

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

FERNÁNDEZ GUERRICO, MARCELO A.: *El poder. Un fenómeno social penetrable.*

FLORES, CARLOS A.: *La tradición nacionalista. El recorrido histórico de una ideología y el conflicto de legitimidades en la Argentina contemporánea.*

GRU, ENRIQUE: *Teoría general de sistemas y derecho. Apuntes para una visión sistemática del derecho.*

PORTELA, JOSÉ G.: *Las características de las normas jurídicas en el pensamiento clásico.*

ZAGO, JOSÉ A.: *Contrato de prestación médica.*

ENSAYOS

GARCÍA RUBIO, MARILANO: *La desobediencia civil: su tratamiento en "Rovato" y el trialismo jurídico.*

LEURETA Y SEA, MARÍA J.: *Alrededor de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal de delitos.*

LOPEZ DEL CARRIL, GONZALO: *Consideraciones acerca de los contratos telemáticos.*

NÓBES, JAVIER F.: *Acción de simulación (viabilidad de su interposición conjunta con la acción de colación).*



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
Doctor Eduardo A. Pigretti
Vicedecano
Doctor Jaime L. Anaya

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director
Doctor Carlos E. Colautti
Subdirector
Doctor Anibal A. Braga Menéndez
Secretario
Abog. Manuel E. Adrogé (h.)
Consejo Asesor
Prof. Héctor Alegria
Prof. Julio C. Cueto Rúa
Prof. Marcelo U. Salerno
Prof. Marcelo A. Sancinetti
Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1992-1993)
Directora: María José Izurieta y Seo
Secretario de Redacción: Javier F. Núñez
Redactores: Marcelo Slonimsky
Diego E. Parise
Colaboradores: Carina Salerno
Paola Bergallo

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

1993 - 58



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1993

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263 - CP-1426

Buenos Aires - Argentina

~

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISSN: 0024-0019

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

EDITORIAL

Nosotros, los alumnos de esta Facultad, solemos, generalmente, transitar por ella en una forma "automatizada": cursar materias, recurrar, rendir exámenes bajo pautas mínimas... Sumidos en nuestros propios problemas, olvidamos a veces, la manifiesta importancia de participar en el ámbito académico de nuestra Universidad persiguiendo el anhelo de crecer en ella y, fundamentalmente, hacerla crecer.

No olvidemos que, dada nuestra condición de universitarios tenemos una obligación moral para con la sociedad, ya que debemos "contribuir al bienestar general" (Constitución nacional de 1853/1860, Preámbulo), como su brazo intelectual, de ahí la imperiosa necesidad de instruirse con el nivel de excelencia que la comunidad requiere.

Por desidia, por apatía o por cruzarse con "muros" insalvables, los estudiantes nos hemos sumido en un cómodo letargo. Por ello, "Lecciones y Ensayos", hoy, quisiere arduosamente marcar a fuego en la mente de cada uno los fines para los que fue creada: servir de comunicación entre profesores y alumnos y entre estos últimos entre sí, constituirse como "tribuna desde la cual el estudiantado pudiera adiestrarse en el saber jurídico, donde formarse con el consejo y ejemplo de sus profesores..." (de "Lecciones y Ensayos", n° 1).

Por ello, una vez más, invitamos a todo aquel que quiera integrar nuestras filas sabiendo que se compromete a trabajar, y a aplicarse con seriedad y constancia al estudio, "quemando" las neuronas, pero a la vez gozando la juventud que poseemos y sobre todo, teniendo presente que un diploma no es lo fundamental.

Toda esta tarea comenzó por la fe que un profesor -hace cuatro décadas- depositó en la juventud universitaria argentina creando nuestra querida revista: por esto, por el respeto y por la gratitud que le debemos es imposible fallarle...

INDICE

Editorial	1
-----------------	---

LECCIONES

Fernández Guerrico, Marcelo A., <i>El poder. Un fenómeno social penetrable</i>	13
Floria, Carlos A., <i>La tradición nacionalista. El recorrido histórico de una ideología y el conflicto de legitimidades en la Argentina contemporánea</i>	29
Grun, Ernesto, <i>Teoría general de sistemas y derecho. Apuntes para una visión sistémica del derecho</i> ..	57
Portela, Jorge G., <i>Las características de las normas jurídicas en el pensamiento clásico</i>	75
Zago, Jorge A., <i>Contrato de prestación médica</i>	87

ENSAYOS

García Rubio, Mariano, <i>La desobediencia civil: su tratamiento en "Raula" y el trialismo jurídico</i>	109
Izurieta y Sea, María José, <i>Alrededor de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal de delitos</i>	121
López del Carril, Gonzalo, <i>Consideraciones acerca de los contratos telemáticos</i>	137
Núñez, Javier Fernando, <i>Acción de simulación (viabilidad de su interposición conjunta con la acción de colación)</i>	159

UNIVERSITARIAS

191

SUMARIO DE NÚMEROS ANTERIORES

193

..

LECCIONES

EL PODER

Un fenómeno social penetrable

MARCELO A. FERNÁNDEZ GUERRICO *

1. Introducción

"Ríase de mí los arrogantes, y que aún no han sido postrados y abatidos saludablemente por tí, Dios mío; mas yo, por el contrario, confieso delante de tí mis torpezas en alabanza tuya. Permíteme, te suplico, y concédeme recorrer al presente con la memoria los pasados rodeos de mi error y que yo te sacrifique una hostia de jubilación.

Porque ¿qué soy yo sin tí, sino un gusano que lleva al precipicio? ¿O qué soy yo cuando me va bien, sino un niño que mama tu leche o que paladea el alimento incorruptible que eres tú? ¿Y qué hombre hay, cualquiera que sea, que se les pueda echar de tal siendo hombre?

Ríase de nosotros los fuertes y poderosos, que nosotros débiles y pobres, confesaremos tu santo nombre".

San Agustín, Las confesiones

De las cotidianas referencias acerca del poder, el párrafo transcrito, si bien impresiona por su belleza y calidez, no es sino un ejemplo.

Pocos términos suscitan reacciones tan opuestas, poseyendo la capacidad de seducción del vocablo "poder".

Pocos, con significado tan ambiguo. Así, Justo López enseña que "poder puede designar una aptitud para hacer algo, o un titular de dicha aptitud, puede indicar una posición, o constituir una relación".

* Profesor asociado a la cátedra de Derecho Aplicado al Comercio Exterior en la "Fundación de Altos Estudios en Ciencias Comerciales".

El trabajo presentado es una síntesis del cap. I, del Proyecto de Tesis Doctoral a ser presentado ante el Departamento de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Al referirse a la necesidad de precisar la significación de las palabras, Hobbes expresaba que "si advertimos, pues, que la verdad consiste en la correcta ordenación de los nombres en nuestras afirmaciones, un hombre que busca la verdad precisa, tiene la necesidad de recordar lo que significa cada uno de los nombres usados por él, y colocarlos adecuadamente; de lo contrario se encontrará el mismo envuelto en palabras, como un pájaro en el lazo... Por esto en la geometría (única ciencia que Dios se complicó en comunicar al género humano) comienzan los hombres por establecer el significado de sus palabras; esta fijación de significados se denomina *definición*, y se coloca en el comienzo de todas sus investigaciones".

Nuestro contacto con la problemática del poder es continuo; sin embargo, frente a ello, se presenta como exigua la necesidad de reflexionar sobre su significado esencial.

Galbraith atribuye este fenómeno a una percepción común de la misma, peligrosamente elemental: "Alguien o algún grupo está imponiendo su voluntad y su designio a otros. Cuanto mayor es la capacidad para imponer esa voluntad y lograr el designio pretendido, mayor es el poder".

Coincido con el economista norteamericano, en que definiciones como la del sociólogo alemán Max Weber (definía al poder como "la posibilidad de imponer la propia voluntad al comportamiento de otras personas") poco ayudan, por su superficialidad, a superar esta idea generalizada.

No se puede desconocer que estamos frente a un tema que conlleva gran dosis de subjetividad y resonancias efectivas. "La reacción al poder es también, en importante medida, un legado de su pasado. Es la historia la que le ha dado al poder su escalofriante reputación".

Se plantea, entonces, un interrogante que apasiona: ¿es que acaso todos los individuos que refieren cotidianamente al poder, conocen acabadamente qué es? Me permito un prudente escepticismo al respecto.

Pero, incluso, podríanme oponer una postura más esceptica aún, que respondiera negativamente al siguiente cuestionamiento: ¿Es el poder un fenómeno penetrable?

Enrolado en esta última posición, Greco señala que, "la caracterización de la gubernamentalidad (noción acuñada por Foucault)... insinúa perspectivas fructuosas para desnudar, siquiera sea en sus líneas principales las claves de ese fenómeno impenetrable que es el poder, difícilmente sintetizable, obviamente, en superficiales aforismos. Exiguo

socorro prestan aquí, por lo demás, las contribuciones teóricas, aun las sinceras, pues, como incisivamente observa Alejandro Nieto, quienes verdaderamente han llegado a comprender el poder, ni escriben libros ni divulgan altruistamente sus misterios".

Sin dejar de preguntarme cómo han llegado algunos a comprender verdaderamente el poder, siendo el mismo, para Greco, un fenómeno impenetrable, y dejando expresa constancia de la admiración que abrigo por la talla intelectual de mi ex profesor; he adelantado, desde el título del trabajo, mi posición contraria.

Reconozco, sin embargo, especiales características del poder que pueden mover a error:

a) Marie Claude Taranger señalaba que "el poder generalmente se encuentra negativamente connotado. Ello porque quienes lo sufren, lo evocan para denunciarlo, y porque quienes lo ejercen o lo han ejercido, rara vez lo evocan, y en general sólo lo hacen bajo forma de negación: las relaciones mando-obediencia no son presentadas como relaciones de poder sino como un reparto de responsabilidades, beneficioso para todos y que, por ello, debe ser libremente consentido; ello surge una y otra vez para sancionar la negación del poder como tal".

b) Los comentarios al "poder", generalmente, excluyen parte de sus características sustanciales, a las que Foucault denominara como los "componentes del poder", y Galbraith como las "constantes subyacentes"; y, por ello, "ocultan de ordinario, más de lo que revelan".

"Mas el tema del poder no es ambiguo, ni imposible de penetrar. Nadie debe aventurarse en él con la impresión de que es un misterio que sólo los privilegiados pueden penetrar. Hay una clase de ciencia que trata, no tanto de ampliar el conocimiento, cuanto de excluir al ignorante. No se debe ceder ante ella y ciertamente menos en un tema de implicancia práctica tan importante como éste".

La finalidad, entonces, del presente artículo, residirá en desarrollar un concepto de "poder" que permita introducirnos en sus complejos componentes.

Cooperaría bastante con ello, que el lector comenzara por desinhibirse, por deshacerse de preconceptos. "Del ejercicio del poder puede derivar sufrimiento, indignidad e infelicidad. Puede haber también sufrimiento, indignidad e infelicidad en la ausencia de su ejercicio... El poder... es socialmente esencial".

2. MÉTODO UTILIZADO: ANÁLISIS GENEALÓGICO

"Un hombre puede dedicar su tiempo a todas las ocupaciones excepto a la censura (todos los críticos nacen hechos)... No temen mentir: pasará por un golpe más agudo; no se abstienen de la blasfemia: pasará por algo ingenioso; no les importan los sentimientos (aguantará su propia burla).

Y donde se levanta un crítico, hasta las caricias son odiadas".

Lord George Gordon Byron

Penetrar en los "componentes", o "constantes subyacentes" del poder, es una tarea difícil que merece un método. Entiéndase por tal, el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad.

En mi opinión, Nietzsche ha desarrollado el método más eficiente, para ser utilizado en el estudio del poder.

En efecto, en su obra *La genealogía de la moral*, expone su idea del "análisis genealógico".

Define Foucault la genealogía, como la "búsqueda de la *Herkunft* y de la *Entstehung*" de los fenómenos sociales.

Herkunft y *Entstehung*, son términos que se traducen comúnmente por "origen", pero no es tal su sentido preciso.

"*Herkunft* es la fuente, la procedencia, la vieja pertenencia a determinado grupo. Sin embargo, no se trata de encontrar en un individuo... los caracteres genéricos que permiten asimilarlo a otros; sino percibir todas sus marcas sutiles, singulares... Lejos de ser una categoría de la semejanza, un tal origen permite desembrollar para ponerlas aparte, todas las marcas diferentes... Esta herencia o *Herkunft* no es en absoluto un saber que se acumula y se solidifica; es más bien un conjunto de pliegues, de fisuras que lo hacen inestable... Así la búsqueda de la procedencia no funda; al contrario: remueve aquello que se percibía inmóvil, fragmenta lo que se pensaba unido; muestra la heterogeneidad de aquello que se imaginaba conforme a sí mismo.

Entstehung designa más bien la emergencia como punto de surgimiento. Hostiga y subvierte el poder allí donde éste se ejerce. La emergencia se producirá así siempre en un determinado estado de fuerzas. El análisis... debe mostrar el juego, la manera cómo luchan unas contra otras... La emergencia es pues, la entrada en escena de las fuerzas;

es su imposición. Es también la escena en la que distribuyen los unos frente a los otros, los unos por encima de los otros... Que los hombres dominen a los hombres, es así como nace la diferenciación de los valores... es así como nace la idea de la libertad".

De este modo la genealogía enfrenta, al "respecto a las viejas continuidades", la "disociación sistemática". Introduce, pues, la "discontinuidad" en nuestro ser.

"El saber no ha sido hecho para comprender, ha sido hecho para hacer tajos".

"Conozco mi suerte. Alguna vez me unido mi nombre al recuerdo de algo gigantesco, de una crisis como jamás la había habido en la Tierra, de la más profunda colisión de conciencia, de una decisión tomada, mediante un conjuro, contra todo lo que hasta ese momento se había creído, exigido, santificado. Yo no soy un hombre, soy diosmita".

FRANZOS NIETZSCHE, *Ecce Homo*

La idea matriz del análisis genealógico, no debe comprenderse como una pura destrucción de valores o fenómenos; sino como un examen crítico de la verdad o falsedad de determinada proposición, desenmascarando ilusiones y autoengaños. Se trata de ser un "maestro de la sospecha".

Implica así, como señalaba Foucault, el "sacrificio del sujeto de conocimiento". La crítica del pasado por la verdad que hoy posee el hombre destroza al mismo, "por la injusticia propia de la voluntad de saber, que parodia la veneración de los monumentos".

El objeto del análisis genealógico será, pues, interrogar por la esencia exacta de la cosa, su forma móvil y anterior a aquello que es externo, accidental y sucesivo; será pues: un particular método en búsqueda de la verdad.

Deleuze definió la genealogía como "valor del origen y origen de los valores. Se opone al carácter absoluto de los valores y a su carácter utilitario. La genealogía significa el elemento diferencial de los valores del cual deriva su valor mismo. La genealogía quiere decir, pues, origen y nacimiento, pero también diferencia o distancia en el origen".

Más como expresara Nietzsche "para practicar de ese modo la historia se necesita una cosa, hoy día olvidada, una cosa para la cual se ha de ser casi vaca y, en todo caso, no hombre moderno: el rumiar".

3. EL PODER COMO FENÓMENO SOCIAL OMNIPRESENTE. LA LITERATURA COMO INSTRUMENTO LIBERADOR

"Veo la guerra bajo los mismos colores que mi infancia. Confundo el tiempo de la guerra con el reinado de mi hermano mayor. Se debe sin duda al hecho de que fue durante la guerra cuando murió mi hermano pequeño: el corazón cedió, abandonó... Veo la guerra como era, propagarse por todas partes, penetrar por todas partes, rebar, encarcelar, estar en todas partes, unida a todo, mezclada, presente en el cuerpo, en el pensamiento, en la vigilia, en el sueño, siempre, presa de la pasión embriagadora de ocupar el territorio adorable del cuerpo del niño, el cuerpo de los menos fuertes, de los pueblos vencidos, porque el mal está ahí, a las puertas, contra la piel".

MARCOVITE DURAS, *El amante*

Explica Foucault que "la condición de posibilidad del poder", entendida como la idea que hace factible comprender su ejercicio, no reside en la existencia de un punto central, o "foco de soberanía", del cual irradiarían formas derivadas o descendientes del mismo; sino que los distintos estados de poder son inducidos por "los pedestales móviles de las relaciones de fuerza" que producen desigualdades.

Extrae de ello, su teoría de la omnipresencia del poder, "no porque tenga el privilegio de reagruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque se está produciendo a cada instante, en todos los puntos, o más bien en toda relación de un punto con otro. El poder está en todas partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes".

Observa Marie Taranger agudamente, que el poder no existe, más que en y por el discurso que lo constituye como tal. Esta premisa, sin embargo, debe precisarse.

Es un dato de la realidad, la relación mando-obediencia. Esta es una resultante del reparto del poder. No obstante, el mismo, general y extrañamente, está ausente en las descripciones de aquella relación; "parece que hay desigualdad, como existe la lluvia; sin que los relatos evoquen en absoluto los fenómenos de poder que supone el orden del mundo que describen. Así, pues, cuando se hable de poder o, más precisamente, cuando se evoquen sus manifestaciones o su distribución, se tratará de una opción en la presentación de los hechos, de una interpretación.

El poder no es un dato de las situaciones narradas, sino un producto del relato que lo expone".

Lo expuesto nos introduce en la problemática de la localización del poder. La pregunta a formular sería la siguiente: ¿es posible concebir el poder, sin una relación interhumana sobre la cual se aplique?

"No eran así los Caballeros del Temple... con la hermosa cruz roja en el cálido manto, caracoleando a la sombra de su bandera blanca y negra... entregados, con prodigioso fervor, a su feñtin de muerte y valentía... Leones en la guerra, dulces corderillos en la paz, rudos en la lid, devotos en la plegaria... Patrióticos campeones de la fe, último ejemplo de una caballería en decadencia... Ya hacia ciento cincuenta años que existían los Templarios, y las cruzadas se habían ido sucediendo hasta agotar todo ideal... Hasta que en 1344 se produce la última y definitiva caída de Jerusalén, la guerra... está perdida... pobres Templarios, ¿para que ha servido vuestra epopeya?

Ternura, melancolía, palides de una gloria senescente, ¿por qué no prestar oídos a las doctrinas secretas de los últimos musulmanes, a la acumulación hierática de tesoros escondidos? ¿Quién fue sea el origen de la leyenda de los caballeros del temple, que aún obsesiona a las mentes desilusionadas y anhelantes, el relato de un poder sin límites que ya no sabe dónde actuar".

