sanciones) determinadas conductas en el cuerpo social¹⁴. El legislador gira contra la realidad, las leyes generales recogen ciertas valoraciones y en la medida en que las captan con fidelidad, pueden decir bastante sobre el medio social sobre el que están llamadas a actuar. Pero también anticipan resultados y proyectan determinados efectos.

El orden jurídico positivo se va a ensamblar en el flujo de la coexistencia comunitaria insertando en él un nuevo factor efectivo, por medio de los pronunciamientos jurisdiccionales (sentencias judiciales y resoluciones administrativas), que le sirven como espaldón de proa.

Las resoluciones ante los casos concretos son, pues, la piedra de toque, el indicador del grado de eficacia del ordenamiento jurídico y de su incidencia sobre la conducta social.

¹¹ Jerome Frank, "Courts on Trial", 1949.

¹² C. J. A. Mittermaier, "Tratado de la Prueba en Materia Criminal". Trad. española, Madrid, 1893, pág. 51.

¹³ Hans Kelsen. — Teoría General del Derecho y del Estado. Trad. de Eduardo García Máynez. México, 1948. Pág. 141. — "Solo al quedar establecidos a través de un procedimiento legal, aparecen los hechos en la esfera del derecho, o, por decirlo así, adquieren existencia dentro de la misma esfera". "...el órgano competente crea jurídicamente tales hechos".

¹⁴ Hans Kelsen. Op. cit., pág. 15 y sigs.

Así pues, la resolución jurisdiccional aparece con una doble vertiente. Hacia el ordenamiento jurídico, como remate del mismo, en tanto que acto final dador del sentido definitivo a todas las normas superiores que rigen su producción, integrándolas con las estimaciones vigentes que recoge de la experiencia social con que está en directo contacto. Y hacia esa realidad del medio social, al que informa normativamente por medio del poder coercitivo de que está investida.

El conocimiento de este complejo juego de la función jurisdiccional es inexcusable para el profesional del derecho. Pero en nuestro país reviste singular importancia por el motivo ya apuntado de que, siguiéndose en el mismo la técnica codificadora, el acento es puesto sobre las normas generales con desmedro del estudio de los actos de aplicación concreta de las mismas. Por lo demás, en Argentina el abogado es el único "técnico social" reconocido, es decir, habilitado por un título universitario.

En este sentido es que sostenemos que la enseñanza del derecho debe ser "práctica".

En los países en que el derecho se constituye fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, se ha llegado, guardando la simetría con este "case law" positivo, a un "case method" didáctico, basando la enseñanza sobre la exposición de los casos jurisprudenciales relevantes.

Por supuesto que, a pesar de la diversidad de la técnica jurídica, la función de los jueces es esencialmente la misma, sea que recurran para fundar su sentencia al principio establecido por la jurisprudencia o una norma general legislada.

También es cierto que entre nosotros el abogado recurre continuamente a los repertorios de fallos que le indican cuál es la dirección de la jurisprudencia, lo que le permite predecir, de alguna manera, las posibilidades reales de éxito del caso que se le confía.

Se trata así, simplemente, no de sustituir el estudio de las normas generales, sino de integrarlo, expresa y deliberadamente, con lo que siempre se ha hecho, aunque de manera oscura y como a hurtadillas.

Es necesario restituir a la praxis jurídica, a través de la clara comprensión del papel que desempeña el juez, la jerarquía que le corresponde dentro de la formación profesional.

La "práctica" que propugnamos pues, consiste en el reconocimiento sincero, sin artificios dialécticos, de la función integradora del derecho que tienen las resoluciones jurisdiccionales; en un mayor adiestramiento en el manejo de los hechos concretos que integran las circunstancias del caso, sobre la base de decisiones judiciales y administrativas; en una investigación de la "política" judicial y administrativa y de su impacto en la colectividad.

Como hemos dicho al principio, la orientación de los planes de estudio en los últimos tiempos parece tomar este rumbo. Es de esperar que persista y se intensifique, en la seguridad de que habrá de tener entre nosotros, como en otros países, el efecto de suministrar al futuro profesional una mayor preparación técnica y una mejor comprensión de los problemas sociales que, de una manera u otra, está llamado a resolver.



JURISPRUDENCIA

Antes: "Bernard S. R. L. contra Haim Solichin s/condemna". Juzgado Nac. de Comercio N° 5.

Financiar sobre "Si el pronunciamiento sobre caducidad de instancia puede ser recurrido directamente o si debe serlo por vía de reposición y apelación en subsidio".

"En Buenos Aires, a trece de abril de 1957, reunidos los señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en Acuerdo Financiar, bajo la Presidencia de su Titular Doctor Carlos C. Malagarriga, a fin de determinar: "Si el pronunciamiento sobre caducidad de la instancia puede ser recurrido directamente o si debe serlo por vía de reposición y apelación en subsidio".

A la cuestión propuesta el señor Juez de Cámara Doctor Halperin, dijo: El objeto de esta decisión es fijar el alcance del recurso de reposición, previsto por el artículo 3 de la ley 14.131 de caducidad de la instancia, en el sentido de que si la resolución de Primera Instancia no admite el recurso directo de apelación, éste sólo cabría en subsidio.

Los antecedentes legislativos nada aclaran sobre el tema, y la solución ha de hallarse por la coordinación con las normas del Código de Procedimientos sobre los recursos.

De acuerdo con el artículo 223 coordinado con el artículo 228, Cód. de Procedimientos, el recurso de revocatoria o de reposición es opusivo para el agraviado; y no procede cuando la resolución del Juez causa gravamen irreparable y se dictó previa audiencia de las partes. Tal era el estado de la doctrina y de la jurisprudencia al tiempo de la sanción de la ley: Cámara Civil I de la Capital, 29 abril 1936; J. A. t. 79, pág. 295, 17 diciembre 1934; J. A. t. 48, pág. 828, 4 noviembre 1941; J. A. t. 78, pág. 701; Cámara Civil II de la Capital, 27 julio 1925; J. A. t. 18, pág. 671, 8 octubre 1928; J. A. t. 22, pág. 968, 18 marzo 1928; J. A. t. 27, pág. 888, 4 marzo 1948; La Ley, t. 86, pág. 245; Cámara en lo Comercial, 31 mayo 1943; La Ley, t. 80, pág. 771, implícitamente, etcétera.

Más aún, cuando se resuelve artículo, el recurso es improcedente, y si se hubiere instanciado, la resolución sería

zala (Cámara en lo Comercial, 12 marzo 1918; J. A. t. 1, pág. 238; Cámara Civil I, 21 septiembre 1930; La Ley, t. 82, pág. 2645). Los artículos 94, 96 y 408 Cód. de Procedimientos son de aplicación de esta regla, de exclusión del recurso de reposición.

La resolución que declara la caducidad de la instancia decide artículo. Por lo que conforme a la última regla señalada, el recurso de reposición sería improcedente según el Código de Procedimientos. La decisión sólo sería posible de recurso de apelación en Primera Instancia; y de ningún recurso si se dictara en la alzada o en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 273, Código de Procedimientos, art. 30, Ley 13.988).

Más dada la modalidad inusualísima por el art. 3° de la Ley 14.131, de la declaración de oficio, la ley debió prever una doble posibilidad:

- a) Un error en el cómputo del plazo cumplido, cosa que ocurre a diario.
- b) La existencia de actos suspensivos o interruptivos que no hubiesen sido debidamente apreciados.

Esta doble posibilidad introduce el recurso de reposición:

2. **Como una seguridad** contra la decisión de segundo grado que de otra manera no sería susceptible de recurso alguno.

Si la ley no hubiera abieno el recurso de reposición contra la resolución de primera instancia, ésta habría sido improcedente conforme a la muy firme jurisprudencia señalada.