Uscarré Esp. El péñdulo de Foucault

Señalé que el poder era socialmente esencial. No hay sociedad sin poder, ya que éste guarda directa conexión con el nacimiento de lo social. Es más, "la relación de poder es un aspecto potencialmente emergente de toda relación social". Por ello afirmaba Arrillaga Aldama que justamente "el núcleo social es el reducto último del poder, contra el cual chocan los intentos de reactualizar el mito fundamental de suprimir las relaciones mando-obediencia, y con ello suprimir las desigualdades, pues el poder nace y se instala en el recodo más profundo de la psique humana, en su subsuelo más fértil, la inseguridad radical, ontogénica, sobre la que material y espiritualmente se levanta lo humano".

Señala Roland Barthes que relaciones de poder impregnan los mecanismos más sutiles del intercambio social, que incluyen, por ejemplo, a la opinión, la información, las relaciones familiares, etcétera. Y refiriéndose a la necesidad social, y a la omnipresencia del poder expresa: "Haced una revolución para destruir el poder y éste renacerá en el seno del nuevo estado de cosas".

Pero, sin duda, lo original de su teoría radica en advertir que el objeto sobre el cual se inscribe el poder es el lenguaje.

"No es la facultad de hablar lo que establece el poder; es la facultad de hablar en la medida en que se rigidiza en un

orden, en un sistema de reglas: la lengua. Ella... me obliga a enunciar una acción poniéndome como sujeto, de manera que a partir de ese momento todo lo que haga será consecuencia de lo que soy; la lengua... me impone comprometerme con el otro... A causa de su misma estructura, la lengua implica una relación fatal de alienación. Hablar es someterse".

La lengua nos liga forzosamente con estructuras prefabricadas, por ejemplo, las palabras; y nos impide liberarnos de ella, desde que "nada hay exterior a la lengua". Umberto Eco retoma la advertencia de Barthes, y brinda una solución propia: ¿Cómo huir del sometimiento en el cual nos coloca el lenguaje y su sistema?

"Haciendo trampas. Con la lengua se puede hacer trampas. Este juego deshonesto, saludable y liberador se llama literatura.

De ahí el esbozo de una teoría de la literatura como escritura, juego de y con las palabras. Categoría que no abarca sólo las prácticas literarias, sino que también puede encontrarse operante en el texto de un científico o de un historiador. Pero... el modelo de esa actividad liberadora es siempre, en suma, el de las actividades llamadas 'creativas' o 'creadoras'. La literatura pone en escena el lenguaje, trabaja con sus intersticios, no se mide con los enunciados ya hechos, sino con el juego mismo del sujeto que enuncia, descubre la sal de las palabras. La literatura sabe muy bien que puede ser recuperada por la fuerza de la lengua, pero, justamente por esto, está pronta a abjurar, dice y reniega de lo que ha dicho, se obstina y se aleja con volubilidad, no destruye los signos, los hace jugar, y juega con ellos...".

4. HACIA UN CONCEPTO DE PODER QUE INCLUYA SUS CONSTANTES SUBYACENTES

"Existir o no existir, ésta es la cuestión. ¿Cuál es más digna acción del ánimo: sufrir los tiros penetrantes de la fortuna injusta, u oponer los brazos a este torrente de calamidades, y darles fin con atrevida resistencia?"

Morir es dormir... y tal vez soñar. Sí, y ved aquí el grande obstáculo; porque el considerar qué sueños podrán ocurrir en el sepulcro, cuando hayamos abandonado este despojo mortal, es razón harto poderosa para detenernos... ¿Quién, si esto no fuese, aguantaría la lentitud de los tribunales... las tropelías que recibe pacífico el mérito de los hombres más dignos, las angustias de un mal pagado amor... la violencia

de los tiranos, el desprecio de los soberbios, cuando el que esto sufre pudiera procurar su quietud con un puñal?"

WILLIAM SHAKESPEARE, *Hamlet*

El monólogo de un abatido príncipe dinamarqués, nos introduce en el complejo y fascinante tema de la imposición de una voluntad sobre otra. "¿Qué fuerza induce a una o más personas, sometidas al ejercicio de un poder, a abandonar sus propias preferencias y aceptar la de otros? Esto debería saberse en cualquier referencia significativa al mismo". En definitiva, ¿qué debe entenderse por poder? ¿Cómo se integra su concepto? ¿Cuáles son sus caracteres esenciales?

Quien se interna en el estudio de este fenómeno, afronta el primer problema al descubrir las dificultades que presenta para su conceptualización.

En efecto, referí en la introducción a la ambigüedad de dicho término. Deseo ahora referirme a su falta de neutralidad.

"Poder" es una palabra que suscita reacciones encarnizadamente encontradas. Así, un hombre puede ser tenido por eficiente conductor de masas, por benefactor o salvador de determinado pueblo, o por tirano; conforme escuchemos la versión de opresores u oprimidos.

Las "resonancias afectivas e intelectuales" que aparece el vocablo, le son propias o añadidas por subjetividades a las cuales arrastra un tema de tamaño implicancia.

Dei llega a señalar que son "un ejercicio de poder aparecería como un afecto... Incitar, suscitar, producir, etc., constituyen afectos activos, y ser incitado, ser suscitado, ser obligado a producir, constituyen afectos reactivos. Éstos no son simplemente la consecuencia o el reverso pasivo de aquéllos, sino más bien su irreductible opuesto".

Adelanto que no entiendo por poder un conjunto de instituciones u órganos. En todo caso, como señalaré más adelante, éstas se integran a las relaciones de fuerzas que constituyen el poder, al actualizarlas, modificarlas, y por ende redistribuirías.

Tampoco es poder la violencia, ni, por oposición a ella, le regla como forma. El poder no se estratifica.

Luego de estas advertencias, señalo que coincido, aunque parcialmente, con Marie Taranger, en la existencia de ciertas reglas que, sólo si son respetadas, autorizan a evocar el poder.

La primera, es la necesidad de encarnar el mismo en una persona física o ideal, en la que se reconozca el fenómeno y, la segunda, es la necesidad de distancia entre quien enuncia el poder y los efectos que éste produce. Sólo la distancia garantiza objetividad en el relato. El análisis genealógico se constituye en herramienta eficaz a este respecto.

Poder es relación. Según Loizaga "los individuos no viven en la sociedad como seres aislados con límites bien definidos, existen como individuos interrelacionados en una red de relaciones de poder y dominio. En este sentido, el poder reside en la zona de contacto entre los individuos, en límites ambiguos... Ese espacio como lugar no es real, sino virtual, puesto que cuanto espacio, se trata de un espacio simbólico".

El poder es un fenómeno social que supone relaciones de ese carácter. "Entre esas relaciones se destaca la de dominación, un tipo de vínculo que se denomina dominio-sumisión, o dominante-dominado cuando se quiere indicar expresamente la dinámica, esto es, la correspondencia dialéctica entre sujetos actores, individuales o grupales".

Por "poder" debe entenderse, ante todo, una multiplicidad de relaciones de fuerza, immanentes a lo social. No hay poder sin sociedad, comprendiendo por tal un conjunto o agrupación de individuos recíprocamente encadenados. No hay, igualmente, sociedad sin poder.

No existen relaciones de fuerza que no sean relación de poder. De allí se deriva: "En primer lugar, que el poder no es una forma. En segundo lugar, eso quiere decir que la fuerza nunca está en singular, que su característica fundamental es estar en relación con otras fuerzas, de suerte que toda fuerza ya es relación, es decir poder: la fuerza no tiene otro objeto ni sujeto que la fuerza".

Las categorías de poder implicarían, entonces, un catálogo de variables referidas a acciones sobre la acción, necesariamente abierto. Incitar, inducir, ampliar y limitar, serían ejemplos de dichas variables.

"El poder de ser afectado es como una materia de la fuerza, y el poder de afectar es como una función de la fuerza. Ahora bien, se trata de una pura función, considerada independientemente de las formas concretas en las que se encarna, de los fines que sirve, y de los medios que emplea. Y se trata de una pura materia, no formada, considerada independientemente de las sustancias formadas, de los seres u objetos cualificados de los que forma parte.

Las categorías de poder son, pues, las determinaciones propias de las acciones consideradas como cualesquiera y de cualesquiera soportes”.

El poder no implica, necesariamente, violencia. Por tanto, ésta no integra las llamadas constantes subyacentes de aquí. Expresa Deleuze que “la violencia es algo concomitante o consecuente a la fuerza, no algo constituyente de la misma. Foucault (siguiendo a Nietzsche) consideraba que la relación de fuerza excedía singularmente la violencia, y no podía definirse por ella. Pues la violencia tiene por objeto, cuerpos o seres determinados a los que destruye o cambia de forma, mientras que el único objeto de la fuerza son otras fuerzas, y su mismo ser la relación”.

Por lo expuesto, poder tampoco es esencialmente represión.

Los componentes del poder comprenden: “la multiplicidad de las relaciones de fuerza immanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incessantes las transforman, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o al contrario las contradicciones que aíslan las unas de las otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas”.

De su idea del poder como fenómeno social omnipresente, Foucault concluye que el mismo no deriva de un “primer punto central”, o “foco único de soberanía”. Los estados de poder son inducidos por los “pedestales móviles de las relaciones de fuerza”. Así, el poder acabará representando una situación estratégica en la sociedad.

Al efecto, Deleuze señala que “el poder moviliza materias y funciones no estratificadas, utiliza una segmentaridad muy flexible. No pasa por formas, sino por puntos singulares que siempre indican la aplicación de una fuerza, la acción o la reacción de la fuerza con relación a otras, es decir, un efecto como estado de poder siempre local e inestable. Estas relaciones de poder... van de un punto a otro en un campo de fuerzas, señalando inflexiones, retrocesos, inversiones, giros, cambios de dirección... Por eso no son localizables en tal y tal instancias. Como ejercicio de lo no estratificado, constituyen una estrategia...”.

Las características de un poder así concebido, implican consentir que el mismo se ejerce, más que se posee, a partir de innumerables puntos, y en el juego de relaciones móviles

no igualitarias. Que pasa por los dominados más que por los dominantes. Que no es un privilegio eternamente adquirido por determinado grupo, sino la consecuencia de su posición estratégica. Que no es macizo, ni unidireccional. Y que, relaciones de otro tipo, como las económicas, políticas, e incluso familiares, no le son externas sino immanentes, a las relaciones de poder.

Dos son los "niveles de acceso al poder". Dei los denomina: a) el poder en su consideración nuclear, y b) el poder en su manifestación.

a) Con esta denominación queremos aludir a lo que con propiedad sería un examen de la naturaleza del fenómeno, a sus fundamentos (este tipo de interrogante, es de carácter filosófico).

b) Este nivel de análisis se ocupa de los procesos, estructuras y sistemas en que el poder se expresa.

Nos sumergimos aquí, en la relación poder-conocimiento. Para Foucault las relaciones de poder no serían conocidas, por ser determinaciones puramente prácticas. Serían, en definitiva "relaciones móviles y no localizables". Entonces ¿cómo se penetra en la esencia del poder? El saber, el conocimiento, reproducen estas relaciones, las integran y estabilizan.

Esos "factores de integración", o estabilizadores, se constituyen en instituciones. Éstas, "son prácticas, mecanismos operatorios que no explican el poder, puesto que presuponen las relaciones y se contentan con fijarlas; su función es reproductora, no productora". Por ejemplo, el Estado, lejos de ser el origen de las relaciones de poder, las supone.

¿Debe integrar la resistencia el concepto del poder?

—Uno activo, otro sin ley.
Así dos hablando están:
—Yo soy Alejandro el rey
—Y yo Diógenes el can.
—Vengo a hacerte más honrada
Tu vida de caracol.
¿Que quieres de mí? —Yo, nada;
Que no me quites el sol.
—Mi poder...
—Es asombroso,
Pero a mí nada me asombra.
—Yo puedo hacerte dichoso
—Lo sé, no haciéndome sombrero.
...—Mi poder a cuantos gimen,
va con gloria a socorrer.

—¿La gloria! capa del crimen;
 Crimen sin capa ¡el poder!
 —Toda la tierra iracunda
 Tengo postrada ante mí.
 —¿Y eres el dueño del mundo,
 No siendo dueño de tí?.

RAMÓN DE CAMPOAMOR, *Los dos grandes*

La resistencia integra el fenómeno del poder, que crea su propia oposición, y limita su efectividad. Resistencia que busca el equilibrio, pero no lo presupone necesariamente. Por ello Dei habla de "asimetría", desde que uno de los actores dobla al otro término de la relación social, que es incapaz de revertir la situación, "sin otra síntesis que la consecución completa o parcial de la voluntad del actor más fuerte".

Sin embargo, paradójicamente esa asimetría, se plasma en una relación simétrica, desde que, generalmente, se opone al poder original, otro poder basado en iguales instrumentos y fuentes. A una fuerte personalidad se le enfrenta otra, lo mismo ocurre con la organización. Una magnífica excepción a la regla la impuso Gandhi.

La secuencia poder-resistencia compone lo que se ha denominado "dinámica del poder", cuyo resultado, en definitiva proyectará la extensión y eficacia del ejercicio del poder original.

Finalmente, la resistencia será directa o indirecta. Directamente busca las fuentes que le permitan acceder a los instrumentos del poder que le sirvan a sus fines. Indirectamente, solicitará la respuesta de otro punto de resistencia de mejor posición estratégica.

También consiste el poder, en los impulsos liberadores que intenten contestarlo.

¿Debe integrar la idea de lo posible, el concepto del poder?

Helicón: Sí, tu ausencia duró largo tiempo.

Calígula: Era difícil de encontrar.

Helicón: ¿Qué cosa?..

Calígula: (con naturalidad) La luna.. Sí, quería la luna.

Helicón: ¡Ah! ¿para qué?

Calígula: Bueno... Es una de las cosas que no tengo..

Pienso que estoy loco.

Helicón: Bien sabes que nunca pienso.

Calígula: Sí, ¡en fin! Pero no estoy loco y sin más, nunca he sido tan razonable. Simplemente sentí en mí, de pronto una necesidad de imposible. Las cosas tal como son no me parecen satisfactorias..

Calígula: ¡Justamente! Se trata de lo que no es posible, o más bien, de hacer posible lo que no lo es.

Escipión: Pero ese juego no tiene límites. Es la diversión de un loco.

Calígula: No, Escipión, es la virtud de un Emperador. ¡Ah, hijos míos!, acabo de comprender por fin la utilidad del poder. Da oportunidades a lo imposible. Hoy, y en los tiempos venideros, mi libertad no tendrá fronteras".

ALBERT CAMUS, *Calígula*

El poder no puede cambiar el orden de las cosas. Lo posible, necesariamente forma parte integrante del concepto de este fenómeno social.

¿Debe integrar la libertad el concepto del poder? "Cada hombre tiene un problema de poder, en la medida que debe realizar su identidad,... en una circunstancia histórica determinada.

El corolario de esa afirmación es que no podemos eludir ser de algún modo en el mundo. La política de poder de cada hombre, está, pues, relacionada íntimamente con el ejercicio de nuestra libertad de ser... Estamos aquí entre los límites del primer y segundo niveles de acceso al fenómeno del poder.

...La fortaleza o la debilidad e inclusive, la influencia, están estrechamente unidas a los modos como visualizamos nuestras posibilidades de ser.

El vínculo que permite inteligir lo que efectivamente se debate en toda ecuación de poder es la libertad, a la que entenderemos en el contexto de esta exposición como posibilidad de ser alguien, o sea la consecución de un espacio de identidad".

No hay, pues, libertad sin poder.

Partimos de la definición de "poder" de Max Weber. Entiendo que hemos buceado más profundamente en las aguas de este mar de complejidades ocultas tras dicho término.

No hemos agotado el tema. Nadie lo hará. Tal vez, alguien adquiera, al reflexionar sobre lo expuesto, una idea un poco más acabada de todo cuanto subyace a nuestras cotidianas referencias al poder. De ser así, el esfuerzo bien ha valido la pena.

BIBLIOGRAFÍA

Arrillaga Aldama, Luis, *El poder. Recurrencias sobre un complejo sujeto*. Madrid, "Revista de Estudios Políticos", n.º 45.

- Byron, George G. *Biografía*, Barcelona, Salvat.
- Camus, Albert, *Teatro*, Bs. As., Losada, 1948.
- De Camposamor, Ramón, *Dolores y poemas* (extracto citado por López Zurri en "Manual de Historia para Derecho Político"), Paris, Garnier, 1899.
- Dei, Daniel, *Poder y poder nacional*, en "Revista de la Escuela Superior de Guerra", n° 489, Bs. As., 1988.
- Deleuze, Gilles, *Foucault*, Bs. As., Paidós, 1987.
- Duras, Marguerite, *El veneno*, Bs. As., 1982.
- Eco, Umberto, *El pájulo de Foucault*, Barcelona, De la Fior, 1990.
- *La estrategia de la ilusión*, Barcelona, De la Fior, 1988.
- Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, De la Piqueta, 1979.
- *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza, 1981.
- Galtsoff, John K., *La anatomía del poder*, Barcelona, Plaza y Janés, 1994.
- Greco, Carlos M., *La impugnación de las disposiciones reglamentarias*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, México, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- López, Mario J., *Manual de derecho político*, Bs. As., Kapelusz, 1973.
- Lozaga, Patricio, *Mito y sospecha postmoderna*, Bs. As., Lexicus, 1990.
- Nietzsche, Friedrich, *Ecce homo*, Madrid, Alianza, 1972.
- *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza, 1973.
- Shakespeare, William, *Hamlet*, Madrid, Fax, 1954.
- Vilanova, Mercedes, *El poder en la sociedad*, Barcelona, Bosch, 1994.

LA TRADICIÓN NACIONALISTA

El recorrido histórico de una ideología
y el conflicto de legitimidades
en la Argentina contemporánea

CARLOS A. FLORIA *

1. ADVERTENCIA

El autor no pertenece a la familia intelectual de los nacionalistas. Al menos en el sentido que se atribuye al nacionalismo antiliberal según se lo entiende en nuestros días. Es ésta una precisión tal vez útil para el lector e innecesaria para el nacionalista que se acepta como tal, quien no reconocería al autor como uno de los suyos.

Esto dispensa de otras explicaciones. Como en los *Proverbios y cantares* de Antonio Machado: "nunca traces tu frontera / ni cuides de tu perfil / todo eso es cosa de fuera".

Eso no impide reconocer al nacionalismo como una de las ideas-fuerza más vigorosas y polivalentes del siglo xx; en la Argentina y fuera de ella. Le fue dicho al autor por Bertrand de Jouvenel, palabras más o menos, cuando lo conoció en los comienzos de los años 70. Isaiah Berlin escribiría en los mismos años por qué se tuvo a esa ideología, distinta de la conciencia nacional, como una fase pasajera de la historia moderna y contemporánea, como una inflamación patológica de orgullos heridos.

Parece, sin embargo, imposible o poco realista explicar la historia política de la Argentina contemporánea y sus cri-

* Profesor titular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de número de la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

sis, sin el examen de la tradición nacionalista, como se la denomina francamente en este brevísimo ensayo; y del conflicto de legitimidades que introdujo. Por lo que no se trata aquí de exponer con detalle el pensamiento de autores, más propio de lo que se entiende por historia de las ideas. El intento es diferente: se trata de insinuar el recorrido histórico y social de una ideología, de los territorios mentales y políticos que atraviesa, y de algunas de sus consecuencias.