Esta situación, que el legislador no ignoraba, explica el lenguaje de la ley: "De la resolución que se dictare sobre la caducidad, podrán las partes pedir reposición...". En decir, consagra una excepción al régimen del recurso.

Pero en manera alguna condiciona la apelabilidad de la resolución, conforme al artículo 226 del Código de Procedimientos. Una medida legislativa tan drástica no tendría justificación en el régimen de la ley, si habría sido mencionada en silencio, sin explicación alguna, por un

legislador que en la sanción de esta ley no pasó por inadvertido.

En resumen luego que el artículo 5º de la ley 14.191 no condiciona la apelación a su interposición en subsidio del recurso de reposición. Así voto.

Por analogas razones adherimos al voto precedente los señores Jueces de Cámara doctores Zavala Rodríguez, Yáquez y Malagariga.

El señor Jefe de Cámara, doctor Carrero dijo: La jurisprudencia de la Sala que integro, en su anterior constitución, había establecido que el artículo 5º de la ley 14.191 no autoriza la interposición directa de recurso de apelación contra las decisiones de primera instancia, y en algún caso planteado con posterioridad a su interposición al Tribunal se siguió esa doctrina.

Los fundamentos de orden jurídico y legal aducidos por el doctor Halperín llevan a mi ánimo al convencimiento de que ese criterio es equivocado. Consiguientemente rectifico mi opinión sobre el asunto, y adheriéndome a todos los términos de su exposición conclusiva, doy mi voto en el sentido de que el pronunciamiento de primera instancia sobre caducidad de la misma es susceptible de ser directamente recurrido por vía de apelación.

El señor Jefe de Cámara, Dr. Urdapilleta dijo: Que de acuerdo con los términos del art. 5º de la ley 14.191, resulta, a mi juicio, indudable que contra la resolución que se dictare sobre percepción de instancia, el recurso que corresponde, en primer término, es el de reposición, y subsidiariamente el de apelación; lo que vale decir, que no habiéndose in-

terpuesto al recurso de reposición, no se puede deducir el de apelación, pues de otro modo correría de sentido el calificativo de subsidiario que emplea la ley al referirse al de apelación. Que esta conclusión se robustece aún más, con la segunda parte de la disposición que se analiza. En efecto, en ella se establece textualmente "el recurso de reposición podrá ser interpuesto con el de apelación en subsidio", es decir, que antes de a quien lo deduce en primera instancia a haberla acompañaído o no por el de apelación. De ahí no puede concluirse que pueda prescindirse del recurso de reposición y deducir el de apelación, sino, precisamente, lo contrario; pues la regla fija el referido art. 5º es la que explícitamente se determina en la primera parte de la misma que establece "que de la resolución que se dictare sobre caducidad podrán las partes pedir reposición dentro del tercero día".

En definitiva considero, y mi voto, que el recurso de apelación es admisible en los casos como el de autos, sólo cuando fuere deducido subsidiario, y no directamente.

A mérito de la votación precedente el Tribunal resuelve: -

Que el pronunciamiento de primera instancia puede ser recurrido directamente por vía de apelación.

Vuelvan los presentes autos a la Sala B a los efectos de su pertinente resolución. Rep. los Jueces, *José Halperín*. — *Carlos C. Malagariga*. — *Alejandro A. Fitzner*. — *Angel A. Carrero*. — *Carlos Zavala Rodríguez*. — *José E. Urdapilleta*. — *Federico Ossler del Solar*.

Por nuestra parte, adherimos al voto de la minoría. Sin perjuicio de ello, creemos que en el presente hubiera sido conveniente una reunión de las Cámaras Civiles y Comerciales en pleno, dada la frecuencia con que surge en ambos fueros el problema tratado.

R. A. Galimberti

LIBROS Y REVISTAS

LIBROS Y REVISTAS

Marías, Julián. *La Estructura Social. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1933.*

Germani, Gino. *Estructura Social de la Argentina. Buenos Aires, Raigal, 1935.*

He aquí dos obras con una misma preocupación, la realidad social del mundo "margenadrante, y muy "mixtas" todo. Cada una de sus autores se coloca en una de las dos posturas que han devenido en antagónicas en las polémicas de estos últimos años sobre la ciencia y la manera de ver la muy usada y brevedad ciencia sociológica. Para Marías la sociedad y su estructura están inmanentes dentro de la historia y en ella deben ser entendidas. Escribe: "El único medio de que los datos, las informaciones y estadísticas, sirven de algo es "ir a vivir" imaginariamente en la sociedad que se trata de estudiar, recibir así el impacto de las vivencias, reconstruir el mundo ajeno y preséntase con su tono vital; y más aún: proyectarse imaginativamente —navegadamente— en ese mundo, asumir una virtual vida que hubiera sido la de un habitante de él, ejercer frente a esa circunstancia una prueba "verosímil"; con otras palabras transcribir hermenéuticamente a la situación que se trata de entender". Para el otro autor que comentamos, esta vida, un tanto política, está en el polo opuesto de sus concepciones. En Germani el mundo socio-cultural es una sola unidad, pero vista desde un determinado ángulo que traba en alguna escapada del tono caótico de su estudio: "Insistimos sobre este problema, para afirmar —dice Germani— la unidad metodológica de la sociología y de las ciencias humanas en contra de la opinión difundida de muchos sociólogos latinoamericanos de que aquellas partes de estas disciplinas que se dirigen a los objetos "no materiales" o "no manifestos" (también llamadas "espirituales") deben utilizar una

metodología distinta de la del conocer científico general, una metodología cuya característica es la de eliminar el requisito de verificación como parte esencial del conocimiento científico". Las posturas así planteadas no parecen conciliables, pero el propósito de esta nota no es otro que el de demostrar la relación "hermenéutica" "positivista" "etnológica" "epistemológicamente antagónicas y en verdad sólo reflejo de posturas generadas en realidades sociales y culturales distintas. Ello ha producido discusiones conciliatorias y la impresión de que nuestra ciencia es un perro que tras mucho husmear (en sólo cuando su propio pelo.

Dejemos atrás que ambas obras tienen de común una realidad social delimitada por un mismo idioma. El hecho sería reflejo de una realidad no algo positivo y común a ambos autores. La obra de Marías no es más, como el mismo expresa, que una introducción al estudio de la sociedad española del siglo XIX). Por los grupos ideológicos entre más necesidades de un autoconocimiento sociológico que los de habla española. Ideas, mitos y convicciones colectivas, la afición a trascendentalizar lo temporal, las nubes de retórica que acompañan sus pasos históricos, la politización o reducción a la política de problemas de toda índole, particularmente los sociológicos, son importantes obstáculos que se han opuesto a la acumulación de experiencia social sin la cual es imposible una meditación rigurosa sociológica histórica ni una política que no sea arbitraria o corazonada.

Será mejor ver ambas obras por separado.