Se ha dicho con verdad que formamos nuestros juicios sobre las acciones de los otros en nombre de algo, por referencia a ciertos criterios, a ciertos valores. ¿Cuáles son ellos?

La cuestión no es nueva y los interrogantes tampoco, porque hacen a las justificaciones de los actos y aún de las omisiones humanas.

El nacionalismo recorrió una larga y accidentada ruta histórica para pasar de la palabra a la idea y de ésta a la ideología, para introducirse así en el vocabulario común y convertirse en un principio político de legitimidad con ánimo de combate. "El éxito del nacionalismo se explica en gran parte por el hecho de halagar al particularismo". El nacionalismo aparece en la fisura entre el universalismo y el sentimiento nacional. Y por esa fisura pasan comportamientos heroicos y excusas perversas. Potencia económica, orgullo militar, segregación o protección racial, florecimiento cultural, excusas para lo inexcusable visto desde lo universal, el nacionalismo emerge de la idea de Nación entre las solidaridades que suelen enfrentarse y se hace ideología que absolutiza una parte de la verdad, como si fuera la verdad toda y, una parte de la realidad, como si fuera toda la realidad.

La Nación absolutizada: ése es el nacionalismo como símbolo ambiguo. Entre los grupos humanos, la Nación ocupa un lugar privilegiado. ¿Quién no lo percibe así? Es una comprobación de hecho, no un juicio de valor. Se estima la Nación mientras se discute su definición. Se opone la definición clásica o francesa a la romántica o alemana. De un lado la voluntad de vivir juntos; del otro la pertenencia por nacimiento a un grupo étnico. Libre elección contra *Blut und Boden* (la sangre y el suelo), los valores que se han visto demasiado alejados de la tierra y de los muertos de Maurice Barrés, más próximo a Strauss que a Renan.

La conciencia de constituir una comunidad es reforzada por factores diferentes y a veces diversos: la agresión externa, el sentimiento de poseer un pasado común, la enseñanza de la historia, la ética de la solidaridad nacional que crea el sentimiento de diferencia, el tema de los estereotipos nacionales, el descubrimiento de un cierto "alma de los pueblos". Todo grupo se refuerza si sus miembros practican juntos los mismos ritos, adoptan los mismos símbolos, y a medio camino entre el símbolo y la realidad, si tienen la misma lengua, erigida a veces en poder cultural. La Nación emerge como factor de identidad. ¿Y si de pronto lo es también de antagonismo? De suelo de pertenencia. ¿Y si cultiva la sospecha o el menosprecio hacia los otros?

El tema de los estereotipos puede verse con la ironía de Pierre Daninos o a través de los dramas de la historia. En *Le Jaccasin* (1962): "Los griegos serían tramposos, los ingleses hipócritas, los norteamericanos chicos grandes (salvo para la cocina, donde son salvajes), los alemanes pendencieros y obsequiosos, los polacos ebrios, los rusos insondables, los chinos indescifrables, los argentinos farristas, los españoles arrogantes, los árabes perezosos, los suizos lentos, los holandeses pesados, los italianos versátiles, los judíos judíos... En medio de ese mundo hostil y venenoso está la Francia, eterna, galante, hexagonal y caballeresca... tendiendo su corazón al mundo y el mundo presto a lacerarla... la Francia donde toda la infelicidad, en suma, vendría de que, explotada por el extranjero, es habitada por franceses".

Las respuestas de la historia no tienen, normalmente esa gracia, sino la incertidumbre de los contenidos ideológicos que varían de un país a otro, de una situación histórica a otra. El sentimiento nacional atraviesa la política interior, pero se exhibe en las constantes de las políticas exteriores. Se asocia a credos de libertad y de pluralismo democrático, pero también al culto de la potencia más que de la libertad. A veces hay asociaciones simultáneas aparentemente inextricables. Si se viva a la Nación y a la República, ¿se expresa lo mismo que cuando se viva a la República y a la Nación?...

Nación y nacionalismo son fenómenos sutiles. Pero son símbolos polivalentes que justifican los interrogantes de Alfred Grosser. ¿Dónde termina la glorificación de virtudes que se proyectan sobre la Nación en la esperanza de que los otros ciudadanos las reconozcan como propias, y dónde comienza el chauvinismo que exalta las cualidades nacionales en detrimento del juicio sobre los otros pueblos?

Que es como decir dónde termina la voluntad de compartir virtudes políticas y dónde comienza el mesianismo expansivo.

De la mano de una palabra y su biografía pasamos, pues, de un hecho a una idea, de ésta a una ideología y de una absolutización generalizadora a la necesidad de distinguir para unir. La conciencia nacional es un sentimiento; la situación nacional es una condición; el nacionalismo es una doctrina o una ideología, un fenómeno envolvente que se puede examinar a través del "mapa" de sus expresiones. El nacionalismo se manifiesta y se entiende, en rigor, por los nacionalismos y los nacionalistas.

2. RECORRIDO HISTÓRICO Y COMPLEMENTARIEDAD

En la realidad hay más bien nacionalismos y nacionalistas. Porque son la expresión concreta y relativamente tangible del nacionalismo encarnado en versiones no siempre transparentes.

"Seiscientas páginas sobre el liberalismo doctrinario no son una definición de ese movimiento: son la explicación de la razón histórica aplicada a darnos a conocer ese objeto". La afirmación de Maravall a una obra erudita de Díez del Corral sobre el liberalismo doctrinario sirve al abordaje de nuestro tema. El nacionalismo es una cosa cuando atraviesa una sociedad restrictiva y aristocrática; otro cuando se encuentra con las transformaciones de una democracia ampliada. Diferente, en fin, cuando se asocia a la derecha o a la izquierda o mejor, al derechismo y al izquierdismo. Maravall adopta un principio enunciado inicialmente por Bohr que ha operado sobre la renovación de la lógica: el principio de complementariedad. "La realidad se nos muestra siempre en función de un sistema o conjunto: el electrón es partícula al atravesar el espacio y onda al atravesar la materia".

El feudalismo puede entenderse como un proceso de descomposición o como un medio de mantenimiento de la unidad. Rousseau puede interpretarse como uno de los orígenes intelectuales del totalitarismo, y sin embargo inspiró una revolución liberal. El inglés Burke interpretó la Revolución Francesa, entre otros aspectos, como un movimiento disgregador que amenazaba con la fragmentación del Estado francés. Empero, la democracia republicana

francesa dio nacimiento a la forma más cerrada y compacta de unidad política conocida hasta entonces: precisamente la Nación moderna. Los ejemplos de Maravall son expresivos. No son contradicciones históricas, son complementariades que desconciertan porque se presentan a un tiempo. Los fenómenos históricos no siempre son ambiguos; a menudo son bifrontes. El nacionalismo no es una excepción.

El nacionalismo puede verse como un factor de integración (hacia adentro) y al mismo tiempo de desintegración (hacia afuera). Pretende ser ideología envolvente en la política interior, y a la vez afirmación agresiva de identidad y de autonomía en la política exterior.

3. EL NACIONALISMO ENTRE LAS IDEOLOGÍAS

El nacionalismo evoca naturalmente al antiliberalismo, y se presenta como una ideología de combate al principio de legitimidad de la constitución republicana. En este sentido significa un elemento fundamental en la crisis de legitimidad de la Argentina contemporánea.

Pero el recorrido social de la ideología comenzó de otra manera y en otro punto en el siglo pasado. Entonces el nacionalismo no se asociaba con el antiliberalismo, sino con una de las ideologías que por su militancia tiñe la centuria entera: el liberalismo. En los tiempos de la formación de la Argentina moderna, y no sólo en ella, había un nacionalismo liberal, y liberales nacionalistas. Sobre las polémicas ardientes de los exiliados en torno del fenómeno político que constituían Rosas y el rosismo, Alberdi reclamaba la reivindicación de ser "argentino". El liberal confederado no estaba solo: el nacionalismo de Mitre es una constante de su política. El Sarmiento de Arpirópolis no será el mismo de los tiempos del exilio así como en *Condición del extranjero en América* (1888) expresará los recelos de los liberales que verán "una Nación sin nacionales", anunciando uno de los temas claves del nacionalismo del siglo siguiente a propósito del fenómeno inmigratorio. El toque de xenofobia estalla en sentimiento en *La Bolsa* de Julián Martel (1891) y es el núcleo argumental en la obra *En la sangre* de Eugenio de Cambaceres. La xenofobia llegará de la literatura a la vida política, y habrá incluso un toque de antisemitismo.

Se iban dando, pues, señales que en una situación nacional profundamente cambiada alestarían consecuencias

diferentes entrado el siglo siguiente. Si marcamos algunas, es para hacer más natural el recorrido social de la ideología a través de la lectura de la historia, de la sociedad, de la cultura. "Los viejos liberales argentinos son como esos padres terribles y omnipotentes que cuestan a sus hijos décadas de diván psicoanalítico, con resultado incierto. El revisionismo histórico también lo inventaron ellos". La frase de Gustavo Ferrari tiene la oportunidad de lo necesario, porque uno de los bastiones del nacionalismo de derecha argentino del siglo xx —el revisionismo histórico— tendrá su representante típico, original y paradójico en ese porteño nato que describió Julio Irazusta, liberal y masón, formado en la tradición unitaria y, al cabo, calificado exponente de la tradición federal: Adolfo Saldías.

El nacionalismo atraviesa, pues, las ideologías vigentes de cada época. Ideología entre las ideologías, hay que descubrirlo en sus concurrencias y en sus divergencias, en su apareamiento o en sus aversiones. La aversión contra el marxismo y la obsesión anticomunista será una constante del nacionalismo contemporáneo, pero no de todos los nacionalistas ni de todos los marxistas respecto de aquél. Así como hubo nacionalismo liberal habrá marxismo nacional, socialismo nacional —vecino hasta la cohabitación con el nacionalsocialismo—, y nacionalismos antiliberales en sus versiones fascista, hispánica, maurrasiana, falangista. El nacionalismo se mueve entre las ideologías, y aun ideólogos de militancias con raíces universalistas no se resisten a la penetración recíproca.

Charles Maurras, cuya influencia en la Argentina fue tan importante para explicar el comportamiento y la naturaleza de fuerzas y mentalidades políticas activas —como que aun hoy hay maurrasianos que se ignoran—, no será precisamente irresoluto, cuando debe subrayar lo que considera inconciliable entre nacionalismo y democracia; y dirá sin retaceos: "Existe un solo medio para mejorar la democracia: destruirla... la democracia es el mal, la democracia es la muerte". Lo veremos reaparecer en la situación argentina a través de sus discípulos.

Y sin embargo el nacionalismo a través de los nacionalistas o de sus enemigos retóricos no se mostrará radicalmente incompatible con fórmulas mixtas. Enlace por la doctrina o por el método, explicará conversiones de otra manera sorprendentes. La Argentina contemporánea en más de medio siglo y en los tiempos atroces de la cultura de

la violencia, será un laboratorio expresivo de esas experiencias. Pero no será el único, salvo que por omisión deliberada o inocente se eluda la historia y la política comparadas. Casi no hay país ni región en el mundo donde tales experiencias estén del todo ausentes y es argumento central de la "Revolución de las naciones en la URSS" en *L'Empire éclaté* de Hélène Carrère D'Encausse, o en *The third Rome* de Mikhail Agursky. Comparar es conocer, y controlar las experiencias cruzadas. Hay que ser cauto en el cotejo conceptual del nacionalismo con el irredentismo, el patriotismo, el chauvinismo, el imperialismo. El irredentismo es aspiración de una población dada de frontera, hacia la separación de un Estado nacional o plurinacional para unirse a aquel que se considera propio o afín. Puede ser una motivación para el nacionalismo, pero no es éste. El patriotismo es adhesión afectiva y acaso heroica a una comunidad. Pero no se es patriota porque se es nacionalista, y esto suele no estar claro para cierto tipo de nacionalistas, propietarios intelectuales y morales del patriotismo que viven como único y excluyente. En su nombre, la historia registra disparates nacionales. El chauvinismo es convicción irracional de la superioridad de la comunidad que se defiende. Fenómeno exterior y patológico conduce al nacionalista hacia un sentimiento trágico de inferioridad que lo distancia del imperialismo, expansivo y soberbio, sea material o moral, sujeto siempre a algún tipo de misión universal.

Los modelos políticos que evoca el nacionalismo han cubierto buena parte de la historia contemporánea. El proteccionismo y la autarquía son rasgos económicos de gestión incorporados a la mayoría de los modelos conocidos, experimentados o propuestos. La tendencia hacia las monocracias, la intolerancia, el sectarismo, han sido causas de totalitarismos, de autoritarismos o de proximidades sugestivas del nacionalismo con el fascismo y el populismo. No son la misma cosa, es cierto, pero de pronto las combinaciones son de tal manera inextricables que se hace difícil distinguir la dosis de los ingredientes. Como el nacionalismo es una ideología particularista y el fascismo una ideología universalista, le ocurre lo que al comunismo: no todos los fascismos son nacionalistas, para sorpresa del lector displicente de la historia. El fondo desesperado y romántico del fascismo, su pesimismo dinámico, la exaltación de un vitalismo irracionalista y heroico, puede transferir la lealtad a un Estado nacional, y de éste a otro que se imponga por fuerza o convicción, en portador de la ideología.

Con el populismo la línea se esfuma: la separación es menos nítida aun que la muy relativa que existe respecto del fascismo. En casi todo movimiento populista está presente el ingrediente nacionalista, como Hans Kohn subraya al estudiar la tradición norteamericana. La afirmación inversa sería inexacta. En el peronismo histórico se comprueba lo primero. En el nacionalismo argentino de los años 20 se encuentra lo segundo. Pero en todos hay una constante: la absolutización de un segmento histórico de la tradición selectivamente percibida.

4. EL NACIONALISMO COMO "CUESTIÓN NACIONAL"

La formación de la Argentina moderna fue fragua de la tradición republicana. Una república conservadora, aristocrática, restrictiva, propia de la Argentina de los notables, demasiado disciplinada y excluyente para la democracia de masas. La tradición republicana arraigó luego de la revolución por la independencia, a partir de una tríada emergente del liberalismo como ideología, y de la realidad: la Constitución nacional, la educación, la inmigración.

Márcelo Sánchez Sorondo acaba de explicar con vehemencia sugestiva su tesis de que lo que en estas reflexiones se explora como conflicto constante de legitimidades encontradas que se prolongan en la Argentina contemporánea, se insinúa en *La Argentina por dentro* desde los tiempos en que a su juicio la revolución, evoca el liberalismo avasallante y la independencia, la democracia hurafa de los pueblos.

Tesis polémica pero interesante, no ignora que la Constitución era para los hombres de la "organización nacional" un catecismo laico, un programa de cambio cultural, político, económico y social. La Constitución no nace para reflejar como un espejo la Argentina real, sino para transformarla. Las interminables polémicas de Sarmiento y Alberdi dan testimonio de eso. El Facundo sugiere muchas cosas. Descripciónes admirables adjuntas a desmesuras de combate, pero no desconocimiento de la realidad argentina. El autor conocía muy bien la realidad de su tiempo, no le gustaba cómo era, y quería cambiarla. El nacionalismo antiliberal, muchos años después, articulado como tal, no aceptará eso. Planteará la dialéctica entre el "país real" y el "país formal" como inconciliable, pondrá a los liberales del lado del país formal y no asumirá dos cosas: que la forma importa en política y que los liberales eran parte del país real.

La república de los notables era restrictiva: pocos gobernaban a muchos. La república de la democratización quiso ser abierta: muchos debían participar en el gobierno de todos. La travesía entre una y otra duró muchos años y fue realizada en parte por miembros del antiguo régimen junto con los que fundarían el nuevo. La travesía pasa por tantas generaciones como las que viven, por lo menos, los años que van desde 1852 hasta la reforma política de Roque Sáenz Peña y sus consecuencias.

La educación debía extenderse hacia la mayor parte de la sociedad. La inmigración debía transformar la sociedad toda. La educación debía "nacionalizar" una población que no tenía aristocracias de sangre sino que había sido formada —como se ha observado con realismo y dicho con ironía—, por inmigrantes viejos que recibieron inmigrantes nuevos. El extranjero debía contribuir al cambio paulatino pero no entero del plantel nacional, y argentinizarse. Ese era tema compartido por los Mitre, los Sarmiento, los Alberdi, los Estrada, que discutían sobre modos y consecuencias. Casi todos eran liberales en versiones y estilos diferentes aunque no diversos. De pronto advirtieron que cuando todos eran liberales, ¿qué era ser liberal?

Pero en clave comparada, la situación argentina sería parecida en algunos aspectos, diferente en otros, respecto de naciones jóvenes.

Los "espacios abiertos" de los Estados Unidos de Norteamérica de entonces no tienen el mismo significado que los de la Argentina de la pampa. Pero las reacciones del "nativismo" norteamericano hacia los inmigrantes, no serían sustancialmente diferentes de las reacciones del nacionalismo argentino en la percepción del riesgo inmigratorio. Las reyertas entre criollos y gringos, la acusada intervención de colonos extranjeros en conflictos políticos locales, la reacción creciente de los caudillos, jueces de paz y seguidores nativos contra extranjeros, cruzaban el escenario que pinta expresivamente Ezequiel Gallo en *La pampa gringa*.

La inquietud frente a la presencia de los extranjeros se transformaría en alarma progresiva y en crítica mordaz en los nacionalistas que emergían de las entrañas del antiguo régimen. Se estaba aún a décadas de una afirmación sarcástica con enorme agresividad histórica, como la de Ignacio B. Anzoátegui: (Sarmiento) introdujo tres plagas: el normalismo, los italianos y los gorriones...

El recorrido histórico y social del nacionalismo, en la dirección antiliberal, había comenzado.

En 1910, cuando los argentinos, devotos de sí mismos, festejaban el Centenario, Rodolfo Rivarola puso en marcha la notable "Revista Argentina de Ciencias Políticas". En los primeros números incluyó una suerte de encuesta política a través de una "cédula" que contenía siete rubros. El último era el "nacionalismo", que Rivarola distinguía entre "histórico" y "progresivo". El primero era descripto como el que "intenta formar la unidad de la conciencia nacional con la admiración del pasado, y adopta la enseñanza de la historia, como instrumento educativo de moral cívica". El segundo era propuesto como el que "aspira a formar la unidad de la conciencia nacional mediante el reconocimiento de la nueva composición étnica de la población y la fidelidad a la promesa declarada en el Preámbulo de la Constitución, 'para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino'". La encuesta, curiosa e interesante -tal vez la primera encuesta política explícita entre nosotros- evoca una percepción del nacionalismo en la cual el extranjero era problema, pero todavía no era cuestión. El fenómeno inmigratorio es una consecuencia de la aplicación amplia y generosa del universalismo que campea en el Preámbulo constitucional.

Adviértanse, pues, dos cosas: el nacionalismo es entendido en beneficio de una identidad: luego, no es contradictorio respecto del principio de legitimidad que evoca la Constitución nacional. En ambos casos el nacionalismo es tema, pero no cuestión nacional, problema de problemas o clave de discordia política y social.

Pocos meses antes, Ricardo Rojas había terminado la misión oficial que lo llevó a Europa para estudiar métodos y contenidos de la educación histórica, y daba forma a la restauración nacionalista. El tema es aquí problema que según Rojas debe desglosar el "patriotismo instintivo", sentimiento natural, del "nacionalismo doctrinario", método social. Considera envejecido el ideario de Sarmiento y Alberdi, y se propone "turbar la fiesta del mercantilismo cosmopolita". En la edición de 1922 señala que el libro fue silenciado o atacado. Y cuando fue atacado encontró unidos en tácita coalición intereses heridos. Los cita así: "La vanguardia, marxista; la protesta, ácrata, y el pueblo, católico". Hubo elogios sugestivos: Miguel de Unamuno desde La Nación; Ramiro de Maestu desde La Prensa; Rodó desde Montevideo; Jean Jaurés desde Francia (*Le cosmopolitisme*

est un *deroçiné* qui n'a que des intérêts flottantes). Si la coalición atacante era heterogénea, los elogios aliados no lo eran menos.

Rojas es un testimonio notable del salto cualitativo que ha comenzado en la percepción colectiva del nacionalismo. El origen diverso de las críticas y las adhesiones revela hasta qué punto Ricardo Rojas representa el momento mismo del salto. "El instante histórico más débil de un régimen es cuando está cambiando", pensaba Alexis de Tocqueville. El nacionalismo liberal estaba dejando de ser percepción militante. Rojas es ya un nacionalista liberal revisionista. Y como es sorprendido en medio del salto, debe explicar a tirios y troyanos qué fue lo que quiso expresar. Sarmiento sirve a la explicación, porque aunque lo contradice no lo repudia: reconoce en el polémico sanjuanino capacidad de comprensión de la esencia de nuestros fenómenos. Si no, no habría escrito "en su vejez encanecida y combativa una 'visión' nacionalista de los 'conflictos', donde también pidió al pasado la luz profética de la historia".

En el recorrido histórico y social del nacionalismo argentino, Rodolfo Rivarola resume el punto de flexión y Ricardo Rojas expresa el tránsito entre el nacionalismo de los liberales de la república aristocrática, y el nacionalismo antiliberal que se apresta para el combate contra la democracia incipiente. Dará testimonio de una suerte de "nacionalismo democrático" que procura acompañar el cambio político de una transición deliberada: la que enseguida representa el intento reformista del presidente Roque Sáenz Peña.

Pero cuando Rivarola y Rojas están proponiendo versiones no idénticas pero afines, del nacionalismo en cuanto no contestatario de la Constitución y su legitimidad profunda, emerge la ideología nacionalista de combate a esa legitimidad. Y no será sólo problema sino, como se ha insinuado, cuestión nacional.

3. EMERGENCIA Y FLENTID DEL NACIONALISMO ANTLIBERAL

La emergencia del nacionalismo como cuestión nacional —entendida en estas reflexiones como cuestionamiento del régimen político asentado en el principio de legitimidad de la Constitución—, no es en sus orígenes, tema de opinión pública sino de discusión intelectual.

Pueden encontrarse sus raíces en la historia, pero lo que aquí se quiere apuntar es su arraigo en sectores de la sociedad como "tradición alternativa", y ésta se definirá compacta en la primera parte de este siglo, hacia los años 20. La tradición republicana será tan fuerte que atravesará incluso una de las versiones del nacionalismo "contestatario"; calificación provisoria y envolvente que constituye la idea-fuerza evocada por Bertrand de Jouvenel e Isaiah Berlin en el principio de este breve examen histórico. Se manifiesta en casi todo el mundo, sobre todo occidental. Pero en el caso argentino irá penetrando el campo político, el económico, el militar, el social y el cultural. Se comprueban deslizamientos ideológicos, conversiones aparentes, "fugas hacia adelante", entusiasmos desarraigados, psicologías de decadencia y de ruina, acciones y reacciones. Surgirá el fascismo italiano, pero a éste se llegará desde la derecha y desde la izquierda, desde cierto liberalismo y desde el anarquismo y el socialismo revolucionarios. Gentile, Mussolini, son protagonistas con biografías desconcertantes. En Francia el nacionalismo de Maurras y de Barrés, de la *Action Française*, emergerá a principios del siglo luego del caso "Dreyfus", pero se encontrará más tarde con el colaboracionismo de quienes vienen de la izquierda: Doriot, Drieu La Rochelle. En Inglaterra el fascista Oswald Mosley será antes diputado laborista, y ministro, mientras las críticas al sistema liberal se rastrean en Chesterton, Belloc, Bernard Shaw, fascinado por Mussolini. En España surgirá "acción española" —obvia repercusión del maurrasianismo francés—, pero habrá que explorar también el krausismo y su organicismo social, el Madariaga de los años 20 y el corporativismo jerárquico, la dictadura del general Primo de Rivera y más tarde el falangismo. Antes de llegar al nazismo, pues, el recorrido ideológico se irá poblando de mentalidades totalitarias o cuando menos, por integrismos de derecha y de izquierda. El mundo católico sabe de la polémica interminable entre integristas y progresistas. Cuando el nacionalismo atraviesa esa polémica se instala en el integrismo, pero surgirán progresistas que se reclamarán nacionalistas.

El análisis existencial que escribió Joseph Folliet en páginas memorables, caracteriza al integrista por su incapacidad para el diálogo y la necesidad del monólogo. No busca persuadir sino intimidar. No discute, condena. Es, en la acepción técnica de la palabra, sectario. Posee la certidumbre de la verdad integral, de la razón, del derecho de su lado, de su propia salvación aunque el resto de la huma-

nidad se condene. Sobrevalora la ortodoxia. "Tiene" la verdad y desdén a los hombres que ven la realidad compleja. Caen en el mito de lo simple como el progresista extremo, de quien es hermano-enemigo. No es que sea insincero. Es. Es un fabricante nato de teorías conspirativas, un intransigente tentado por el maniqueísmo, por el extremismo, y en muchos casos, por la violencia. Hubo y hay un "nacionalismo integrista". ¿Es todo lo que puede distinguirse, sin embargo, en el recorrido histórico del nacionalismo contemporáneo? No sería justo. Así como no se debe, en términos valorativos, condenar en bloque al integrismo sin riesgo de caer en otra forma de integrismo, no se puede reducir al nacionalismo antiliberal a una sola forma de nacionalismo sin caer en el simplismo.

Enrique Zuleta Álvarez, cuando escribe su "testimonio y estudio crítico del nacionalismo argentino en sus versiones contemporáneas", distingue en su marcha etapas y contenidos. El nuevo nacionalismo comienza en los años 20, minoritario, rígido, severo: atrapado por la crítica al radicalismo yrigoyenista y, a través de ella, por la discusión del sistema político y económico vigente, ingresa con Leopoldo Lugones en *La hora de la espada*, y abre una cuestión luego decisiva para explicar comportamientos conspirativos que condujeron a la crisis del 30. Se organizan grupos paramilitares y filofascistas, se discute la definición del ser nacional, y la mayoría de los publicistas anclan en la tradición del catolicismo y del hispanismo. Cuando los hermanos Rodolfo y Julio Irazusta publican *La Argentina y el imperialismo británico* (1934), el nacionalismo no será sólo antiyrigoyenista, antidemocrático y "antiliberal" sino "revisionista" de la historia con un sentido ideológico y de combate contra la historia "liberal", retomando la herencia de Adolfo Saldías. Habrá, para Zuleta, un nacionalismo doctrinario, filofascista, autoritario, subordinado a la idea de un orden jerárquico corporativo, y por su lógica interior, dictatorial. Sólo el poder militar está incontaminado y representa el ser nacional. Proprietarios utópicos de un mal realismo político, los nacionalistas doctrinarios sirvieron a cultores nativos del fascismo, del falangismo y luego, en minorías, sectarismo, profetas de la cultura de la violencia.

El nacionalismo tuvo — y en algunos de sus seguidores lo mantiene — una versión "republicana" que se expresó en la prédica de los Irazusta. El diagnóstico sobre el problema político argentino fue diferente del de los doctrinarios filofascistas. Aceptaba las instituciones, reconocía el valor de

la república, sospechaba que fuera de ella no había otra alternativa que la dictadura militarista anunciada y alentada por los doctrinarios, y rechazaba el formato de toda dictadura. Hacia bandera del antiimperialismo -atendiendo a un imperio inmediato aunque en declinación, el británico- y por eso tendría influencia a derecha y a izquierda -en cuanto ambas reconocieron en el nacionalismo una fuente de inspiración y de legitimación combativa-.

Contra lo que se suele creer, los republicanos terminarían criticando al radicalismo de Alvear pero no al radicalismo de Yrigoyen, aunque por su lógica interior el nacionalismo republicano no podría permanecer indiferente en la crisis del 30. Criticaba, en fin, la dependencia económica, antes que la "teoría de la dependencia" se abriese camino como ideología en América latina. Y por él despuntaría un nacionalismo popular que penetró en el radicalismo a través de FORJA, en el conservadorismo y en versiones vernáculas del marxismo.

Curiosa trayectoria la del nacionalismo. Si el radicalismo había pasado del paternalismo populista al aristocratismo popular -del estilo de Yrigoyen al de Alvear-, el nacionalismo emprendería una recorrida no tan lineal: del nacionalismo liberal al nacionalismo democrático, de éste al aristocrático antiliberal, y por él al nacionalismo republicano con derivación popular.

En esa recorrida se encuentra la versión integrista afín a los fascismos en versiones sutilmente diferentes. Antes de llegar al peronismo habrá cultores del fascismo italiano, del maurranismo francés, del dictador Primo de Rivera y del falangismo español. Luego del nazismo. Atravesará a la izquierda hasta generar la "izquierda nacional" de un Jorge Abelardo Ramos, entre otros. Del nacionalismo popular pasará al nacionalismo populista, y por éste llegará a los Montoneros de la década del 70 o a la ultraderecha "lopez-reguista" de los años ciegos.

Eso explica, en parte, que no haya concierto en la geografía ni en los intentos de clasificación del nacionalismo argentino. Sorprenden los intelectuales, los militares y los militantes, los políticos, los sacerdotes, los sindicalistas, los empresarios, los periodistas, miembros de la "constelación" entera del poder en la Argentina contemporánea, que han pasado, permanecen, o recién ingresan como si las ideas y las frases fueran nuevas, en distintas versiones del nacionalismo antiliberal.

Explica también, en su medida, las discusiones sobre su interpretación y en torno de su influencia actual. Hay exámenes del nacionalismo que proceden de los nacionalistas y que, sin embargo, no son pacíficamente compartidos entre ellos. Y hay exámenes críticos que vienen de la literatura extranjera, sobre todo norteamericana, latinoamericana y argentina que se sitúan frente al fenómeno desde perspectivas diferentes. Un nacionalista porfiado e integrista como el padre Julio Menvielle veía al nacionalismo asociado con la doctrina de la Iglesia católica; pero con versiones tan turbulentas que era preciso discernir entre "nacionalismos exagerados" —el jacobino, laicista y liberal; el racista hitleriano, el sionista, el totalitario mussoliniano, el comunista proletario, el indigenista y el democrático proletario—, y "nacionalismos aceptables", que para él eran los que defendían la vida nacional en el plano económico, político, espiritual y cultural contra los principios "disolventes del liberalismo, del socialismo y del comunismo". La visión de Menvielle era ciertamente distinta, para decir lo menos, de la abordada desde la izquierda por Marysa Navarro Gerassi, para quien no hubo sino un nacionalismo reaccionario y resentido que contribuyó "a prolongar la atmósfera esquizofrénica que infesta la Argentina contemporánea". Según los expositores, el nacionalismo fue uno, dos o varios. Fue y es uno para los militantes absolutos, que reconocían o reconocen el propio como verdadero y toda otra versión como falsa. Se divide en el testimonio explicativo de Zuleta Álvarez, en el examen al principio agresivo y luego matizado de Navarro Gerassi, en el estudio de Mónica Quijada —entre "oligárquico" y "popular"—, en la tesis de Cristian Buchrucker —entre el nacionalismo "restaurador" y el nacionalismo "populista"—. Y se multiplica en el análisis de Rama cuando se interna entre los grupos nacionalistas y halla a los tradicionalistas, a los conservadores y católicos, a los pro y neofascistas, a los populistas o peronistas, a los socialistas y a los guerrilleros.

Las clasificaciones, las calificaciones y las descalificaciones no hacen sino poner en evidencia la metamorfosis del nacionalismo y su singular persistencia.

6. EL NACIONALISMO Y LA CONSTANCIA DEL PODER

Desde que una sociedad tiene un cierto nivel de complejidad, el poder adquiere formas, por la diferenciación de

funciones. Estas se organizan en una "constelación", según el método de análisis de Jean Ladrière que permite otra forma de abordaje, con estrellas distintas: el poder político, el poder económico, el poder militar y el poder moral. Éste concierne a las motivaciones, a los valores, a las convicciones, a las creencias, y comprende lo que el autor llama el "poder religioso" y el "poder ideológico". "Cada tipo de sociedad se caracteriza por una cierta configuración de la constelación del poder".

Lo que interesa a nuestro tema, es que el nacionalismo y sus manifestaciones cruzaron la constelación entera. Si el nacionalismo —los nacionalistas y los nacionalismos— ha hecho de prédicas diferentes pero no siempre sustantivamente diversas, una tradición alternativa, se debe a que se introdujeron en el sistema de creencias políticas de la Argentina contemporánea y lo hicieron en forma claramente polémica. También porque reunieron las cuatro características que Isaiah Berlin advirtió en la emergencia del nacionalismo agresivo: la creencia en la arrolladora necesidad de pertenecer a una Nación; en la relación orgánica en todos los elementos que constituyen una Nación; en el valor de lo propio, simplemente porque es nuestro, y finalmente, enfrentado por contendientes rivales en busca de autoridad y lealtad, en la supremacía, por cualquier medio, de sus exigencias. Es, al cabo, el resultado de una ecuación que si no se entiende completa, cambia el resultado mismo.

Si se explora la constelación del poder de la Argentina contemporánea en tránsito —para esta ocasión— necesariamente impresionista y expeditivo, se verá al poder político y al sistema de partidos que constituye una de las mediaciones privilegiadas cuando se trata de una democracia pluralista, sacudidos y penetrados por el nacionalismo antiliberal, restaurador, doctrinario o integrista, según la calificación que se considere más apropiada en cada situación crítica. Es más: si desde nuestra perspectiva ese nacionalismo constituye una de las tradiciones conflictivas de este siglo, se debe entre otras razones a que con la irrupción del nacionalismo contestatario de la tradición republicana democrática comienza, en rigor, la historia contemporánea de la Argentina política.

Los nacionalistas están presentes, se ha dicho ya, en la fragua de la crisis del 30. Si bien el nacionalismo republicano, en los términos que emplea Zuleta Álvarez, fue renuente primero y opositor después a los revolucionarios

uriburistas del 30 y a los nacionalistas doctrinarios o restauradores que dieron el no al golpe de Estado de 1943, los nacionalistas "de derecha", para emplear una calificación convencional, fueron factores decisivos en ambas crisis. Y lo serán más tarde en la revolución del 55, en el golpe de Estado encubierto de 1962, en la revolución militar de 1966 y en la contradictoria y dramática pugna ideológica y de poder que caracteriza la década del 70 hasta los comienzos de la presente. En este sugestivo y persistente itinerario marcado por las crisis en sí mismas, el nacionalismo de los años 70 se situó como ideología inspiradora y activa en sectores y mentalidades militares y civiles, y en la lidera militante: en los orígenes del movimiento guerrillero "Montoneros" se encuentra lo que para muchos parece todavía un enigma. La mayoría de los jóvenes líderes montoneros no procedían de la izquierda. Recibieron su bautismo político en organizaciones conservadoras tradicionales del catolicismo, en la organización de inspiración falangista "Tacuara" y en capillas intelectuales de cierto nacionalismo de derecha.

La mezcla de nacionalismo populista y de ideales socialistas revolucionarios sobrevendrá a esos orígenes y no será sino una prueba más de la accidentada y siempre sorprendente trayectoria de una ideología que sirvió a militancias varias, a rituales afines con los de los fascismos y con ellos a la militarización del lenguaje; del estilo y de los comportamientos públicos representativos de una cultura política autoritaria.

El sistema de partidos fue penetrado por el nacionalismo y los nacionalistas. El radicalismo inicial contiene trazos de un nacionalismo democrático, pero luego banderas y franjas del nacionalismo de derecha, expresados por la izquierda interna del partido. La derecha conservadora fue conmovida por el nacionalismo antiliberal, incluso por grupos filofascistas que encontraban su legitimación en la persecución de la izquierda "maximalista". Y si la derecha constitucional no se prestó totalmente a los ideales del nacionalismo doctrinario o restaurador, vio emerger al conservadorismo popular y a dirigentes como Manuel Fresco, en los cuales se advierte la mezcla del nacionalismo y el conservadorismo en el primer caso, y del conservadorismo con el fascismo en el dirigente bonaerense, sus seguidores y sus herederos. El peronismo histórico no sólo recibió el aporte de los nacionalistas con la oposición o la reserva, sin embargo, de los Irazusta y miembros del nacionalismo

republicano convocante del llamado "partido libertador". Tomó casi todas sus banderas de casi todas sus versiones, como haría Perón del socialismo, del catolicismo social, del conservadorismo popular y del radicalismo. El peronismo no "era" el nacionalismo pero lo absorbió, y un nacionalismo populista de la mano del conservadorismo popular fueron ingredientes fundamentales de su naturaleza, aunque en el derrotero del peronismo "gobernante" (1946-1955) y antes por lo tanto del peronismo "gobernado" —o del antiperonismo gobernante, según se mire (1955-1972)— el nacionalismo católico hallaría en el sorprendente conflicto de Perón con la Iglesia, los límites de una difícil fidelidad. Si se quiere, el peronismo histórico retuvo casi todas las banderas del nacionalismo populista: el antiimperialismo, la "tercera posición" entre capitalismo y comunismo, el movimientismo, el estilo corporativo del encuadramiento de masas, la legitimidad mayoritaria frente a la legitimidad constitucional. Luego vendrían los tiempos de la Argentina militar y militante, en la cual el sistema de partidos sería destruido aunque quedasen partidos sin sistema.