El libro del pensador español es una navegación por el mar de hallazgos sociológicos de Ortega y Gasset. Ello nada recorta la figura creadora del bel discípulo que lo ha siempre desde su propia personalidad. Se está o no de acuerdo, hay que reconocer que en el campo de

la sociología el pensamiento de Ortega es el apocí que más original, acaso el único, en habla castellana. De sus fuentes, hasta hoy dispersas han surgido obras tan indispensables como las "Lecciones de Sociología" de Soriano Sibón o la "Introducción a las temas centrales de la Filosofía del Derecho" de Salvador Linares Rada por sólo citar las más; para quien sería imposible hacer el resumen de la multitud de sagacidades ortegianas conlleva o inmensas que se hallan en cuanto literatura más o menos sociológica corre por nuestro mundo.¹

Marín aborda en esos descubrimientos orteguanos con gran finura intelectual; así en el tema que atraera en toda su extensión en "El método histórico de las generaciones" o el concepto de "vigencia" que es uno de los arcos clave de la fábrika ortegiana y que transportado del campo jurídico cobra especial sentido en el social. ("Vigencia —escribe Marín— es, pues, lo que está en vigor, lo que tiene vitalidad, vigor o fuerza; todo aquello que encuentro en mí conmigo social y con lo cual tengo que contar. Si en mi mundo social existe una realidad respecto a la cual los individuos no tienen que tomar posición, de la cual pueden desentenderse, con la que en suma, no tienen que contar, no es una vigencia"). Este concepto es analizado en toda su amplitud y se perfila con mayor rigor que el imperio de las Eneidas uno social. El capítulo dedicado a "Conciencia, ideas y opiniones" es particularmente meritorio. Se trata de la distinción fundamental de la filosofía de Ortega entre la idea y la conciencia que tiene su inequívoca repercusión en la vida social. La realidad social es cierto que aparece mucho más sostenida por creencias que por ideas; unas que otras no siempre andan de acuerdo. Pero dejemos el tema impudico para nos llevaría mucho más allá de lo previsto en extensión y hondura para este comentario fugaz.

La política en vista por Marín es su verdadera dimensión, limitada, lo mismo que la libertad. No se trata de una limitación "a gasta" o programática, como se cree lo tomara erróneamente de Ortega, sino una limitación que es bien a pesar de él. Ni la acción política² ni la libertad no quedan eliminadas sino en profundas líneas de neblinas. Igual que en "Del Imperio Romano" de su maestro, define el vivir occidental como vivir en

libertad frente al vivir oriental que es vivir en adaptación. Lo que separa un vivir del otro no es la emancipación o nulificación de una libertad delimitada sino la autenticidad o la que es lo mismo "la vida es posible como libertad cuando las pretensiones aún siendo ontológicas no destruyen la figura que la unidad social pretende tener, y por tanto hacen normalmente posibles las trayectorias individuales delimitadas por las pretensiones vigentes".³

El libro termina con un análisis de las relaciones humanas —amor, amistad, matrimonio, familia— que es una muestra de estilo y belleza literaria al estilo de Ortega; cuando las ideas con todo su peso se van al fondo del lector, suavemente, por su belleza, del mismo modo que la contemplación embalsamada de un cuadro o la audición de una sinfonía llevan en delicia pendiente al mundo de ideas y vivencias del autor.

La obra de Marín debe ser circunstanciada. No es propiamente una investigación sino una introducción. Investigaría más bien una epistemología de la social o unos fundamentos previos a la Sociología misma. Con ella no pretende merecer relevante importancia. Sin una previa teoría de la ciencia se puede llegar a un hazimamiento de datos y estadísticas de cierta sociología importante en los Estados Unidos donde el escritor español es profesor. Pero su postura despectiva ante el abuso no es radical sino ascética y en modo alguno podría pensarse en que rechaza la "verificación" del dato. El dato, uno sí, debe ser explicado. Ha aquí cómo de una postura inicial honesta se llega a tirarnos con consecuencias saludables.

* * *

Acá la situación es bien distinta de la de los Estados Unidos. "Las investigaciones empíricas sobre la realidad social de nuestro país —escribe Germán— no son abundantes. En algunos sectores se recogen casi por completo de antecedentes aprovechables. En otros casos datos son de difícil utilización o bien nada tan inasequibles".⁴ Este concreto ámbito nacional argentino es el que el profesor Germán toma como objeto de su estudio. La obra está encuadrada dentro del campo de la más escueta investigación social tal como se estudia en las avanzadas actuales del saber sociológico. Con características modernas dice

su autor que su título debiera ser simplemente: "Estudios sobre algunos aspectos de la estructura social de la Argentina". La descripción cuantitativa de la estructura social de la Argentina en que consiste la obra, está dividida en tres grandes partes: estructura demográfica, estructura económico-social y otros aspectos de la estructura social.

Esta división corresponde a las diversas dimensiones que percibe el autor en los grupos sociales como consecuencia de la diversa pertenencia de las personas a varios de ellos que es el fenómeno que Simón Namara de "intersección de los círculos sociales". Las dimensiones contempladas cuyo número puede ser elevadísimo en las sociedades bien diferenciadas son biológicas, económicas y bio-sociales. Pero Germani recalca que todo ello, que constituye la Morfología o Ecología social de la Argentina, es en realidad una unidad indisoluble que él se ha limitado a estudiar en sus aspectos materiales, no culturales.

Este planteo celido de la obra, voluntariamente modesto, no supone que el autor descarta de pasada su importante filosofía. Para él "evidentemente se trata de dos perspectivas de observación y de una misma realidad. Esta realidad es el mundo sociocultural, el mundo de la historia y de la vida concreta, en la que tan sólo observamos individuos reales, su conducta y las cosas materiales que de algún modo se hallan presentes como objetos o condiciones de su obrar"¹. Más allá polemiza y señala que "no necesario sobrepasar que los fenómenos sociales para ser conocidos científicamente deben ser tratados como independientes y existencias al sujeto cognoscitivo; para el conocimiento de los objetos "inmateriales" por un lado o de los constructos psíquicos por el otro rige la exigencia normal para toda propensión científica de la verificación con validez intersubjetiva"². Sería muy difícil hacer coincidir el punto de vista naturalista que sienta estas opiniones con la filosofía de Merleau, pero no sería nada difícil aceptar en toda su extensión el valioso aporte del estudio de Germani que ha tomado por objeto precisamente "las formas materiales", aquellas para las que el método que utiliza es universalmente válido.

La obra que comentamos, desde la eficaz distinción de los datos, nos muestra mucha mejor que tanta divergencia literaria en circulación sobre el ser nacional, el esqueleto de la sociedad argentina contemporánea, lo que la hace indispensable para cuantos se interesen seriamente por la actual estructurada argentina. En ella se contempla con dramática nitidez un condicionamiento por la realidad social. Así por ejemplo al "proceso de serojointamiento" que hace de la Argentina un país que como Estados Unidos se acerca a paso rápido a la problemática de los países europeos (¡hasta cuándo los profetas de profesión van a seguir hablando de la inocencia de América!). También en la obra se constata la gravedad del desajuste producido por la orientación restrictiva de toda la población del país, así como el proceso de transformación de la Argentina en una "sociedad de masas", con un 82% de población urbana. Este hecho pasamos que se estudia en la "unidad sociológica" del Gran Buenos Aires en de capital significación para el entendimiento del proceso histórico argentino.

Germani ilustra este proceso y el perfil general, que aparece detallado de acuerdo con la lectura de la obra que comentamos y en especial los capítulos referentes a "Población extranjera", "Población urbana y rural" y "Diferenciación de actitudes políticas en función de la estructura ocupacional y de clases". De ahí se deducen los tres vértices de la política argentina de los últimos años: el proceso de homogeneización nacional, la industrialización y las migraciones contingentes desde el interior a la Capital Federal. Este punto alcanza a que "la cantidad de inmigrantes del interior con una antigüedad de radicación (en Buenos Aires) mayor de diez u once años, puede fijarse con todo fundamento para 1943 alrededor de ochocientos mil, proporción muy elevada si se piensa que estos inmigrantes se concentran en una clase social —la obrera— y en determinado grupo de edad, las personas adultas o por lo menos mayores de 14 años"³. Por ello afirma, con el peso de la estadística de su estudio, que "las condiciones para los cambios político-sociales ya estaban dadas desde fines de la década del treinta"⁴.

Esos aspectos y otros muchos, en los que no nos podemos extender, pero que quedan para los ojos perspicaces del buen lector, se encuentran en esta obra del profesor Germain ejemplarmente hechos.