El tema, se ha insinuado en pasajes varios, inquietó por fin y profundamente a la izquierda. Si del socialismo de los años 30 y 40 emergió el lema de la "izquierda nacional" que avanzó sobre las polémicas ideológicas de los marxismos, reales e imaginarios hasta buscar su enlace con versiones de la guerrilla de los años 60 y 70, el debate de la izquierda democrática en el proceso político presente reivindica la categoría "nacional-popular", a partir del pensamiento de Gramsci en clave latinoamericana. El tema nacional no es ciertamente exclusivo de los nacionalistas, pero lo evocan.

Considerado como miembro pleno de la constelación del poder en la Argentina contemporánea, el sindicalismo fue transformado entre otros factores, por la influencia nacionalista. Para la mayoría de los sindicalistas que dirigían el movimiento obrero en la primera mitad de la década del 30, la prédica antiimperialista y la nacionalidad de los capitales no eran asuntos privilegiados. Para los sindicalistas, el problema principal era defender el interés obrero frente a los capitales, fuesen nacionales o extranjeros. Cuando penetramos en la década del 40 y sobre todo en la formación del "partido laborista" y en los orígenes del peronismo, se opera un cambio cualitativo. De una alianza objetiva alentada por un sindicalismo militante organizado desde la so-

ciudad frente al Estado y los capitales, surgió un sindicalismo "de encuadramiento", prólogo de la Argentina corporativa posterior, reorganizado desde el Estado y convertido en uno de los factores de poder actuantes, y no sólo en un grupo de presión exterior respecto del poder político, según categorías de análisis conocidas.

Se acepta hoy pacíficamente el hecho de que el peronismo histórico fue para los sectores obreros lo que el radicalismo histórico significó para los sectores medios, viejos y nuevos: mediaciones políticas de incorporación, en cada caso, de sectores relativamente marginales respecto del régimen político y de la ciudadanía social. El nacionalismo obrero, como una de las bases fundamentales del nacionalismo populista y del movimiento peronista, acompañó el proceso.

Éste no fue extraño al poder económico. El desarrollo industrial de la Argentina había sido precedido por el estatismo de los conservadores en los años 30, y sería impulsado por los nuevos capitanes de la economía que emergieron con decisión en los años 40 para no desaparecer en cuanto tales, aunque los hombres cambiasen. El desarrollismo, como expresión económica derivada del nacionalismo, no fue sólo política de un partido sino ideología arraigada en la sociedad industrial —articulada con el Estado—, en sectores del mundo intelectual y en la sociedad militar. Será siempre prudente no olvidar en el análisis histórico la prédica de Alejandro Bunge para entender los meandros de un diagnóstico económico que incluía los debates sobre el proteccionismo, el papel del nacionalismo económico y las dificultades para llevar a cabo un programa reformista moderno.

La travesía del nacionalismo por el mundo intelectual fue anotada muchas veces en el curso de este examen histórico político. Hubo y hay hombres relevantes y calidades desaparejas, y su número es tan abundante en el recorrido social del nacionalismo que prueba la fascinación de la ideología, a derecha e izquierda, de la que sólo pudieron sustraerse sin renegar de ciertos valores que privilegian, quienes supieron eludir el derechismo y el izquierdismo, el espíritu de sistema. El "poder moral" fue proclive a la penetración nacionalista. Herederos de las querrelas ideológicas del siglo xix, muchos de los intelectuales nacionalistas pertenecieron a los defensores de una "Argentina católica" diversa de la inspirada por las corrientes revolucionarias emergentes del siglo xviii. Tanto la tendencia integrista

como las moderadas reclutaron entre clérigos y laicos católicos defensores fervientes. El padre Castellani no estaba solo cuando sostenía, hasta los años 40, que el nacionalismo y el catolicismo eran una misma cosa. Y que la prédica de ensayistas, intelectuales y políticos como César Pico, Llamblas, Palacio, Sánchez Sorondo (h.), Sierra, Oliver, José María Rosa, Laferrère y otros miembros de un nacionalismo ilustrado era resultado, en parte, de la difusión brillante "de la escuela neopositivista francesa" de Maurras, Taine, Sorel, quienes coincidieron, a pesar de su heterodoxia y por la vía empírica, con el catolicismo inspirador de la mayoría de los nacionalistas, con la excepción de Lugones, Scalabrini Ortiz y otros notorios. Para Castellani, en fin, fue una promoción nacionalista que logró cerrar la brecha que habían abierto los católicos argentinos de 1880, "con sus errores doctrinarios y de política".

Estos aspectos de la trayectoria del nacionalismo tuvieron un peso extraordinario en el pensamiento y las creencias políticas de muchos católicos argentinos y, a menudo a través de ellos, de otras familias ideológicas. Pero también tuvieron dos enlaces aparentemente inesperados: primero, con el tema del poder militar y su recepción del nacionalismo antiliberal; segundo, con la presencia del nacionalismo no sólo en integristas y mentalidades católicas de derecha prevalecientes desde los años 20 hasta los años 50, sino en integristas y mentalidades católicas y no católicas de izquierda, activas en el llamado "tercermundismo" y en los seguidores de versiones polémicas de la teología de la liberación. Los años 70 serían en este caso escenario relevante del curso del nacionalismo por estas vertientes, no cegadas hasta el presente, como se advierte a cada vuelta de nuestra historia y de nuestra crónica cotidiana.

El problema militar como cuestión nacional se vincula con la emergencia y penetración social y corporativa del nacionalismo antiliberal. El poder militar fue miembro de la constelación del poder desde la génesis misma del Estado nacional. Pero hay diferencias cualitativas, como en el caso del sindicalismo, entre el guerrero de la independencia, el ejército de la Organización Nacional, los militares profesionales de principios de este siglo y el poder militar a partir de la fragua y eclosión de la crisis del 30 y décadas siguientes.

El nacionalismo de los años 20 que más influye en el cambio cualitativo de la intervención de los militares en la política es el de *La Hora de la Espada* que expresa Lugones

y que defienden y estimulan los nacionalistas restauradores, para quienes el dictador militar significaba mucho más que una magistratura extraordinaria para tiempos de crisis según la clásica institución romana.

En este cambio cualitativo tienen que ver más ciertos intelectuales, y el contorno de los cuarteles, que los militares mismos, hasta que en éstos comienza a elaborarse una suerte de subcultura corporativa desconocida en las épocas precedentes.

La influencia del pensamiento de Charles Maurras es discutida en cuanto a su relevancia e intensidad. Pero no puede dejar de advertirse una relación funcional entre algunos rasgos del pensamiento maurrasiano y el papel de los militares en la política nacional e internacional, e incluso en la adhesión de católicos al nacionalismo de Maurras. Puede parecer paradójica esta última diátesis, por cuanto Charles Maurras era una suerte de clerical agnóstico y su doctrina un clericalismo sin Dios. Por eso, entre otros aspectos más sutiles, la condena pública de ciertas obras del pensador francés por el Papa Pío XI, condena conocida a fines de 1928 que produjo turbulencias sin cuento entre los intelectuales católicos inspirados por sus ideas, aunque Jacques Maritain reconociese la razón a esa condena, que primero aceptó por disciplina y más tarde con profunda convicción, que algunos nacionalistas no reconocían, ni perdonarían.

En el pensamiento neomonárquico de Maurras el "caos obscuro" de la república democrática podía ser evitado con la reconstrucción de una catedral política cuyos dos arbotantes principales serían la Iglesia católica y el poder militar. No ya la Iglesia como institución religiosa trascendente, sino como institución contribuyente a un orden social y político. El poder militar era una de las vértebras de la tradición nacional francesa descolocada por el caso Dreyfus, la crítica republicana radical y sus aliados objetivos. En la situación argentina ese pensamiento fue adaptado por Lugones para quien el militarismo sería una cuestión de principio. En todo caso, para sus seguidores, la idea del salvador épico fue ganando adeptos. ¿En qué consistió, pues, el cambio cualitativo?

Es que para el nacionalismo restaurador e integrista era ésa, por vez primera en la historia de los argentinos, una justificación ideológica de la intervención militar en la política del poder.

7. CONFLICTO DE LEGITIMIDADES

Tiene razón Grosser: cuando actuamos, llevamos juicios, criterios, valores referidos a las acciones de los otros. Aprobamos o desaprobamos. Preferimos, Elegimos. Votamos o nos abstenemos. Reaccionamos frente a un hecho, permanecemos indiferentes frente a otro. Dejamos hacer, y al dejar hacer, hacemos. Seguimos a alguien o nos oponemos. Abrimos juicio o lo cerramos. ¿En nombre de qué?

El tema de la legitimidad política, del suelo de creencias donde reposa un régimen o un sistema, nos remite a un concepto tan importante como difícil de clarificar. Al recurrir a la reflexión precedente, tratamos de simplificar las cosas: las sociedades que funcionan lo hacen en nombre de un principio de legitimidad. Y cuando ese principio de legitimidad es cuestionado, es más difícil lo que los clásicos llamaban la concordia.

La legitimidad del poder por el principio mayoritario, la creencia colectiva en que la democracia pluralista es un régimen deseable y posible para los argentinos es todavía una idea nueva que está delante de nosotros y no detrás, en una suerte de edad de oro a la que se puede retornar tan pronto se superen interrupciones perturbadoras. La democracia pluralista como acatamiento ciudadano de un estatuto legal que reconoce a todos por igual los derechos inherentes a la persona humana, que establece las garantías debidas para su ejercicio y que acuerda el derecho de participar periódica y libremente en la elección de los gobernantes, no pertenece a una tradición arraigada como cultura política en la sociedad argentina. Permanece entre sus ideales, pero pertenece como experiencia a un tramo aún muy corto de nuestra biografía nacional.

El tiempo tiene poder legitimante. La democracia constitucional y pluralista, como participación responsable de la persona humana en la elaboración del destino colectivo, tuvo su etapa para el despegue luego del centenario. El recorrido fue demasiado breve para una legitimidad plena, cuando fue interrumpido por disputas parciales y por un cuestionamiento global. La contestación global fue planteada por el nacionalismo antiliberal y antidemocrático. Y éste es un tema central para la mejor explicación política de la crisis de la Argentina contemporánea.

Una explicación política supone cierta lectura de la historia, de la sociedad y de las instituciones. Una educación y cultura políticas implican eso, y además cierto acuerdo sobre los valores básicos de la sociedad. No es lo mismo formar al ciudadano para vivir en una democracia pluralista, para que se someta a la lógica interna de un régimen totalitario o para aceptar una dictadura. Los estilos, las mentalidades dominantes, las ideas y creencias y las prácticas vigentes en esas formas de gobierno y tipos de sociedad difieren mucho entre sí. Lo sabían los griegos. Lo demostraron los romanos. Está en el pensamiento clásico. También en la cultura política norteamericana, en cuanto se la explora en profundidad, se encuentran liberales, conservadores, populistas y libertarios que atraviesan los grandes partidos. Pero los valores básicos son compartidos, y hasta ahora los conflictos de legitimidades no han herido la unidad nacional de esa gran potencia.

El nacionalismo antiliberal y antidemocrático no rechazó, en el caso argentino, sólo el reconocimiento de la legitimidad de una decisión, de un procedimiento, de una política específica, todo lo cual constituye lo que hemos llamado disputa o contestación parcial, y es propio de la naturaleza polémica de la política. Hizo eso, pero hizo cualitativamente más: puso en cuestión el régimen político constitucional y su principio de legitimidad.

Examinado en su recorrido histórico, la consecuencia contestataria está "en la naturaleza de las cosas". El nacionalismo hizo del "revisionismo" la clave de la lectura de la historia. El pasado merece siempre revisión, y ésta es necesaria porque no sólo el río sino el hombre cambian y hay siempre nuevas preguntas aun a las mismas cosas. El nacionalismo hizo de un abordaje crítico cristalizado, la ideología de la revisión y de la historia, un western. La lectura liberal de la historia, en cuanto tuvo contenido ideológico no fue respondida como merecía por un examen preocupado en la mejor reconstrucción del pasado, sino por una fiscalización de la versión adversaria considerada al cabo como versión enemiga o de combate.

La lectura de la sociedad fue también contribuyente a la contestación global. La Argentina de la inmigración había puesto en vilo el tema de la identidad nacional mucho antes de la irrupción del nacionalismo contemporáneo, pero mientras observadores perspicaces proponían fórmulas que evitasen la invertebración de una sociedad moderna sin ne-

garia, las versiones extremas del nacionalismo contemporáneo vieron, en la inmigración, un factor perverso de modernización permisiva, en el extranjero una amenaza y en los partidos políticos que favorecían su incorporación al sistema político y social mediaciones facciosas que representaban un peligro para el interés nacional. Muy pronto, el interés nacional, distinto pero no diverso del interés popular, fue expropiado por el nacionalismo contestatario y por grupos y sectores penetrados por él.

La interpretación de las instituciones siguió un rumbo similar. Eso se advierte en la versión maurrasiana del nacionalismo, en cuanto para Maurras las dificultades internas tenían como referencia necesaria —sin espíritu crítico— la acción del extranjero que la república liberal aceptaba demasiado abiertamente, lo cual, dicho sea de paso, desembocaba en un anticapitalismo inspirado en la sobreestimación de la potencia del dinero. La república es la irresponsabilidad: no hay con ella ni gobierno ni Estado. Es, para Maurras y seguidores, la carencia de los poderes, el régimen del olvido, porque no tiene memoria. Al cabo, la idea republicana y liberal era contraria a la idea nacional. El pensamiento de Maurras es contrarrevolucionario, pero además es reaccionario: como escribiera Remond, hace suya la palabra de su maestro Anatole France prestada al abate Lantaigne y que al cabo será como un *leit motu*: "la democracia es el mal". El nacionalismo, en cuanto tradición cuestionadora y alternativa de la tradición republicana y liberal, compartirá esa afirmación, y el conflicto de legitimidades quedará planteado. La Argentina corporativa, así llamada en cuanto sobre el plano político se expone como alternativa de hecho al modelo representativo democrático, participará en el conflicto con el aliento nacionalista.

Habrà, pues, un nacionalismo corporativo, pero no todo hecho corporativo es necesariamente dirigista o totalitario. La inspiración nacionalista, cuando no es antisistema pone de relieve la importancia de la representación de los intereses siempre que se inserten en un régimen democrático constitucional. Lo que en el corporativismo es régimen, en la democracia pluralista es dato de la realidad.

El nacionalismo es todavía un fenómeno contemporáneo y ha hecho una tradición. La que hemos evocado es la tradición contestataria de la legitimidad constitucional, porque esa tradición es la que plantea el conflicto de legitimidades que resurge en cada crisis o acecha en cada conflicto sobre cuestiones sustantivas.

La reversión argentina del último medio siglo no le es ajena, porque en todo caso es solidaria. El nacionalismo está por todas partes, pero en versiones variadas, no todas iconoclastas. Es notable: impresiona por su universalidad una ideología cuya razón de ser la obtiene del particularismo. Entre los más grandes motores de la historia contemporánea, es causa de bloqueos en sociedades donde el sentimiento nacional conserva su vigor. En cuanto se lo discute, despierta. El nacionalismo saca provecho de ello. Recorre las sociedades, parece tener varias edades que se juxtaponen y contraen en una visión global. En las naciones viejas está ligado a pasados que se retienen como forma de memoria colectiva. En las naciones nuevas está vinculado al hecho colonial. Sus lemas de siempre son principalmente políticos, pero el hecho económico lo sigue de cerca como una prolongación lógica de los primeros.

El más grave error del nacionalismo integrista, doctrinario o restaurador es reconocido por los nacionalistas republicanos, había sido denunciado por los forjistas y es sospechado por una sociedad que necesita de la unidad y de la vertebración nacional.

Este error, en clave política, es que no ofrece fórmula política alternativa que no sea una forma de dictadura. Y en su prolongación económica, que apela al voluntarismo en tiempos de nacionalismos sin autonomía, aun para los imperios.

Está en las palabras de Cristo: "el sábado es para el hombre, no el hombre para el sábado". La Nación es casa política del hombre contemporáneo, pero el hombre no es para la Nación entendida como un absoluto, sin evocar con eso que el misterio de la libertad se le hace inaccesible.

Depende, pues, del nacionalismo moderado por la experiencia y por el examen desapasionado de la teoría política, y por quienes se consideran distintos de esa tradición pero preocupados por el progreso nacional, que el nacionalismo no expropie lo que es solidario, lo viva en solitario y sirva, al cabo, a la discordia profunda.

Se ha distinguido entre un cosmopolitismo antinacionalista que aliena, un nacionalismo reactivo que bloquea y un nacionalismo adoptivo que puede servir a la superación de los procesos regresivos. Nuestra visión de las versiones argentinas del nacionalismo contemporáneo, procura ajustarse a la idea de que el conflicto de legitimidades se ha planteado desde que la tradición republicana democrática

se vio enfrentada por un nacionalismo "antiliberal y antidemocrático" —restaurador y protofascista—, por un nacionalismo "democrático pero antiliberal" y por un nacionalismo "republicano y antidemocrático", donde cada expresión evoca los conceptos ceñidos de la teoría política.

El error se ha visto como una verdad separada de su arquitectura, descolocada y convertida en centro excluyente. Las versiones conflictivas del nacionalismo que hemos identificado según nuestra proposición histórica y política, serán siempre acechantes en cuanto sigan la ruta solitaria y no entren a formar parte del tejido de una verdad política que la sociedad argentina ha descubierto a través de crisis recurrentes, cada vez más graves y amargas: que la construcción de un régimen democrático y pluralista legítimo y estable es ahora una obligación ético social y no sólo una proposición académica.

Las naciones modernas son interdependientes sin perder por eso su identidad, así como la autoridad está a veces constreñida al heroísmo. La tradición nacionalista puede contribuir a la discusión de aquella verdad más alta si abandona el recorrido hacia la tentación autoritaria. Se puede estar a la derecha, en el centro o en la izquierda. No se debe caer en el derechismo o en el izquierdismo sin ceder al espíritu de sistema, condición de la violencia intransigente. El odio, confunde.

En tiempos de crisis, de conflicto profundo de legitimidades, vale recordar en los recorridos históricos y sociales y en las actitudes personales el interrogante dramático de Alfred de Musset: "Cuando se camina, nunca se sabe si estamos pisando una semilla o un despojo".

Una sociedad escapa al estado de naturaleza hobbesiano cuando descubre la diferencia.

8. BREVE EPILOGO BIBLIOGRÁFICO

La bibliografía y las fuentes periodísticas del nacionalismo son incontables. El breve ensayo precedente supone la consulta de libros y periódicos, y aun de panfletos, que el lector podrá encontrar ordenados, en remisión aquí necesaria, en el ensayo testimonial de Zuleta Álvarez, Enrique, *El nacionalismo argentino*, Bs. As., La Bastilla, 1975. La cita de Bertrand de Jouvenel fue volcada por éste en *Les Débuts de l'Etat Moderne*, Paris, 1976, y la de Berlin, Isaiah,

en *Contra la corriente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983. La obra de José Antonio Maravall es *Teoría del saber histórico*, Madrid, 1958 y la frase de Gustavo Ferrari se encuentra en *Esquema del nacionalismo liberal en la Argentina*, en "Revista Criterio", t. 91, Bs. As., 1981. Hans Kohn aparece aludido por *El nacionalismo. Su significado y su historia*, Bs. As., 1966, y por *American Nationalism*, Nueva York, 1957. El "nativismo" norteamericano fue bien estudiado por Higham, John, *Strangers in the land*, Nueva York, 1985, y la cita de Anzoátegui fue tomada de Francis Korn y Lidia de la Torre en *Constituir la unión nacional. 1880-1914*, incluido en Ferrari y Gallo (comp.), *La Argentina del Ochenta al Centenario*, Bs. As., 1980. Joseph Folliet es citado por su artículo *Progresismo e integrista. Ensayo de análisis existencial*, "Revista Criterio", 1955. Julio Menéndez por un raro editorial en "Presencia", revista que dejó de editarse, de 1956. Marysa Navarro Gerassi por *Argentine nationalism of the right. The history of ideological development. 1930-1946*, tesis, Nueva York, 1964. Mónica Quijada por Manuel Gálvez 50 años de pensamiento nacionalista, Bs. As., 1985. Cristian Buchrucker por *Nacionalismo y peronismo*, Bs. As., 1987, y Carlos M. Rama por *Nacionalismo e historiografía en América latina*. El método de análisis de Jean Ladrière fue publicado en *Le l'ouvoir*, por A. Gilson en *Pour une démocratie efficace*, Louvain, 1965. Los antecedentes montoneros constan entre otros en Gillespie, Richard, *Soldiers of Perón. Argentina's Montoneros*, Oxford, 1982; y el tema sindical en Matsushita, Hiroshi - Bailly, Samuel L., *Labor, nationalism and politics in Argentina*, Rutgers, Nueva Jersey, 1967. La alusión al cosmopolitismo nacionalista y otras variaciones se encuentran en Jeffrey, Barret, *Impulse to revolution in Latin America*, Nueva York, 1985. Son pistas para el mapa político de una exploración, y no la exploración toda.

TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS Y DERECHO. APUNTES PARA UNA VISIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO

ERNESTO GAUC *

"Al finalizar el siglo, hemos descubierto que somos parte de un inmenso sistema —o conjunto de sistemas— que va desde las plantas y los animales a las células, las moléculas, los átomos y las estrellas. Somos un eslabón de la 'cadena de ser', como llamaban los antiguos filósofos al Universo".

OCTAVIO PAZ, Discurso al recibir el Premio Nobel de Literatura

1. TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS. NOCIONES GENERALES

La teoría general de los sistemas o su enfoque más amplio, la filosofía de sistemas es la reorientación del pensamiento y la visión del mundo resultante de la introducción del sistema como nuevo paradigma científico.

¿Qué es un paradigma científico? El término "paradigma" ha sido empleado por T. S. Kuhn, particularmente en su libro *La estructura de las revoluciones científicas*, señalando a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas, que durante cierto tiempo proporcionan mode-

* Profesor adjunto de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Teoría General de Sistemas y Cibernética.

Este trabajo es una versión revisada de la exposición efectuada el 7 de noviembre de 1991 en el seminario sobre "Teoría General de Sistemas y Derecho", organizado por el Departamento de Filosofía del Derecho, con el auspicio de la Asociación Argentina de Teoría General de Sistemas y Cibernética (AGESI).

los de problemas y soluciones a una comunidad científica. El paradigma constituye el trasfondo de toda investigación científica y determina los alcances de ésta. Un cambio de paradigma representa una modificación de la estructura que percibimos en el mundo.

Cambio que es sentido como una necesidad en muchas materias del conocimiento, frente a la complejidad de los problemas que nos acosan. Y resulta indudable que la intrincada maraña que constituyen muchos sistemas complejos (en la actualidad, p.ej., la sociedad y economía), hace difícil enfocar adecuadamente el sistema jurídico con las herramientas tradicionales, y, más aún poder actuar eficazmente en este campo, que hasta épocas más o menos recientes fue manejado en forma intuitiva y empírica.

Veamos, pues, ante todo qué es la teoría general de sistemas (en adelante: TGS). Implica una visión totalizadora y holística que pretende pensar reflexivamente la realidad desde lo infinitamente pequeño hasta lo infinitamente grande en términos de conjuntos.

La nueva visión de la realidad descansa sobre el reconocimiento de que todos los fenómenos —físicos, biológicos, psíquicos, sociales y culturales— se encuentran fundamentalmente ligados entre sí.

Se ha definido a la TGS como “el conjunto de conceptos, isomorfismos, modelos y leyes formales, relativos al comportamiento de los sistemas complejos”, debiendo señalarse que “isomorfía” (del griego, iso: igual; morphos: forma) puede caracterizarse como la fórmula, estructura, proceso o interacción que demuestra ser la misma, aunque en términos generales, a través de numerosas disciplinas y escalas de magnitud de sistemas reales, pese a la diferencia obvia de las partes de los distintos sistemas.

La TGS propone, al conjunto de las ciencias humanas, una aproximación formal idéntica de sus diversos problemas y la articulación de ellos alrededor de un mismo eje metodológico. La aproximación por medio de la visión sistemática es la vía para actuar y pensar inter-disciplinariamente o pluri-disciplinariamente. Interdisciplinariedad o pluridisciplinariedad necesaria para enfocar justamente los complejos problemas que se nos presentan actualmente en el área jurídica (p.ej., aquellos que se relacionan con la ecología, el comercio o las finanzas internacionales, la biotecnología, etcétera).

2. CONCEPTO DE SISTEMA

Puede definirse el sistema (real) como "una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales. Se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permite adaptarse a las variaciones de su entorno específico" (p.e.), un aparato de aire acondicionado, un automóvil, un hombre).

Existen leyes generales de sistemas aplicables a cualquier sistema (real) de determinado tipo, sin importar las propiedades del mismo ni los elementos participantes. El concepto de sistema no está limitado, por otra parte, a entidades materiales sino que puede ser aplicado a cualquier "todo" que consiste en "componentes" que interactúan.

El concepto de sistema (como modelo, véase más adelante) —que no debe confundirse con el considerado por los "analistas de sistemas" que por lo general se constituye a partir de elementos y procesos arbitrariamente elegidos con el fin de resolver un problema determinado— surgió como reacción frente al problema cada vez más grave de la creciente estrechez de miras de muchos especialistas y de sus lamentables consecuencias prácticas. Es básicamente una máquina mental de ensanchar miras, una máquina conceptual o metodología para forjar conceptos, siendo el sistema (desde este enfoque) una abstracción, a partir de lo real, abstracción que sirve como modelo de los sistemas reales sometidos a estudio.

La realidad se nos presenta bajo dos aspectos complementarios inseparables: a) lo estructural estático, y b) lo funcional dinámico. El sistema es, pues, un modelo estructural-funcional. Reconoce que los dos aspectos han de estar correctamente integrados y que puede razonarse solamente en forma transitoria y con muchas precauciones teniendo en cuenta a uno solo de ellos.

Un sistema (como modelo), siendo la representación conceptual de algo complejo, tiene que ser consecuentemente, también, complejo. Comporta partes que son subsistemas funcionales y estructurales a la vez. Un subsistema (real) se caracteriza por el hecho de que su existencia se justifica y es posible sólo dentro del sistema y en relación con los otros subsistemas. Los subsistemas suelen a su vez es-

tar constituidos por otros aún más especializados y diferenciados (p.ej., en un hombre el subsistema digestivo, el subsistema nervioso; en un automóvil: el subsistema de encendido, el subsistema de dirección).

El sistema es, por un lado, objeto, o sea un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como un conjunto en un momento dado. Tiene una forma (gestalt). Las estructuras no son caprichosas, corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí.

Pero el sistema (como modelo) también refleja la naturaleza funcional —dinámica— de los sistemas reales. Cumple funciones. Carácter funcional que refleja el hecho de que los sistemas reales que representa, se manifiestan por el desarrollo de un número de procesos coordinados entre sí. Por otra parte los procesos, igual que las estructuras, son jerarquizados. En general, a las subestructuras de los subsistemas corresponden subfunciones. El aspecto funcional del sistema permite usarlo como modelo básico para la descripción dinámica de sistemas reales.

Su doble aspecto, estructural (estático) y funcional (dinámico) permite un estudio coordinado de sus variaciones y sus transformaciones a través del tiempo, y por lo tanto la previsión. De allí su importancia para la ciencia, una de cuyas funciones más importantes es la de tratar de prever el futuro en la forma más certera posible.

La condición previa al uso adecuado de la noción de sistema es la adquisición de una visión sistémica (no sistemática, que es otra cosa) o sea no reduccionista. El reduccionismo busca encontrar lo común, subyacente en la diversidad, refiriéndolo a una sustancia común, como por ejemplo, los átomos. El reduccionismo elimina lo que es esencial a cualquier estructura: la organización de los materiales en varios módulos que funcionan.

Para ello se requiere expresarlo muy sintéticamente: a) percepción de la naturaleza de su entidad, su identidad como distinta del resto del universo, esto es poder distinguir el sistema de su entorno; b) reconocer su funcionalidad propia; c) la correcta apreciación de la dependencia del sistema de su entorno, y la naturaleza precisa de esa dependencia; d) percepción y comprensión de la complejidad interna del sistema, y la organización de ésta, y e) descubrimiento de los caracteres dinámicos del sistema.

La TGS estudia a los sistemas tratándolos a partir de su organización interna, sus interrelaciones recíprocas, sus ni-

veles jerárquicos, su capacidad de variación y adaptación, su conservación de identidad, su autonomía, las relaciones entre sus elementos, sus reglas de organización y crecimiento, su desorganización y destrucción, etcétera.

Una de las virtudes esenciales de la TGS es la de tratar conjuntamente a los sistemas sin prescindir de sus relaciones con su entorno, manteniendo además las conexiones internas y externas de sus elementos, todo lo cual no puede ser separado sin destruir la esencia del sistema, es decir su unidad. (Una de las ideas básicas de la TGS, es que "el todo es más que la suma de sus partes", porque sus características constitutivas no son explicables a partir de las características de las partes aisladas. El todo es otra cosa que la suma de sus partes. Y es más porque la entidad de nivel superior tiene otras capacidades que las partes que lo componen.)

Si bien el sistema (como modelo) es una abstracción, lo es a partir de lo real, y ello de acuerdo a una metodología lo más rigurosa posible.

El sistema se compone de numerosos elementos organizados en grupos (o subsistemas). Cada subsistema tiene, por lo general, una estructura y una funcionalidad propias y constituye, a su vez, un sistema, cuyo entorno inmediato es el sistema del cual es parte.

Por su parte, un subsistema se caracteriza por el hecho que su existencia se justifica y es posible sólo dentro del sistema y en relación con los otros subsistemas.

Los subsistemas están generalmente muy conectados entre sí y funcionan interrelacionados. Suelen a su vez estar constituidos por subsistemas aún más especializados y diferenciados, aunque siempre enmarcados dentro del sistema.

El entorno del sistema es el universo entero, pero es realmente significativa aquella parte del universo con el cual mantiene intercambios de cierta importancia y de manera más o menos frecuente. Por ello suele hablarse de entorno significativo y ambiente.

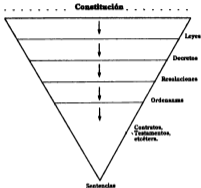
Todos los sistemas son autónomos, o sea se manejan según leyes propias internas, pero esto se cumple sólo hasta cierto límite. Es decir, la autonomía es siempre relativa, no absoluta. Por ejemplo, el hombre es autónomo pero en cierto modo depende de su entorno: el aire, los alimentos, etcétera.

3. SISTEMA JURÍDICO. CONCEPCIÓN TRADICIONAL. Kelsen, ROSS, HART, LOS "TRIDIMENSIONALISTAS"

Con la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen se orienta definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para una construcción teórica del campo del derecho no ya el concepto de norma, sino el del ordenamiento entendido como sistema de normas. La orientación hacia la representación de un determinado campo de investigación como un sistema es decir, como conjunto de elementos en relación, interdependientes entre sí y con el todo, era una tendencia general de las ciencias sociales en aquellos años. Kelsen participó con algunos de los notables tratadistas de esta rama de la ciencia en el descubrimiento del sistema como meta de la investigación, entendido como una totalidad cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de los elementos específicos.

Dice Kelsen en su Teoría General del Derecho y el Estado: "El Derecho no es una regla, como a veces se dice. Es un conjunto de reglas que tiene esa clase de unidad que concebimos como un sistema. Es imposible captar la naturaleza del Derecho limitando nuestra atención a la regla aisladamente. Las relaciones que ligan entre sí a las normas particulares de un ordenamiento jurídico son esenciales a la naturaleza del Derecho. Sólo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del Derecho". A partir de Kelsen, la generalidad de los tratadistas coinciden en la concepción del derecho como un sistema de normas. Así sucede, por ejemplo, con las dos principales obras de Teoría del Derecho publicadas en los últimos treinta años: *Law and Justice* de Alf Ross (1958) y *The concept of law* de Herbert L. A. Hart (1961).

En efecto, desde la idea de Kelsen de un verdadero orden jerárquico de normas construidas a partir de una norma fundamental y sobre la base de órganos productores de sucesivos niveles normativos, sobre la base de un procedimiento predeterminado y dentro de límites previamente asignados, se puede afirmar la unidad orgánica del Derecho. Merkl, discípulo de Kelsen, graficaba esto con la figura de una pirámide invertida (ver figura 1).

Norma Fundamental (Hipotética)**Figura 1**

Ross y Hart insinúan una apertura y conexión del sistema kelseniano, aun prácticamente cerrado en sí mismo, a otros sistemas y realidades que se conectan con él, el sistema social, el sistema ecológico, el sistema económico, etcétera.

Kelsen sitúa la existencia de la norma en su validez formal, esto es, en su conformidad con una norma superior; Ross funda su validez sobre la existencia en tanto que eficacia. Sin negar la normatividad del Derecho, la considera como una clase de lenguaje que constituye un fenómeno real, y que tan sólo por eso es válido. "Un sistema de normas es válido si es idóneo para funcionar como un esquema de interpretación del correspondiente conjunto de acciones sociales, en forma tal que no sea posible comprender este

conjunto como un todo coherente de significados y motivación, y que dentro del mismo sea posible, dentro de ciertos límites, la previsión". Tal idoneidad del sistema de normas para servir de instrumento de interpretación se funda en el hecho de que las normas "sean observadas efectivamente, en tanto que sentidas como socialmente obligatorias"; "un sistema jurídico nacional considerado como sistema válido, puede ser definido como aquellas normas que son, efectivamente, operantes en la mente del juez, ya que por él son consideradas como socialmente obligatorias y, por ello, obedidas".

Estima Hart que el Derecho puede ser considerado desde dos puntos de vista, el externo y el interno. Quien se sitúa frente al mismo desde el punto de vista externo comprueba que determinados sujetos se comportan según determinadas reglas, lo que le hace decir que en ese lugar, constituyen Derecho, cierto tipo de normas. El punto de vista interno es aquel por el que precisamente tales normas son consideradas como Derecho, es decir, el consentimiento prestado a las mismas normas. Así entonces, el Derecho es aquello que siendo considerado como tal, como tal es aplicado, y que, desde el punto de vista externo como tal se encuentra efectivamente individualizado. Se necesita "que exista una actitud crítica reflexiva hacia ciertos modelos de comportamiento considerados como criterios comunes y que esa misma actitud se traduzca en un sentido crítico (incluso autocrítico), en exigencias de conformidad con los modelos, y en el reconocimiento de que ese sentido crítico y esas exigencias se hallen justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de *debo*, *deber*, *tener que*, *correcto* o *incorrecto*". Hart explica cómo las normas asumen su calificación jurídica y llegan a ser parte de su sistema jurídico, cómo se transita del mundo prejurídico al mundo jurídico. Su método consiste en la distinción entre los dos tipos de normas. Las primeras son las del tipo básico o primarias, se exige de los seres humanos que hagan o se abstengan de hacer ciertas acciones, lo quieran o no. Las otras normas, en cierto sentido derivadas o secundarias respecto a las primeras, prevén que los seres humanos, haciendo o diciendo ciertas cosas, pueden introducir nuevas normas del primer tipo, derogar o modificar las antiguas, o, por otros medios determinar su incidencia o controlar su funcionamiento. Las normas del primer tipo imponen deberes. Las normas secundarias son de tres tipos: a) las de reconocimiento, por las cuales los

miembros de la comunidad dispondrán del reconocimiento autorizado de que determinadas normas son jurídicas y han de ser obedecidas y pueden aplicarse por la fuerza dentro del grupo; b) las de cambio, que dan potestad para introducir nuevas normas y eliminar las viejas y, también, otorgan potestad a los particulares para llevar a cabo transacciones; y finalmente, c) las normas de adjudicación, con las cuales se confiere poder a ciertos individuos para emitir pronunciamientos autorizados sobre la incidencia o infracción de normas primarias. Tales normas identificarán a los individuos que tienen autoridad para aplicarlas, especificarán el procedimiento a seguir y las sanciones.

Como ya señalaba en la década del 30 el iusfilósofo norteamericano Félix S. Cohen, es falsa la concepción del Derecho como algo que existe completo sistemáticamente en un momento dado del tiempo, y criticaba la concepción tradicional de la ciencia jurídica que trata de darnos una foto instantánea de un sistema existente y complejo (véase lo dicho acerca de la doble característica estructural-funcional de los sistemas). Más aún, ya a fines del siglo XIX —según afirma Niklas Luhmann—, el concepto de la construcción jurídica de Ihering exige como consecuencia el paso a otro concepto de sistema, en concreto la concepción del sistema jurídico como sistema de la realidad social, como sistema parcial de la sociedad.

Diversas teorías han tratado de conectar el sistema jurídico con los hechos y los valores, es decir con otros sistemas, elaborando lo que se dio en su momento llamar las teorías "tridimensionalistas" del derecho (Reale en Brasil, Jerome Hall en Estados Unidos de Norteamérica, en cierto modo Carlos Cossio con su teoría egológica en nuestro país) pero han fracasado por la dificultad que encontraron para basar metodológica y epistemológicamente esas dimensiones entre sí.

Hace ya más de veinte años decía Norberto Bobbio que la teoría general del Derecho nunca se ha encontrado en condiciones tan favorables para ensanchar su campo y para cavarlo más a fondo; piénsese, decía, en la ayuda que ha recibido de disciplinas en rápido desarrollo como la Teoría General de Sistemas. Cerrado, pero no agotado el período kelseniano, ahora está por comenzar para la teoría general del derecho el período siguiente, en el que se ve surgir dos grandes tareas: la elaboración de nuevos esquemas conceptuales para la comprensión de los profundos cambios de una sociedad en transformación y la confrontación con las

teorías producidas más o menos en los mismos años, en análoga dirección aunque de modo independiente, en campos como los de la lingüística, la sociología y la ciencia política.