Juan Francisco Marsel

Gabriel Lepoint. *Manire du Droit Public Français*. Ed. Presses Universitaires de France, 1937. 128 págs.

1) El A. comienza por distinguir entre historia del derecho público e historia del derecho privado. La primera es "la historia de las instituciones del Estado de un país y de las relaciones entre gobernantes y gobernados"; la segunda "estudia las relaciones de los hombres entre sí y en sus tratos de la vida cotidiana".

2) Para ambas historias tienen entre sí estrechas relaciones, que se hacen evidentes si consideramos que la organización del Estado se estructuró, durante largo tiempo, sobre el tipo de las relaciones familiares y la propiedad privada (relación del Rey con sus súbditos y con el país); para llegar, luego de superar una serie de cambios, juntamente a la época, es decir, a que las relaciones privadas de los hombres están —o se tienden a que estén— moldeadas bajo la influencia de las normas del derecho público (intervencionismo estatal en general y sus consecuencias: regimentalismo, contratos colectivos, etc.).

3) Por otra parte considera el A. que la costumbre es una fuente jurídica esencial, la cual no sólo crea instituciones, sino que también las transforma, las afecta a las diversas épocas; es decir, que en la costumbre se usen el poder

crear con un dinamismo transformador.

De ahí que considere erróneo el afán de prever legislativamente todas las hechos, todas las situaciones, puesto que, en definitiva, las leyes, para ser duraderas y de real vigencia, deben casi reducirse a codificar las costumbres, ya que ellas son "la verdadera expresión de la voluntad de los pueblos".

4) El desarrollo central del libro comentado es un ejemplo de esta valoración de la costumbre. Analiza el A. el origen de las instituciones públicas francesas bajo los primitivos feudos, encontrando la base de ellas en instituciones formadas por adición de elementos galos, romanos y cristianos, las cuales alcanzaron estabilidad con merovingios y carolingios.

En la segunda parte estudia la organización de la Francia medieval, analizando las que consideró los cuatro elementos fundamentales constitutivos de la autoridad pública en el período histórico que va desde Hugo Capeto hasta Francisco I, los cuales son: Señoría, Ciudad, Iglesia y Realma.

Finalmente describe lo que llama la "monarquía administrativa", etapa en la que ya se estructuraron con características definitivas instituciones que, si bien pueden haber cambiado de fisonomía a través del tiempo, se conservan en toda su actualidad hasta hoy.

5) El carácter de este trabajo, en el cual se analizan problemas y hechos a la vez históricos, políticos, jurídicos y sociales, hace que su A. —profesor en la Facultad de Derecho de París— pueda desarrollar una notable cantidad de conocimientos, trabajados con un considerable poder de síntesis e interpretados de forma que, personalmente, considera

¹ Merina, Julián. Op. cit., pág. 123.

² Germain, Gino. Op. cit., pág. 17.

³ Ferreras, Jaime. "Nota sobre la sociología de Ortega". SUR, N.º 261.

⁴ Op. cit., pág. 82.

⁵ Más ampliamente: "Mínibus o al político".

⁶ Op. cit., pág. 218.

⁷ Germain, Gino. Op. cit., pág. 15.

⁸ Germain, Gino. Op. cit., pág. 10.

⁹ Germain, Gino. Op. cit., pág. 11.

¹⁰ Germain, Gino. Op. cit., pág. 77.

¹¹ Germain, Gino. Op. cit., pág. 78.

mas muy acertada. Quisiera las páginas más leídas sean las que dedica al estudio de la institución *Ray* (pág. 89 y sigs.) gracias a las cuales hemos comprendido claramente cómo se estructura su teoría, cómo se manifiesta en la Nación, en una palabra, hemos comprendido el porqué de la trascendencia en determinado momento histórico.

F. F. S.

Gerald D. y Allan G. Bikara. *The Business Law of Real Estate*. Ed. Macmillan, Nueva York, 1956, 432 págs.

Esta obra, a pesar de la riqueza de su contenido y de su considerable densidad, sólo pretende servir como manual para estudiantes y como guía práctica para administradores de bienes raíces. Se ha excluido todo lo relativo a bienes muebles ("personalty"); en cambio, se dedica un capítulo a la locación de inmuebles y otro a la reglamentación legal de la administración y competencia de inmuebles. No se trata, pues, de un manual de derechos reales, sino, como lo indica el título, de una exposición de las normas de derecho comercial aplicables a los bienes raíces, y de las conclusiones de la jurisprudencia, a la que se agregan abundantes y valiosas indicaciones prácticas sobre la forma de redactar contratos, de efectuar trámites, etc. Sobre todo, el lector adquiere una idea clara del sentido y del mecanismo de cada institución, de su función real en la vida sociojurídica. No se exponen los problemas y las normas sólo desde el punto de vista de su aplicación en el litigio, sino principalmente con relación al negocio jurídico mismo, a su concreción y su ejecución.

En otras palabras, esta obra no es un tratado de ciencia pura del derecho, sino un instrumento de trabajo. Con esto no queremos disminuir el valor científico de la obra. Por el contrario, los autores demuestran poseer una sólida cultura jurídica; sólo que, en lugar de exhibirla como tal, en lugar de tratarla como un fin en sí, la aplican a la solución de los problemas concretos.

El libro comienza, además de un breve capítulo introductorio (sobre la naturaleza y clasificación de los bienes) y de otro capítulo sobre agencias de administración y comisionistas de inmuebles, las siguientes secciones: al bienes in-

muebles y derechos sobre los mismos (frutos, mejoras, aumentos, dominio, usufructo, posesión, tenencia, condonación); la adquisición y transmisión de derechos sobre inmuebles (compraventa al contado y a plazo; escrituras, locación, hipoteca, usucapción y servidumbre); el restricciones públicas y privadas al dominio (ordenanzas sobre subdivisión; restricciones consensuales; ruidos molestos; dominio eminent); el derechos y deberes de los propietarios y compositos de inmuebles (condominio, usucapción, turbaciones de la posesión).

La procedente enumeración permite apreciar el criterio empírico que ha orientado a los autores; criterio que puede resultar desconcertante para la mentalidad jurídica de la escuela continental, habituada a la clasificación y a un orden lógico que a veces sacrifica las exigencias de la realidad en aras de la simetría.

Seguando la arraigada tradición anglosajona, todos los temas están abundantemente ilustrados por transcripciones textuales de fallos judiciales, en los que se consagran soluciones que en muchos casos sobrepasan las concepciones más avanzadas de los juristas continentales. Asimismo se advierte el propósito de simplificar y uniformar la materia de normas consuetudinarias y estatutarias de cuarenta y ocho estados, entre las que tiene que orientarse el intérprete federal.

Sería muy instructivo hacer un estudio comparativo entre el libro que comentamos y cualquier texto de los que habitualmente utilizan nuestros estudiantes de abogacía. El libro necesariamente prescinde por completo de lo que nuestros autores llaman "evoluciones históricas", "sustratos jurídicos", "antecedentes legislativos", etc. En cambio, ofrece copioso material jurisprudencial, ejemplos prácticos del funcionamiento de cada institución, textos de contratos y escrituras. Sobre todo, explica claramente para qué sirve cada institución, qué función tiene en la vida real.

No creemos que la educación jurídica norteamericana sea perfecta; falta a menudo en el abogado estadounidense la ordenación panorámica de las distintas ramas del derecho, y muy pocas veces toma contacto con los problemas fundamentales de la ciencia y la filosofía del derecho. En cambio, su formación práctica y su especialización son muy superiores a las que normalmente recibían

nuestras estadísticas de derecho, aparte de que la formación teórica que éstas adquieren no suele ser otra cosa que un barniz superficial. Es necesario comprender que la teoría y el estudio de la abogacía han sufrido un cambio radical. Sin embargo, en nuestros facultades se sigue aplicando los mismos métodos, programas y planes de hace varias décadas.