4. SISTEMA JURÍDICO. ENFOQUE SISTÉMICO-CIBERNÉTICO

Ahora bien, la TGS permite ver la realidad social como un sistema, dentro del cual se encuentra ubicado, como subsistema, el Derecho.

A su vez el conjunto de las normas jurídicas —o criterios de decisión, como dice Guibourg—, luego de un país, puede ser considerado como un sistema. Sistema que a su vez se integra con subsistemas, por ejemplo los subsistemas provinciales, municipales, administrativos, judiciales, o desde otro ángulo, los subsistemas procesales.

También puede, de acuerdo con la evolución moderna del Derecho internacional, pensarse al Derecho internacional como un sistema del cual los diferentes Derechos nacionales son subsistemas, pero no nos explayaremos sobre esto que tiene sus dificultades teóricas, prácticas y políticas.

El sistema jurídico es un sistema centralizado, jerárquico (los sistemas jerárquicos se caracterizan por la presencia de reguladores) en el caso de los sistemas sociales humanos, controles que apuntan a la consecución de metas (en el caso del Derecho: jueces, legisladores). El sistema jurídico actúa como regulador del sistema social. Se relacionan así hechos, valores y normas, esto es los distintos sistemas cuya conexión tanto preocupaba a los tridimensionalistas.

Podemos aplicar al universo jurídico lo que dice François de la sociedad: "A grosso modo, toda sociedad es un sistema, lo que no implica que sea un sistema perfecto. En efecto una sociedad (y un sistema jurídico) tiene muchas de las características generales de un sistema, como por ejemplo: 1) estar hecho de partes y/o elementos interconectados (especialmente, pero no solamente, normas); 2) el ser dependiente de un metasistema significativo (la sociedad); 3) el presentar algún comportamiento colectivo o global; 4) el presentar algún tipo reconocible de egresos a partir de ingresos característicos (leyes, en sentido amplio, sentencias); 5) el ser capaz de mantener su propia organización interna durante algún período de tiempo.

Además las sociedades (y el Derecho), como sistemas que son, presentan también aspectos cibernéticos: 1) están sometidos a realimentaciones, positivas y/o negativas provenientes del medio ambiente y también son capaces de ejercer sus propias realimentaciones (ver ap. 6); 2) poseen variedad interna, lo que les posibilita adaptarse y pasar de un estado a otro; 3) poseen controles que regulan las interrelaciones entre sus partes (p.ej., en los sistemas democráticos el esquema de la división de poderes del Estado); 4) poseen sus propias regulaciones y reservas, lo que les da autonomía frente a las fluctuaciones aleatorias de su entorno".

El Derecho, como todos los sistemas culturales, es un sistema abierto, que intercambia, en forma activa información y se relaciona combinándose e interfiriendo con los otros sistemas. Este enfoque no es compartido, al menos totalmente, por una importante corriente de autores, los cuales, basados en las teorías de dos biólogos chilenos, Maturana y Varela, consideran al sistema jurídico como autopoietico, es decir como autogenerado, y, en consecuencia, como prácticamente cerrado, produciéndose, en consecuencia solamente realimentaciones internas.

El doctor Ulises H. Lagano ha dicho que desde un punto de vista sistémico puede definirse al Derecho "como un sistema de información obligatorio, que tiende a obtener la adecuación de todas las conductas a cada nuevo estado del sistema, según la información que éste brinda".

Conviene hacer un alto aquí y, muy brevemente introducir algunas nociones sobre la cibernética, disciplina íntimamente vinculada con la TGS: la palabra viene del griego *Kybernetés*, que era el timonel de las antiguas naves. Así pues su etimología está relacionada con el control y el gobierno. Ahora bien, lo que estabiliza y coordina el funcionamiento de sistemas complejos como los seres vivos o las sociedades (o un cañón, porque la cibernética, como tantas otras cosas, nació de la inventiva bélica) y les permite hacer frente a las variaciones del ambiente y presentar un comportamiento más o menos complejo es el control que le permite al sistema seleccionar los ingresos (inputs) para obtener ciertos egresos (outputs) predefinidos. Este control está compuesto por una jerarquía de regulaciones interrelacionadas que tiene como función principal el arbitraje entre ellas. La regulación está constituida por los mecanismos que le permiten al sistema mantener su equilibrio dinámico y alcanzar o mantener un estado. Y dentro del

mecanismo de regulación está comprendida la noción de retroalimentación, sobre la cual hablaremos más extensamente en el ap. 6.

Sobre tal base cibernética, podría ser reformulado y graficado en su real complejidad el esquema clásico y mecanicista de la división de los poderes ideado en su momento por Montesquieu (y sustentado en su propio paradigma), concebido como una estructura de pesos y contrapesos que ya no se adecua a la complejidad de nuestras estructuras constitucionales modernas. En tal sentido ha dicho, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Peralta c/Banco Central de la República Argentina" que "el principio de la llamada 'división de poderes' se presenta como un sistema de restricciones a la actividad del poder, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculados por su natural interrelación funcional. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad que busca el equilibrio y la armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos sin que por ello deje de existir entre ellos una necesaria coordinación".

Se ve así, claramente, la superación de la postura metodológica y epistemológica vigentes hasta el período kelseniano, que se maneja todavía, en cierta manera unidireccionalmente, sustituyendo la noción de causa y efecto por la de imputación (en cierto modo similar a nivel de lo normativo). Pero es que, tan determinantes como pueden aparecérsenos las normas jurídicas en su capacidad de influencia sobre la vida social, tan libres como pueden parecer las condiciones en que se produce su confección (por el legislador) y su aplicación (por el juez y las autoridades administrativas, y aun los particulares), la realidad es que ellas son concebidas y actúan por y bajo la acción directa de los datos exteriores al sistema jurídico, lo que hemos llamado el entorno. Ello surge claramente cuando observamos la manera en el cual el sistema económico, el sistema político, el sistema administrativo, para no nombrar sino los más importantes, ejercen, en forma permanente su influencia sobre él; y a su vez, el sistema jurídico actúa sobre estos sistemas, produciéndose un lazo de retroalimentación.

Recordemos la figura 1, la imagen de la pirámide invertida jurídica propuesta por Merkl para graficar el proceso de creación y aplicación del Derecho, sobre las bases de las propuestas formuladas en la Teoría Pura del Derecho. Tal pirámide podría, por ejemplo, ser sustituida, con prove-

cho, por una figura multidimensional en la que además del proceso interno de creación de normas, a través de los distintos subsistemas y sus jerarquías también entrara a jugar el factor tiempo, es decir la evolución de estos distintos subsistemas y del sistema en su totalidad, así como la retroalimentación, interna y externa, es decir la influencia del entorno sobre el sistema y del sistema sobre el entorno. Un programa de computadora podría lograr, creemos, bosquejar esta multifacética figura, generando un modelo estructural -funcional, estático, dinámico- del sistema jurídico con indudable provecho tanto para la enseñanza como para la experimentación.

Pues ésta es la idea fundamental de la teoría general de sistemas, poder generar un modelo adecuado del sistema real para poder, entre otras cosas, estudiar las isomorfias que ostenta, con relación a otros modelos, de otras disciplinas.

5. RELACIONES DEL SISTEMA JURÍDICO CON EL ENTORNO

Dice Orianne que el Derecho, desarrollándose en el interior de la sociedad está en comunicación permanente con ella, le transmite informaciones a las cuales aquélla reacciona; informado de estas reacciones adapta su dispositivo en función de aquélla. La vida del Derecho, su dinámica, son así en gran parte la consecuencia de sus comunicaciones con el medio societal.

Los sistemas que elaboran informaciones (como el caso del Derecho) están unidos doblemente con su entorno social, concretamente por el input y el output. Las reglas por las que se orienta el sistema y con las que limita la relevancia de decisión del entorno guían la transformación del input en output. Dice Luhmann que el primado de la orientación al input, esto es, el enfoque tradicional y conservador del Derecho ha de sustituirse por un primado de la orientación al output, se debe enderezar el sistema jurídico hacia sus consecuencias sociales y ha de ser controlado a su vez por sus consecuencias. Es decir no adoptar solamente una actitud conservadora y tradicionalista, no apta para un mundo en rápida transformación sino enfocar los efectos que producirá el Derecho sobre su entorno, cuando se legisla o se dictan sentencias y el desenvolvimiento del Derecho, a su vez condicionado por las reacciones que produce sobre la sociedad.

6. RETROALIMENTACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

Dado que, como hemos visto las relaciones de los distintos subsistemas entre sí y con el entorno son de importancia fundamental para la estabilidad y el funcionamiento del sistema, debemos hablar ahora de la retroalimentación.

Para graficar un proceso de retroalimentación (o como se lo denomina usualmente en cibernética, *feedback*) tomemos como ejemplo un termostato usado en una heladera o aire acondicionado.

Él se encarga de decidir cuándo encender o apagar el motor para alcanzar una determinada temperatura, manteniéndola, en consecuencia más o menos uniforme.

Existe un lazo de retroalimentación, cuyo objetivo es mantener el interior a temperatura baja. Decimos que si el sentido de la corrección contrarresta la variación que está sufriendo la variación observable (egreso) del sistema, la retroalimentación será negativa. La retroalimentación negativa tiende a estabilizar o mantener constante el egreso regulado. Y esta estabilización es activa frente a las perturbaciones que sufre el sistema, internas o externas. Si, en cambio, dichas diferencias se acentúan la retroalimentación es positiva (o amplificadora).

El lazo de retroalimentación es un lazo de comunicación que transporta información acerca de las diferencias entre el valor de referencia y los valores actuales.

Un ejemplo típico de retroalimentación positiva se encuentra en las reacciones químicas explosivas: iniciada la reacción, el aumento de la temperatura aumenta la velocidad de reacción, lo que aumenta más la temperatura; en tiempos muy breves la reacción llega a propagarse más rápido que el sonido y la temperatura alcanza miles de grados. El sistema se destruye.

El equilibrio del sistema puede describirse en términos de retroalimentaciones reiteradas.

En el ámbito jurídico:

Feedback negativo (medio a estabilizar). Por ejemplo, aumento de delitos, aumento de penas; mayor necesidad de dinero por el Estado, aumento de impuestos.

Feedback positivo (medio a incrementar). Por ejemplo, normas impositivas que acentúan diferencias entre ricos y pobres, desestabilizan el sistema.

Aquí también puede aplicarse el clásico tema cibernético de la caja negra. Se trata de observar: las reacciones del sistema a los estímulos que recibe del exterior. No sabemos exactamente qué es lo que pasa en el interior del mismo, pero puede observarse la exteriorización de su reacción; el sistema puede hacerlo en forma distinta ante determinado estímulo por diferencias en dos estados internos (p.ej., la existencia de jurisprudencia contradictoria).

Paul Orianne bosqueja un esquema del ciclo de creación y aplicación del Derecho que ejemplifica la compleja interrelación de las distintas etapas, así como también las aperturas del sistema hacia el exterior (o ambiente) (ver figura 2). Todo ello muestra que conceptos tales como el *feedback* (la influencia retroalimentadora de los diversos productos normativos -p.ej., de sentencia sobre las sentencias posteriores y sobre la legislación a dictarse-), la aplicación de la noción de homeostasis (la búsqueda de equilibrio del sistema -que se emparenta con la noción de la búsqueda de la paz por medio del derecho, tan elaborado por Kelacn-), pueden ser utilizados con provecho en diversos ámbitos de la teoría y política jurídicas.



Figura 2

* Apertura del sistema a la intervención, notoriamente de los juristas y de representantes de grupos sociales de personas que defienden sus intereses personales.

7. UN ENFOQUE SISTÉMICO DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Dice Alf Ross que las reglas de interpretación en realidad no son tales, sino implementos de una técnica que, dentro de ciertos límites, habilita al juez para alcanzar la conclusión deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo preservar la ficción de que sólo obedece la ley y los principios objetivos de la interpretación.

De la misma manera que el jugador de ajedrez, dice, está motivado no sólo por las normas de ajedrez, sino también por el propósito del juego y por el conocimiento de su teoría, también el juez está motivado por exigencias sociales y por consideraciones sociológicas.

La teoría general de sistemas, y particularmente un autor que ha evolucionado dentro de esta nueva orientación, Arthur Koestler, han hecho aportes que me parecen interesantes. Koestler ha acuñado el término *holón*, el que puede aplicarse a cualquier subsistema estructural o funcional de una jerarquía biológica social o mental que manifieste una conducta gobernada por reglas y/o una constancia estructural de *gestalt*. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el sistema jurídico constituye un tal subsistema social, cuya función es reguladora de la conducta humana en sociedad, o sea es un *holón* ubicado en un determinado nivel de lo que él llama una *holarquía*, o sea jerarquía de *holones*, es importante lo que el mencionado autor señala en el sentido de que todo nivel de una *holarquía* de cualquier tipo se rige por una serie de reglas invariables y fijas, que explican la coherencia, la estabilidad y la estructura y función específica de los *holones* que la constituyen. En el caso del Derecho, éstas serían las normas jurídicas, escritas o no escritas, vigentes en un determinado momento, lo que Koestler llama *código* o *canon*, caracterizado como la serie de reglas fijas que gobiernan la estructura y funciones de un *holón*. Pero esto es lo destacable: dice que hay que señalar que, aunque el canon imponga limitaciones y controles a la actividad del *holón*, no agota sus grados de libertad, sino que deja espacio para estrategias más o menos flexibles, guiadas por las contingencias del medio ambiente. Y esta distinción entre *códigos* fijos (invariables) y estrategias flexibles (variables) puede parecer un poco abstracta al principio, pero resulta fundamental para toda conducta que tenga un propósito pues, por ejemplo en el caso de un juego como el aje-

drez, el código define las reglas del juego que le confieren orden y estabilidad pero que también le permiten flexibilidad; y que esas reglas sean innatas o adquiridas, están representadas en forma codificada en los diversos niveles de la jerarquía. Siguiendo con el ejemplo del ajedrez: lo que guía la elección de una jugada que se considera buena son preceptos estratégicos de mucho mayor complejidad que las simples reglas del juego. En el caso de un abogado (y lo mismo, apuntemos nosotros, vale para el juez) también él opera dentro de las reglas fijas establecidas por los estatutos y precedentes, si bien dispone de una amplia gama de estrategias para interpretar y aplicar la ley.

Así pues los diversos métodos o mecanismos usados para la interpretación, serían en realidad formulaciones de estrategias que pueden seguirse para obtener un determinado propósito, elementos que proporcionan flexibilidad al sistema (u holón), que se encuentra guiada o motivada por las contingencias del medio ambiente (en el caso, social político, económico y aún natural). Y de allí pues la evidente, natural y necesaria incidencia en la tarea de interpretar y aplicar el derecho de elementos externos a las normas o reglas que rigen el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Cohen, Félix S., *El Método funcional en el Derecho*, Albeledo-Perrot.
- François, Charles, *Esbozos matemáticos en el estudio de las sociedades*, Cuadernos del GESI, 1988.
- Hart, H. L. A., *El concepto del Derecho*.
- Grus, Ernesto, *La teoría general de sistemas y la tributación*, La Información, t. LX, p. 1988.
- *Un nuevo enfoque para la teoría general del Derecho*, LL, 1988-A-789 y TGS n° 12.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y el Estado*.
- *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba.
- Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCR.
- Koestler, Arthur, *Jano*.
- Oriana, Paul, *Introduction du système juridique*, Ed. Bruylant.
- Quiroga Lavie, H., *Cibernética y política*, Ciudad Argentina, 1988.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba.
- Teubner, Gunther (ed), *Autopoietic Law*, De Gruyter.
- Von Bertalanffy, Ludwig, *Teoría general de los sistemas*, FCE.

LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO

JORGE G. POSTELA *

1. Introducción

La antigüedad clásica concibió siempre –a través de sus más grandes pensadores– la importante función que debe cumplir el derecho positivo en el desenvolvimiento y basamento mismo de la sociedad política. Desde luego, para el pensamiento tradicional, el mundo de las normas jurídicas positivas debe siempre ser reflejo de un orden superior, estable, permanente, que se manifiesta ora en la armonía cósmica (para el hombre pagano), ora en la ley natural (para el hombre cristiano), que permite acceder al conocimiento de la ley eterna, plan de la sabiduría divina en cuanto dirige todas las acciones y mociones humanas.

2. RELACIONES ENTRE LO JUSTO POSITIVO Y LO JUSTO NATURAL EN GRECIA Y ROMA

Un buen ejemplo de lo expuesto precedentemente lo podemos encontrar en Aristóteles, quien en su *Ética a Nicómaco*, dice: "En el derecho político una parte es natural y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que

* Profesor adjunto regular de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la cátedra de Zuleta Pasciro en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto" (libro V, cap. 7, 1134 b).

El pensamiento aristotélico parece haber sido copiado más o menos textualmente siglos más tarde por las *Institutas* de Gayo, donde se expresa: "Todos los pueblos que están regidos por las leyes y las costumbres, siguen en parte un derecho que les es propio, en parte un derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado a sí mismo le es propio y se llama derecho civil (*ius civile*), es decir el derecho propio de la ciudad (*ciuitas*), mientras que aquel derecho que la razón natural (*naturalis ratio*) establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos es llamado derecho de gentes (*ius gentium*), es decir el derecho usado por todas las naciones (*omnes gentes*). Es por eso que el pueblo romano está regido en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común a todos los hombres" (*Institutas*, I, 1).

En todo caso se alude en las obras citadas que el derecho de una sociedad perfecta, de una comunidad políticamente independiente y soberana es en parte de origen natural, y en parte de origen humano, es decir, convencional. La idea también está presente en Cicerón, quien a través de fórmulas estoicas afirmaba que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza (*Las leyes*, libro I, 16).

3. JUSTICIA-PRUDENCIA E INTELIGENCIA-VOLUNTAD

Ahora bien, corresponde a la recta prudencia política del legislador el poder descubrir el orden antes mencionado, de tal suerte que las normas jurídicas positivas sean su fiel reflejo. Así, "en la ciencia política hay una prudencia que es como la del jefe o la del arquitecto: ella otorga la facultad de dictar leyes", tal como lo sugiere Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco.

Según esta concepción, declarar o definir el derecho a través de las normas pertenece a la prudencia¹, pues esta virtud cardinal², permite reconocer la realidad y como con-

¹ *Suma teológica*, II-II, q. 60 a. 1.

² La expresión cardinal proviene del latín, *cardo*, que designa al eje o al quicio. Precisamente se denominan virtudes cardinales porque son el eje alrededor del cual gira toda la vida moral del hombre.

secuencia de ello obrar con justicia. En otras palabras: las cosas o los derechos a distribuir forman parte de la realidad y por lo tanto no podremos distribuir con justicia si no conocemos lo real¹.