E. FERR FILLASER

José Enrique. *Unfructo de acciones de Sociedades Anónimas*. Buenos Aires, 1956. T. E. A., 128 págs.

A manera de introducción al tema central de su libro trata primeramente el A. los principios jurídicos generales sobre la acción y los derechos y obligaciones del socio. La acción se encuentra así dentro del grupo de los documentos con función dispositiva, porque es indispensable para el ejercicio de los derechos sociales, a inclusión, a su vez, en la especie "título de crédito". La acción configura la calidad societaria que otorga la calidad de socio o accionista a su titular, es decir, al "status socii", compleja situación jurídica que la relación social crea entre la sociedad y la persona que forma parte de ella y se incorpora al título acción. Esa incorporación se traduce en derechos, poderes y obligaciones, distinguiéndose los primeros en derechos de orden constitucional o administrativo, como lo son los relacionados con la participación en el gobierno de la sociedad, y en derechos de orden patrimonial o económico, como el derecho al dividendo, a la participación preferente de nuevas acciones, a la cuota de liquidación, etc. Esos derechos pueden sufrir profundas alteraciones como resultado del unfructo de las acciones, pues anula en su ejercicio al nudo propietario y al unfructuario de los títulos.

Ya frente a su objeto primordial señala el A. los caracteres jurídicos del unfructo en materia civil, deteniéndose en la extinción del unfructo en lo que a frutos y productos se refiere conforme a la definición que de ellos nos da el codificador en la nota al art. 2329 del C. Civil, recordando que el unfructuario tiene derecho a la percepción de los frutos y no a los productos en virtud del principio "ad ea res sua substantia",

es decir que el derecho y uso de la cosa ajena tiene como límite la posibilidad de alteración de su substancia. Los caracteres y límites de esa substancia han sido motivo de discrepancias doctrinarias, dando lugar a orientaciones diversas que el autor relata brevemente, aunque sin expresar su pensamiento sobre el particular, posición que posterga para el momento de tratar el unfructo de acciones en especial.

Puesto a ello, se refiere primeramente a la naturaleza jurídica del unfructo de acciones, destacando que el unfructo de títulos y valores implica y exige la incorporación del derecho al respectivo título de crédito, elemento condicionante de su circulación jurídica, siendo a su vez la posesión del documento elemento indispensable para el ejercicio del derecho.

Respecto de la idea fundamental de substancia en la materia de su obra, manifiesta el A., recordando que "la acción es un título de crédito con caracteres específicos, cuya nota jurídica definitoria y diferencial la constituye el "status socii", derecho complejo de participación social que se encuentra incorporada al título"; que en ese estado de socio consiste primeramente el substrato o substancia del título acción. En cuanto a la naturaleza de su contenido substancial, ella sería en parte material o patrimonial, y en parte económica o patrimonial. Por la primera se refiere y materializa la concurrencia del titular a la formación de la voluntad social que dirige los destinos de la sociedad conforme a sus estatutos y a la ley; y por la segunda adquiere una participación proporcional en el haber social neto, cuota que divide en tres subcuotas o participaciones diferenciadas: a) subcuota contra valor de capital; b) subcuota contra valor de reservas; y c) subcuota contra valor de beneficios pendientes de aplicación.

De manera que la substancia de la acción es un doble contenido constitutivo y económico, configura el "status socii" incorporado al título de crédito, y que en el caso de divisa de dominio, el nudo propietario conserva la calidad jurídica de accionista, mientras que el unfructuario no tiene más que el derecho temporal y hábito del disfrute de la acción. A falta de disposiciones específicas, el unfructo de acciones debe regirse en cuanto derecho por el Código Ci-

só; pero su aplicación a los títulos de crédito, especialmente a las acciones de sociedades anónimas, exige una cuidadosa revisión del grado de aplicabilidad de sus preceptos, a cuyo fin el A. examina la siguiente regla interpretativa: en caso de conflicto entre la norma del usufructo civil y el derecho societario incorporado al título acción, deberá prevalecer el estatuto regulador del "status socii".

Respecto de la división de derechos que corresponde al modo propietario de las acciones y al usufructuario de las mismas, luego de analizar las distintas posiciones doctrinarias sobre el particular, el A. concluye por sostener en su criterio que el derecho de asistencia y voto es exclusivo del primero, lo mismo que el derecho de información, ya que el usufructuario carece del título de mandante que conserva el modo propietario. Tampoco es derecho del usufructuario impugnar los acuerdos sociales desde que no es accionista. En resumen, el modo propietario conserva para sí todos los derechos de orden cuasipolítico o administrativo.

En cuanto a los derechos de orden patrimonial o económico el usufructuario tiene derecho a los dividendos que reúnan carácter de frutos civiles, pero respetando el pacto social entre la compañía y el modo propietario; pero carece de derecho a la distribución de reservas por no reunir dichas carácter de frutos civiles. En este caso se estaría, al decir del A., frente a una disminución de substancia que el usufructuario debe respetar en virtud del principio rector del "habes rerum substantias". Por esta misma razón y siendo el modo propietario el titular del "status socii", es éste solamente quien puede transmitir la calidad de socio.

Hemos dejado así sistematizado brevemente el contenido de la obra del doctor Austria, que revela una plausible y seria influencia en el tratamiento de un aspecto del Derecho Comercial poco frecuentado por la doctrina. Se podrá quizás discutir con el A., respecto de algunas de sus interpretaciones; pero lo cierto es que pone de relieve a lo largo de su obra, no sólo un profundo conocimiento de la materia, sino que otorga a aquella una sistematización ágil y clara, y un contenido jurídico exhaustivo.

Juan Carlos Trajillo

Marcel Profet. "L'Évolution constitutionnelle de la IV^e République (1946-1956)". *Annales de la Faculté de Droit d'Alger*, Año VI, N^o 7, diciembre de 1956).

La constitución que toma fuerza en vigencia en la Nación de 1946 surgió de la votación de sólo un tercio del pueblo francés. La estructura jurídica que sanciona es el resultado de una posición colectiva frente al gobierno parlamentario propuesto por la segunda Constituyente, y los principios de un típico gobierno de Asamblea, sobre los cuales la primera Constituyente había fundamentado sus debates.

Esta posición intermedia sólo podía ser sancionada, aunque superficialmente, mediante el juego de la proporcionalidad; así, al restringir el número del electorado del 5 de mayo, se hizo necesaria la participación en los debates de la Constituyente de los representantes de las provincias de ultramar —cuyos electores no habían intervenido en el referéndum citado— lo que durante largo tiempo impidió superar la etapa de los "retiques".

El tripartitismo político de socialistas, comunistas y republicanos implicaba, además, el mantenimiento de un gobierno de Asamblea.

Esta este tripartitismo en mayo de 1947, una nueva orientación, encabezada por el General de Gaulle, tiende a establecer, con caracteres definidos, un parlamentarismo dualista.

El proceso de renovación institucional que implica toda nueva constitución refleja desde entonces una evolución paulatina y constante hacia el restablecimiento de las formas parlamentarias clásicas. Esta evolución, que se extiende a lo largo de diez años, se concreta con la revisión constitucional del 7 de diciembre de 1954.

De ahí que el autor compare este proceso con el sufrido por la III^a República. Sin embargo, mientras en aquella un gobierno de Asamblea es transformado en otro de tipo parlamentario, en éste se pasa de un parlamentarismo dualista a una más preponderancia de la Asamblea.

¿Cuáles son entonces los ramos de derecho sobre los que se opera esta transformación de fondo? El autor señala los:

1) La interpretación jurídica de los

reglamentaria, basada en la costumbre como fuente de crecimiento a lo político:

- 1) Las modificaciones legislativas;
- 2) La revisión directa.

Es importante hacer notar el resurgimiento de las prácticas institucionales características de la IIP República. Por supuesto que estos principios sufren importantes modificaciones, pero tanto el fundamento como el concepto de la evaluación jurídica son similares: la Constitución de 1946 es, fundamentalmente, un trabajo de racionalización de las costumbres no incluidas dentro de la Constitución de 1876.

A partir de 1947, se modifican numerosas leyes, relativas principalmente a la organización de los poderes públicos. Señala sin embargo el autor, que en de la aplicación del artículo 90, que fija el procedimiento a seguir en los casos de revisión constitucional, de donde surgen las modificaciones más importantes.

El 30 de noviembre de 1954, la Asamblea Nacional aprueba un proyecto de revisión propuesto por Paul Comte-Fleurbaey (M. R. P.) que comprendía, entre otros, los siguientes puntos:

- 1) Enumeración de las condiciones necesarias para la declaración del estado de sitio;
- 2) Retorno al régimen de sesiones;
- 3) Atribución al Consejo de la República del derecho de examinar en primera lectura los proyectos de ley;
- 4) Reconocimiento al Consejo de la República de una participación más eficaz en la elaboración de las leyes;
- 5) Modificación de las reglas de investidura;
- 6) Limitación de la inmunidad parlamentaria a la duración de las sesiones;
- 7) Enumeración de las condiciones requeridas para los votos de confianza o de censura;
- 8) Supresión del procedimiento particular de constituir un gobierno interino en los casos de disolución.

Aprobado en la Asamblea por amplia mayoría, el Consejo de la República no sólo aprueba el proyecto por 236 votos contra 17, sino que "considera por demás ineficaz la reforma propuesta", en una declaración que prueba de manera indiscutible la tendencia, ya perfectamente delimitada, hacia las formas

constitucionales señaladas por el autor.

Se preservan entonces innumerable debates, se acuerdan proyectos y contraproyectos destinados a sanjar en lo posible las diferencias partidarias, que se agudizan notablemente ante la problemática situación interna y la no menos difícil situación internacional.

Se plantean principalmente cuatro cuestiones de fondo a resolver:

- 1) Las relaciones entre la Asamblea y el Consejo;
- 2) Las modalidades del sistema de discusión de las leyes;
- 3) El mantenimiento o no del sistema de mayorías absolutas;
- 4) Las limitaciones al principio bicameralista.

El autor analiza exhaustivamente las alternativas de los debates, así como los hechos políticos que van paulatinamente retardando la resolución de los problemas ya citados.

La aprobación del proyecto de revisión, el 7 de diciembre de 1954, implica la consolidación definitiva de un esquema jurídico tal, que puede considerarse como punto de partida de una nueva fase en la continua evolución de las formas políticas: el conjunto mecanismo institucional establecido por la Constitución de 1946 ha sufrido una serie de transformaciones que alteran esencialmente su carácter y sus notas distintivas.

Y estas transformaciones se manifiestan principalmente en lo que respecta a:

- 1) La influencia del jefe del Estado;
- 2) La formación y funcionamiento del gobierno y sus poderes;
- 3) El equilibrio y funcionamiento de las cámaras.

Se amplían considerablemente las atribuciones del presidente: surge, desde ahora, personalidad propia e influencia sobre la política; pero señala el autor a que esto de ninguna manera implica política personal, ya que su negación es una de las notas características del régimen parlamentario.

En cuanto al segundo punto, la Constitución de 1946 exigía que el presidente del Consejo designado por el jefe de Estado fuera, al mismo tiempo, el elegido con mayoría absoluta por la Asamblea. La revisión de 1954 establece, por

al contrario, la designación primaria del presidente del Consejo, quien forma gabinete y expone su programa ante la Asamblea. Ni él ni sus ministros son nombrados hasta que no hayan obtenido el voto de confianza.

Se venía, además, el alcance de las prohibiciones sobre la legislación por decretos.

La Constitución de 1946, reaccionando frente al papel preponderante que ejerció el Senado en el III República, había restringido fundamentalmente los poderes de la segunda Cámara, asignándole su carácter representativo, dándole el nombre de Consejo, y prohibiéndole actuar contra el gobierno bajo ningún aspecto.

El autor estudia en detalle el aumento progresivo de atribuciones conferidas al Consejo desde 1946; el retorno al régimen de sesiones, y la prohibición terminante de constituir un ministerio ad hoc en caso de disolución de la Asamblea, que sanciona la revista del año 1954. Queda así definitivamente configurado el gobierno sobre principios netamente bicamaristas, o como dijera el redactor del proyecto de revista, Paul Coste-Flavert: "El gobierno de Francia se regirá por un bicameralismo completo".

Pero ligadas como están las formas institucionales al devenir político del país, ¿cuál es el futuro de esta nueva estructura jurídica, y qué perspectivas hay acerca de la efectiva consolidación del régimen que la revista de 1954 sanciona?

Tres son las hipótesis posibles —ya que una cuarta, la del retorno a un gobierno de Asamblea por un camino de evolución inerte al ya descrito— acerca de fundamento objetivo. La constitución de 1946 con su reforma puede conducir:

- 1) A la estabilidad;
- 2) A la revista total;
- 3) Al cambio de régimen político.

Fija con precisión el autor las características de la crisis político-histórica por la que pasa el régimen institucional francés, y estudia desde diferentes ángulos las diferentes posibilidades de solución. Considera que la revista total, que implicaría el establecimiento de un gobierno de líneas parlamentarias absolutas, sería el camino preferible, pero la esce-

siva minoridad del artículo 90 sobre revisión constitucional es una poderosa valla a todo intento de modificación.

La posibilidad de un cambio en la estructura política, fundamentándose en un régimen de tipo presidencial como medio para solucionar las continuas crisis de un gobierno débil y precario, chocó también con el artículo 90 y la oposición más o menos sistemática de los partidos políticos.

Cabe entonces como la única lógica —si bien tal característica se da pocas veces en el proceso político— la de una estabilización progresiva y gradual, que conduzca a la efectiva materialización de aquellos ideales que son causa y fin primarios de todo gobierno representativo.

J. T. Rabasa Rojo

Antonio Quintana Ripollés. Libertad Civil y Penal. El Problema en su Tipificación. (Revista Jurídica de Cataluña, N.º 3).

Alude el autor al problema que suele presentarse al encargado de aplicar la ley, con la existencia en el ordenamiento positivo, de mandatos o aparentes costumbres de normas en el orden penal y civil, calificando un mismo acto.

No se propone, en este trabajo, discutir la imprecisión de los límites conceptos de libertad civil y penal, dado que la ubicación en uno u otro orden, le decide el titular del los punidos por razones de política legislativa, sino que esa decisión resulte clara, tarea más que sale del campo de la política legislativa para entrar en el de la técnica jurídica. Es, dice citando al civilista español Alfonso de Castro, la tipicidad lo que distingue al delito civil del penal, lo que supone una delimitación penal propia determinada por razones políticas. Agrega que este solo elemento, estricte y normativo, diferenciando uno y otro ilícito, afirma su identidad sustancial.

El problema se desplaza entonces, como se dijo antes, al solo campo de la técnica, en decir de la aplicación de una u otra norma al caso concreto.

La tipicidad no es un elemento punitivo del Derecho Penal sino propio de todo el Derecho, una técnica de aplicar una imposición decisiva dado que es la realidad del dogma cualquier crimen sino legal.

Importancia que no evidencian en el Derecho Civil, carente en general de tipos creados, sobre todo en materia contractual, donde los propios instrumentos obligacionales fijan los tipos y donde se nota una tendencia histórica hacia la des tipificación alejándose cada vez más del sistema del Derecho Romano clásico, donde las acciones ofrecían un cuadro tan brevemente creado como el del legislato penal moderno.

La cuestión no está resuelta en el derecho positivo español, en el que hay una sola norma, el artículo 66 del Código Penal, para el caso de concurso de leyes, pero esta dentro del mismo Código.

Dice el art.: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción de delito o falta cometida".

Pero no obstante esto, y sin intención de haber devir a la ley lo que ella no dice, creo posible encontrar en la doctrina de este artículo una base interpretativa, en el sentido de dar una jerarquía o ponderación mayor a lo criminal en el ordenamiento legal general.

Y así propore para el caso de doble concurrencia entre una tipificación civil y otra penal, dar preferencia a esta última.

Muchas veces, sobre todo en materia de defraudaciones y delitos, la calificación del acto queda librada al capricho del denunciante o litigante. Es muy común, decir, calificar como estafa el impago del doble precio de trayectos en Ferrocarril, por parte del viajero sin billete. Esta doble precio lo establece el Reglamento de Policía de Ferrocarriles y si no se paga en el momento no hay estafa, tomando el carácter de una especie de sanción civil o administrativa, mas si se difiere, se naturaliza "se trata una estafación en delito de estafa".

Esos dos sistemas como solución: uno sería el de fijar de descripción penal íntegra y otra, resolirse mediante tipicidad en blanco, a la libertad civil, en el sentido de penalizar ésta cuando mediere delito.

R. A. Gallimberti

Novis I. Derecho del trabajo, previsión social y derecho social. (Re-

vista Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Año XVII, Nº 2, agosto de 1937).

Analiza el autor en este artículo las notas distintivas del proceso de evolución sufrida por el derecho del trabajo. Proceso, si, en cuanto esta rama del derecho, precisamente por ser resultado espontáneo del fenómeno social, tiende a una continua readaptación de sus normas como única posibilidad de afrontar eficazmente la continua transformación del problema social.

De ahí el título de este artículo: el autor se propone estudiar brevemente los tres momentos históricos del derecho del trabajo, determinados, cada uno de ellos, por complejos factores que se dan, con mayor o menor claridad, en todo proceso de formación de derecho.

Tres fases: la jurídica, la económica y la social, configuran el esquema cognitivo de las tres etapas correspondientes que jalanan la evolución del derecho laboral.

La fase jurídica surge como reacción posible frente a los principios del "Estado liberal abstencionista y del contrato intangible". Se fijan entonces las normas que han de construir, mediante sucesivas transformaciones, el punto de partida obligado para todo intento de solución a la llamada cuestión social.

Entre ellas, las que establecen el riesgo profesional y el riesgo de autoridad; para solucionar el problema del despido injusto, se recurre a la teoría del abuso del derecho; y el concepto de subordinación jurídica es invocado para justificar la inderogabilidad de las primeras normas sobre contrato de trabajo.

Por último, las leyes que imponen la obligatoriedad del descanso semanal y anual fueron dictadas para cubrir las exigencias de la higiene, cuyo cuidado corresponde al poder de policía. De aquí surge una de las características del derecho del trabajo: la supervivencia, el mantenimiento de las antiguas instituciones, pero ampliadas de tal manera su función y alcance, que abarcan en su totalidad las nuevas relaciones jurídicas creadas.

Pero la aparición del proletariado como nuevo sujeto primario en las relaciones sociales implica la absoluta insuficiencia de las soluciones obtenidas, y no tanto de éstas, como de los medios pautas al alcance del legislador por un derecho netamente individualista.

La segunda fase, económica, demuestra un intento de superación de la etapa anterior: a los problemas de índole jurídica se sustituyen otros, que quieren determinar a priori la gravitación de los salarios sobre los costes de producción. Se trata entonces de conjugar, en fórmulas económicas, que permitan soluciones simples y eficaces, la inmensa gama de problemas sociales contemporáneos.

La etapa social proviene directamente del ensamblaje de estos principios económicos, que son resumidos y completados en una fórmula ambivalente. Se establece la estrecha vinculación existente entre el salario nominal y el salario real: entre el nivel de los salarios y el nivel de los precios. De acuerdo con la nueva política social, se dicta una serie de medidas tendientes a aumentar la productividad, ya que este es considerado como el mejor camino hacia un progresivo aumento del nivel de vida.

Considera el autor las fallas y deficiencias de las viejas normas legales aún en vigencia, y destaca las mejoras que, a su juicio, se imponen para concretar las evidentes injusticias que surgen de la aplicación de la ley de accidentes.

Analiza brevemente el autor las modificaciones, que resultan de la vigencia del derecho social, en las concepciones básicas que estructuran el fenómeno laboral. Entre ellas, cabe señalar:

- 1) El concepto de riesgo ha sido sustituido por el concepto de necesidad: el legislador le interesa desde ahora, no tanto la causa del accidente, como sus efectos.
- 2) El concepto de subordinación jurídica pierde progresivamente su carácter de límite infranqueable para la aplicación del derecho social.
- 3) Los regímenes de provisión atienden su carácter conmutativo acentuando su carácter distributivo: en nuestro país, la medida de beneficios disminuye progresivamente con el mayor nivel de las remuneraciones sobre las cuales se la aportada.
- 4) El derecho sindical, y su institución típica, la convención colectiva, tiende a amparar relaciones extrañas al marco del derecho del trabajo.

La afirmación de estos principios trajo como resultado una íntima fusión de las

instituciones del derecho del trabajo y de la provisión social: hay una paralela absorción, que se realiza paralelamente en ambos campos, de formas y esquemas jurídicos propios; gracias a la cual las soluciones parciales, que caracterizan a los primeros modelos de la producción de derecho, son transformadas y adecuadas al verdadero sentido y a las auténticas exigencias del problema social.

Explica el autor cómo el derecho del trabajo, que se manifiesta con caracteres propios bajo el auge institucional de los principios liberales del siglo pasado, vivió limitada y restringida su influencia efectiva en la estructuración social. Con la intervención más o menos creciente del Estado en el control y manejo de las relaciones laborales, se superan definitivamente estos problemas, y un nuevo derecho social, basado en factores económico-sociales, surge en el panorama contemporáneo. Ese son sus objetivos: tipificar, estructurar en un amplio marco jurídico las diversas corrientes que, hoy, surgen en nuestra sociedad; y fundamentar una estructuración en un concepto de justicia y de "solidaridad necesaria" entre los hombres.

J. T. Rabera Rojas

Leonardo Peirce Castro y Frensdorf.
Acumulación de Acciones. (Revista de Derecho Procesal, segunda época, Madrid 1966, núm. 1, pag. 30.)

El ejercicio simultáneo de una pluralidad de acciones en un mismo proceso plantea problemas que requieren alguna forma de regulación. La urgencia de la normación positiva reclama elaboración doctrinal; ella tiene por objeto elucidar las variadas hipótesis posibles, emitir un juicio de legitimidad y proporcionar las criterios de gobierno procesal idóneos para resolver las cuestiones que puede suscitarse la acumulación de acciones.

Peirce Castro critica la técnica de la ley de enjuiciamiento en cuanto a la ubicación del instituto, circunscribe a las disposiciones sobre competencia territorial, y estudia, en síntesis mediana, sus diversas posibilidades. Considera que en la materia de las acciones acumuladas existe diversidad de procesos, prevenciones de los varios titulares y objetos que la

componen. Examina los requisitos de la acumulación y estudia las que considera sus cuatro clases: a) simple o acumulativa; b) alternativa o adictiva; c) eventual y d) sucesiva. Examina diversos problemas relativos a la admisibilidad de la acumulación y a sus peticiones procesales y propone los principios para su solución.

Fernando M. Mardachewitz

José María Villar y Romero. Problema de la organización procesal y orgánica española (Revista de Derecho Procesal, segunda época, Madrid, año 1936, tomo I, pág. 291).

El anhelo de perfeccionamiento del derecho como instrumento eficaz para el gobierno de las relaciones humanas, propio de toda comunidad civilizada, impulsa al constante esfuerzo para mejorar la organización tribunales y la legislación procesal, cuyo desarrollo debe ser sincrónico con la variación de la realidad económica, política y social que forma el ámbito obligado de los diccionarios que requieren la actuación de la ley. Villar y Romero pone de relieve muchos de los problemas existentes en ambas materias; en particular, condena la proliferación de jurisdicciones especiales y la inadecuada distribución geográfica de los tribunales españoles. Se pronuncia en favor de la reforma de la legislación orgánica y de la unificación procesal y reitera numerosas opiniones que cita en apoyo de su demanda. Considera que las modificaciones deben ser totales y propone algunas de los criterios para realizadas en materia civil y penal.

Fernando M. Mardachewitz

José Guasp. El sistema de una ley procesal civil hispano-americana. (Revista de Derecho Penal, segunda época, Madrid, 1936, número I, pág. 69).

El conocido catedrático de Madrid afirma la existencia de una comunidad por todos los países que heredan el viejo derecho hispánico. Sobre esa base, propone las líneas generales del sistema de una ley procesal civil hispanoamericana en este informe que fue presentado al

primer congreso hispanoamericano y filipino de derecho procesal. El trabajo pretende esclarecer la sustancia metodológica y las líneas generales del pensamiento procesal civil hispanoamericano en cuanto ese pensamiento tiene relevancia para una obra legislativa.

Conocimiento científico y sapiencia vulgar se disputan hoy en muchos sectores de las relaciones cívicas la primacía de su gobierno; en el más restringido campo de la legislación positiva, ambas posiciones significan rigir sistemático o casuístico unagurado. Guasp se inclina por la primera y acepta en la influencia de poderosas corrientes de la opinión científica, como la germana, que aperturan formidables realidades del pensamiento jurídico contemporáneo.

Considera evidente la tesis de que un conocimiento científico es, ante todo y por encima de todo, un conocimiento sistemático, y que la verdadera diferencia que existe entre una mera proposición vulgar y una construcción de mayor alcance es el ámbito de la ciencia, es precisamente la incoherencia con que la primera se aferra y la coordinación que presenta la segunda en la exposición de sus temas, dentro de una preocupación rigurosa de unidad sistemática; por ello pretende lograr una exposición lógicamente unitaria del conjunto de normas que han de formar la ley procesal hispanoamericana, conforme con las conclusiones actuales de la especialización científica.

Propone, en consecuencia, que el sistema de la ley se constituya con cinco partes fundamentales: introducción, parte general, procesos de cognición, procesos de ejecución, y procesos especiales y acepta, con algunas reservas un apéndice dedicado a la jurisdicción voluntaria.

Considera que en la introducción se deben resolver los problemas pre-procesales, es decir, las relaciones de los problemas del proceso civil con la totalidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, deben tener cabida las normas sobre ámbito fundamental de la ley, sobre sus límites en el tiempo y en el espacio, y los principios y reglas elementales para la interpretación de la ley procesal. Se apoya en la abstracción de esas normas por el código civil fundado en la autonomía del derecho procesal civil y en la exigencia de ordenamiento cabarotico de las realidades judiciales. El ámbito distinto

de la costumbre en materia civil y en materia procesal, el distinto cómputo de las unidades de tiempo, la diversa regulación de las unidades de los actos son, a su juicio, ejemplos en la evolución de ambas materias que vedan su identificación.

Una vez más se puede apreciar la influencia de la doctrina germánica en la parte general que propone el profesor Gamp. Reserva para ella la formación de los conceptos generales del derecho procesal civil, es decir, de las figuras comunes a cualquiera de los tipos de proceso que merecen un propio estudio con abstracción de las disciplinas particulares en que empíricamente se realizan.

Estructura dicha parte general con el análisis de los requisitos, del contenido y de los efectos del proceso, y sistematiza sus conclusiones en cinco capítulos: *actos del proceso, objeto del proceso, actos del proceso, nacimiento, desarrollo y terminación del proceso y efectos del proceso*. En dichos rubros propone la regulación de la jurisdicción y competencia, de la actuación del ministerio público y la capacidad, legitimación, representación y patrocinio (postulación) de las partes, su comparecencia y rebeldía y las delicadas cuestiones que plantea la pluralidad de partes; en cuanto al objeto del proceso afirma la necesidad de estudiar el concepto, clases y régimen jurídico de la acción y su sustanciación y valoración además de la oposición procesal, sus clases y régimen jurídico; con relación a la pluralidad de objetos propone legislar las diversas figuras de la acumulación. En la materia de los actos del proceso señala oportuno regular los requisitos (aptitud, voluntad, posibilidad, idoneidad, causa, lugar, tiempo y forma) y los efectos de los actos (eficacia normal y anormal, inasidua e irregularidad), además de la pluralidad de actos. En el capítulo siguiente incluye el estado de la demanda y de las alegaciones, de las pruebas, el embargo y la realización forzosa, además de los demás problemas de ordenación del proceso, y finalmente la sentencia y la extinción del proceso (por renuncia, desistimiento, silencio, convenio o caducidad de la instancia). En torno a los efectos del proceso propone examinar la cosa juzgada formal y material, la ejecutabilidad y los costos, su exención y el beneficio de pobreza.

La segunda parte trata del régimen jurídico de los procesos de cognición, entre los que propone regular el proceso ordinario como modelo o ejemplo común y los procesos sumarios, en los que distingue dos tipos radicalmente diferentes: los procesos sumarios por razones de brevedad y los procesos sumarios por razones de idoneidad; denomina al primero cuantitativo (cuantías que no merecen llevarse al proceso ordinario) y al segundo cualitativo (cuantías que merecen de título debidamente privilegiado), con lo que otorga calificación científica al actual juicio ejecutivo.

Los procesos de ejecución ocupan la tercera parte de la ponencia. El autor llama la atención sobre esta materia, a la que considera escasamente conocida y mal legislada, y propone la ordenación sistemática de la misma; distingue dos tipos fundamentales: la ejecución ordinaria y la ejecución extraordinaria; la primera es la ejecutiva (vía de apremio) en la que el ejecutante obtendrá una suma de dinero, y la segunda comprende dos subtipos que se refieren a aquellos juicios donde el ejecutante persigue la entrega de una cosa distinta del dinero (satisfactiva) y aquellos donde el ejecutante persigue un hacer y un dejar (forzoso a cargo del juez (transformativa)). Finalmente, se refiere a los procesos de ejecución general en los que trata los procesos concursales, civiles o comerciales.

La última parte estudia diversas procesos especiales. Comprende entre ellos a los procesos por estado de las personas, el proceso manicomio, el proceso tutelar, los procesos de impugnación por repetición de partes, del rebeldía o de tercera, la apelación y la revisión.

Aunque el apéndice se refiere a la jurisdicción voluntaria la ponencia considera que ella no debe ser incorporada al sistema de la ley. Sin embargo, propone algunos criterios para su regulación en el supuesto de que se admita su incorporación.

El trabajo termina con la transcripción de las conclusiones aprobadas en el congreso, que, en gran parte, aceptan las proposiciones del autor.

Fernando M. Marchesotti.



Este volumen se terminó de imprimir
el día 25 de Noviembre de 1927 en los
Establecimientos Gráficos R.G.L.H.,
Calle 2585 - Buenos Aires

**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**

•

•

Precio del ejemplar \$ 15.—