Ciertamente, la justicia es una virtud que rectifica a la voluntad y la inclina a seguir las ordenanzas de la ley en lo que mira al bien del otro. Sin embargo, en la confección de las leyes positivas, para obrar con rectitud es menester que la voluntad del legislador esté impregnada de justicia. Como enseña Lechance, "para establecer el orden que va al bien común es necesario, previamente, desearlo. Se necesita acallar las ambiciones desordenadas, purificar el querer de todo rasgo de parcialidad, y esto es la obra de la justicia"².

Explicuemos esto: "No todo lo que le place al príncipe tiene vigor de ley puesto que de lo contrario caeríamos en un voluntarismo irrefrenable. La razón impera a la voluntad y le sirve de inteligente guía para un actuar recto; desde luego la voluntad es importante porque sin ella no tenderíamos hacia algún bien, pero si tendemos hacia algún bien es porque previamente lo hemos conocido gracias a la inteligencia"³.

En efecto, antes de determinarse los medios es necesario querer el fin. Y la determinación definitiva que impera la inteligencia implica el querer del fin. Quien no quiere el fin, no impera los medios que a él llevan; y quien quiere un fin malo, no puede obligar a nadie a los medios que a éste conducen. Si se concede que la ley es la voluntad del rey, es menester recordar que la voluntad, por tener razón de ley, no debe ser una voluntad fantascadora, caprichosa, desviada, una voluntad sin forma y sin regla, sino una voluntad enriquecida por una dirección apropiada para la sociedad a la que van dirigidas las normas; una voluntad, por tanto, que tiene su forma y su regla en la razón. La regla propia y homogénea de todo acto, aun la del rey, es la

¹ Acerca de la interconexión entre los valores y las virtudes, así como también entre el ser y el valor. Ver Portela, Jorge, Paz y justicia. El orden de los valores, Mocim, n.º XIV, p. 139 a 146.

² T.R.P. Lechance, Louis, El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás, Bt. As., 1953, p. 121.

³ Portela, Jorge, El voluntarismo en Don Escoto y la noción de contrato, "Prudentia Iuris", t. II, p. 49 a 60 y Apostillas en torno al voluntarismo jurídico, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", t. 51, p. 73 a 84.

razón. Desde que el legislador desprecia el orden de la razón, se desliza fatalmente por la pendiente de la iniquidad⁴.

De allí que en la antigüedad clásica se haya insistido tanto no sólo en la importancia que tenía la ley como fundamento del orden en la polis (recordemos el célebre pasaje de Heráclito cuando expresaba que el pueblo debía luchar por la ley como por sus murallas) sino también en el carácter de justicia —rasgo éste necesario e imprescindible— que la norma jurídica debía poseer.

Así las cosas, no resulta inocente que en el pensamiento tradicional se reafirmara a la ley como un principio general de vida, lo que se patentiza incluso en la existencia de un gran número de obras tituladas *Sobre las leyes*⁵. Ello indica, en todo caso, la importancia y el respeto que le debía el hombre antiguo al mundo de las normas jurídicas positivas: en la medida en que sea respetada por el legislador la sujeción de la ley a la justicia, esa misma "ley" opera como una verdadera línea de demarcación entre la barbarie y la civilización. De esta forma el derecho positivo es el basamento mismo de la sociedad política en tanto que él permite la consecución del orden, la paz, la seguridad y el bien común.

4. EL APORTE DEL CRISTIANISMO AL CONCEPTO DE AUTORIDAD

El respeto a la autoridad, en tanto la misma sea legítima y justa, ha sido siempre una constante en el pensamiento

⁴ Ver Lachance, *El concepto de derecho*, p. 127. Curiosamente, Aristóteles define a la ley como la "razón sin pasión" (*Política*, I, 16, 1287 y De anima, 3, 19, 433 a 28). Por otra parte entre los romanos el fundamento de la autoridad soberana es la autoridad de la ley, de allí que "nada hay tan propio del imperio como el vivir según las leyes", sosteniéndose además: "todos se rijan por las leyes, aun los pertenecientes a la divina casa" lo cual fuera sintetizado admirablemente por Cicerón cuando sostenía que puesto que todas nuestras comodidades, los derechos, la libertad, la salvación, en fin, las obtenemos de las leyes, no nos apartemos de las leyes.

⁵ Jaeger, W. *Alabanza de la ley*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 4. Pueden mencionarse, a simple título de ejemplo, las obras de Platón, Cicerón y Teofrasto. Utilizaremos aquí la palabra tradición en el sentido empleado por René Guénon. Ver al respecto, *El reino de la cantidad y los signos de los tiempos*. Ayuso, Madrid, 1978, especialmente el cap. XXXI ("Tradición y Tradicionalismo"). En *Crisis del mundo moderno*, el gran pensador francés afirma que la aparición de las doctrinas "naturalistas" o antimetafísicas siempre se produce cuando el elemento que representa el poder temporal en una civilización asume predominio sobre el que representa a la autoridad espiritual (ver *Crisis del mundo moderno*, Huemal, 1968, p. 85, nota 1).

Cristiano y un buen ejemplo de ello lo encontramos en la Epístola de San Pablo a los Romanos (13,1): "Todos estén sometidos a las autoridades superiores. Porque no hay autoridad que no provenga de Dios, y cuantas existen han sido establecidas por Dios". Y el pensamiento paulino continúa del siguiente modo: "... quien desobedece a las autoridades, desobedece a la ordenación de Dios. Por consiguiente los que tal hacen, ellos mismos se acarrearán la condenación. 3. Mas los magistrados no son de temer por las buenas obras que se hagan, sino por las malas. ¿Quieres tú no temer de aquel que tiene el poder? Pues obra bien; y merecerás de él alabanza. 4. Porque es un ministro de Dios para tu bien. Pero, si obras mal, tiembra; porque no en vano se ciñe la espada, siendo como es ministro de Dios, para ejercer su justicia castigando al que obra mal. 5. Por tanto, es necesario que le estéis sujetos, no sólo por temor del castigo, sino también por conciencia. 6. Por esta misma razón pagad los tributos; porque son ministros de Dios, a quien en esto mismo sirven. 7. Pagad, pues, a todos los que se les debe: al que tributo, tributo; al que impuesto, impuesto; al que temor, temor; al que honra, honra".

El párrafo citado, que se refiere no solamente a las autoridades eclesiásticas sino también a las civiles, nos muestra la actitud de respeto y sumisión que debe guardar el cristiano respecto del gobernante justo. Se privilegia aquí a la autoridad y el poder que éste entraña puesto que la unidad del poder permite guiar la diversidad de voluntades individuales. Además en la medida en que la autoridad es legítima y cumple su finalidad específica, permite realizar y plasmar el orden necesario para la convivencia de los individuos.

Una de las manifestaciones externas de la autoridad, consiste en la posibilidad de dictar leyes que, como hemos visto, deberán poseer la característica esencial de ser justas. Para el hombre moderno quizás esto pueda ser una perogrullada, pero el hombre antiguo vivía muy íntimamente la conexión necesaria existente entre derecho y justicia: el razonamiento es lógico puesto que si la autoridad proviene de Dios, ella debe expresarse a través de normas y políticas rectas y que por lo tanto, necesitarán ser obedecidas.

No es que en la antigüedad clásica se cayera en la ingenuidad de suponer que toda norma, al provenir de una autoridad legítima, adquiriría automáticamente la cualidad de justa. Al respecto, la injusticia era considerada una verdadera patología que debía evitarse a toda costa y cuyas cau-

sas más comunes se podían encontrar —como ya se explicó anteriormente— en un acendrado voluntarismo en desmedro de la inteligencia rectora, o en una desordenada compulsión de las pasiones humanas debida asimismo a que ellas no resultan guiadas adecuadamente por la recta razón.

5. EL EJEMPLO DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Lejos de ello, el análisis del fenómeno jurídico es realista, y más bien las características que debían presentar las normas, funcionaban como verdaderos recordatorios que debían ser seguidos por los encargados de dictar las normas jurídicas positivas. Al respecto resulta digno de mención lo que afirmara San Isidoro de Sevilla alrededor del año 613 en sus *Etimologías* (V, 21); al estudiar cómo debía ser confeccionada una ley: “La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara —no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error—, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”.

El pensamiento isidoriano se repite prácticamente como una constante en la antigua legislación española y en todas las recopilaciones posteriores al *fuero juzgo*. En esta última, por ejemplo, encontramos: “La ley es por demostrar las cosas de Dios, é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que faze, é que ordena las buenas costumbres, é gobierna la cibdad, é ama iusticia, y es maestra de virtudes, é vida de tod. el pueblo”. “La ley deve seer manifesta, é non deve ninguno seer engannado por ella. Et deve seer guardada según la costumbre de la cibdad, é debe seer convenible al lugar, é al tiempo, é debe tener derecho, y igualdad, é deve seer honesta, é digna é provechosa, é necesaria. E debe omne ante catar, si aquello que ella demuestra nasce mas por pro adelantre, que por damno. Que entienda omne, si terná más pro que nuzimiento, é si manda tener honestad, é si se pued tener sin periglio” (libro I, título II, leyes II y IV).

Del mismo modo en el *fuero real* de España se afirma: “La ley debe ser manifesta, que todo home la pueda entender, y que ninguno no sea engañado por ella, é que sea convenible a la tierra é al tiempo: é sea honesta, é derecha, é igual, é provechosa” (libro I, título VI, ley II). La idea se re-

pite en las Partidas: "Cumplidas deben ser las leyes, é muy ciudadadas, é catadas, de guisa que sean con razón, é sobre cosas que pueden ser segund natura, é las palabras de ellas, que sean buenas, é llanas é paladinas, de manera que todo hombre las puede entender é retener. E otrosí han de ser sin escatima é sin punto: porque no puedan de el derecho sacar razón tortitera por su mal entendimiento: queriendo mostrar la mentira, por verdad: o la verdad, por mentira: e que no sean contrarias las unas a las otras" (Primera Partida, título I, ley VIII).

El Espéculo (título I, ley II) contiene las mismas características generales antes señaladas y agrega un punto interesante respecto a la obediencia a la Ley (ley IX). Así, "Todos los omes deven ser tenidos de obedecer las leyes, e mayormente los reyes por estas razones. La primera porque son por las leyes onrados e guardados. La segunda porque los ayudan a cumplir justicia e derecho, lo que ellos son tenidos de fazer. La tercera porque ellos son fazedores dellas, e es derecho que pues que las ellos hacen que ellos las obedezcan primeramente. Otrosí el pueblo las deve obedescer por otras tres razones. La primera porque son mandamientos de señor. La segunda porque es buena e les tuelle daño. La tercera porque les aduze pro".

La ley transcripta resulta sumamente reveladora de la especial atención que merecía la realidad del derecho positivo —en tanto fuera justo— para el espíritu clásico: las normas debían ser obedecidas por una exigencia de índole moral, en lo que mucho tiene que ver la exigencia del orden en el más hondo sentido platónico y agustiniano: "El orden es la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde" (La Ciudad de Dios, XIX, 13, 1)⁴.

En fin, la Novísima Recopilación vuelve a reiterar la idea isidoriana (libro III, título II, ley II): "debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño, y que sea conveniente a la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa".

⁴ San Agustín, La Ciudad de Dios, XIX, 13, 11. Respecto de los antecedentes hispanos anteriormente descritos puede consultarse asimismo la Lex Wisigothorum: "Lex erit manifesta, nec quivquam in captivem civium devecabit" (La ley será manifiesta, y a ninguno de los ciudadanos lo llevará a engaño); libro I, título II, de lege, cap. 4.

6. TOMÁS DE AQUINO Y LA OBEEDIENCIA A LA LEY

En plena Edad Media, Tomás de Aquino estudia las cualidades de la ley y los modos posibles de justicia o injusticia que ella puede presentar. A partir de este análisis, se arriba a una "teoría general de la desobediencia civil" en la que notamos una línea coherente que no se aparta de la teoría agustiniana referida a las razones de obediencia a las leyes profanas, como que por otra parte en la "Suma Teológica" (Tratado de la Ley, I-II, q. 95 a. 3) ocupa un lugar destacado el comentario de la definición de San Isidoro respecto de la ley.

Ahora bien, para el aquinatense las leyes pueden ser justas por tres motivos diferentes: a) en razón del fin, cuando se ordenan al bien común; b) en razón de su autor, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador, y c) en razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los gobernados con igualdad de proporcionalidad.

Tales leyes tienen poder para obligar en el foro de la conciencia existiendo respecto de ellas un verdadero deber de obediencia (I-II, q. 96 a. 4).

Inversamente, las leyes pueden ser injustas por dos motivos: a) ya sea que se opongan al bien humano por razón de su fin (v.gr., cuando un soberano impone leyes onerosas a los súbditos motivado por razones egoístas y alejadas del bien común, o por razón de su autor, cuando un hombre dicta leyes que traspasan la potestad que le ha sido otorgada), o b) por razón de la forma (p.e.), se reparten las cargas a los súbditos de una manera desigual).

Al no ser justas, por cualquiera de los motivos señalados, tales leyes "no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden". Existe, por ende, la posibilidad de la desobediencia pero a condición de que no se produzca, con dicho acto, un mal mayor.

La actitud de Tomás de Aquino resulta en cierto aspecto más flexible que la del mismo Sócrates, quien negaba toda posibilidad de desobediencia, aceptando él mismo el cumplimiento de una sentencia injusta y que a él lo perjudicaba superlativamente. Ya en el *Kritón*, Platón le hace decir: "Pues es indudable que todo aquel que va contra las leyes puede con justicia ser considerado como capaz de corromper a la juventud y a los espíritus débiles. Y entonces,

¿qué recurso te quedará sino huir de las ciudades que tienen buenas leyes y de los hombres de sanas costumbres? Y en estas condiciones, ¿vale la pena vivir? O bien, te streverás a reunirte con ellos y a seguir diciendo... Pero ¿qué podrías decirles, Sócrates? ¿Serías capaz de repetir, como declamabas aquí a todas horas, que la virtud y la justicia, las leyes y la legalidad, son las cosas más estimables del mundo?"

Asimismo, existe para Tomás de Aquino, una obligación de desobediencia de aquellas leyes que se oponen al bien divino. Pueden presentarse, por ende, tres hipótesis distintas: a) la ley es justa (obligación de obediencia); b) la ley es injusta por alguno de los tres motivos enunciados anteriormente (posibilidad de desobediencia condicionada a la no producción de escándalo o desorden político), y c) la ley es injusta pues resulta contraria a las leyes divinas (obligación de desobediencia).

Nuevamente encontramos aquí una comprensión muy cabal de la función que debe cumplir el derecho positivo en la sociedad, privilegiándose el bien común respecto del bien individual y dejando de lado todo tipo de egoísmo que pueda conducir a la disolución de la ciudad. Aclaremos lo hasta aquí expuesto con el siguiente cuadro:

Leyes justas	Por el fin	Quando tienden al bien común	Deber de obediencia	
	Por el autor	Quando no exceden la potestad del legislador		
	Por la forma	Quando existe igualdad de proporcionalidad		
Leyes injustas	Quando se oponen al bien humano	Por el fin	Quando hay egoísmo en el legislador	Posibilidad de desobediencia condicionada a la no producción de desorden
		Por el autor	Quando se excede la potestad del legislador	
		Por la forma	Quando se respeta la igualdad de proporcionalidad	
	Quando se oponen al bien divino	Normas contrarias a la ley divina	Obligación de desobediencia	

Ahora bien, ¿cuándo puede generarse caos o escándalo como consecuencia de la desobediencia a la ley? Tomás de Aquino se guarda aquí de dar una respuesta de validez general, que pueda aplicarse a toda situación. Su análisis es bien realista y la respuesta a esa pregunta habrá de variar atendiendo a la consideración de las circunstancias que rodean a cada situación concreta. Existe aquí un inevitable reenvío a la prudencia, si tenemos en cuenta que ésta se compone de "partes" que concurren a su acto perfecto; virtudes parciales como la "circunspección" (tomar en cuenta todas las características que rodean a un caso concreto, o los distintos aspectos de la situación), la previsión o providencia (avisorar las consecuencias futuras del acto) y la gromé o perspicacia (juzgar lo que a veces se aparta de las leyes comunes), que adquirieren especial relevancia desde el punto de vista iusfilosófico⁹.

7. CONCLUSIÓN

Este análisis realista de las normas jurídicas va a proseguir en la segunda escolástica de la mano de Francisco de Vitoria, quien en sus *Relecciones Teológicas* afirma que en el mismo momento que la ley es inútil, ya no obliga¹⁰; sirviéndose de una terminología que nos recuerda a toda la tradición anterior que —como quedó visto—, sintetizara el pensamiento isidoriano.

Similar camino es transitado por Suárez, quien señala: "La ley que carece de esta justicia o rectitud no es ley ni obliga, ni puede siquiera cumplirse, esto es claro, porque una justicia opuesta a esa rectitud de la ley es también contraria al mismo Dios, pues lleva consigo culpa y ofensa a Dios. Luego no cabe licitamente su observancia"¹¹. En suma, el hombre está moralmente obligado a no prestar obediencia a una normativa político-jurídica injusta y contraria al bien común.

Es que, como lo entreviera magistralmente Parménides, "la Justicia es la custodia de la Verdad (aletheia)"¹². El De-

⁹ Portela, Jorge, *La justicia*, Ariel, 1980, p. 48.

¹⁰ De Vitoria, Francisco, *Relecciones teológicas*, de la Templaria, B.A.C., p. 1014.

¹¹ Suárez, Francisco, *De Legibus et De Natura Legis*.

¹² Parménides, *Sobre la naturaleza*, I, 25.

recho positivo –cuyo modo natural de expresión es la ley–, debe por ello ser respetado en la medida en que sea un reflejo de esa justicia y esa verdad inherente a su misma constitución. Éstas son las cualidades que deben poseer las normas, y que apreciaron tan claramente los antiguos. Montémoslos sobre los hombros de la tradición clásica –esa es la propuesta–, para recorrer entonces sin zozobras los caminos del arte jurídico.

CONTRATO DE PRESTACIÓN MÉDICA

JOSÉ A. ZAGO*

1. EL CONTRATO MÉDICO. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Resultando la actividad del médico harto compleja, como resulta ser toda labor profesional, debemos admitir la posible existencia de que las prestaciones y la forma en que se las ejerce pueden ser infinitamente variables. Por ello, coincidiendo con la autorizada opinión de Fernández Costales¹ consideramos que debemos tener en cuenta la forma habitual en que el médico ejerce su profesión. Con relación a la organización profesional médica, las modalidades del ejercicio de la misma admiten una clasificación con las siguientes connotaciones: a) ejercicio individual independiente; b) ejercicio colectivo independiente; c) ejercicio dependiente privado, y d) ejercicio dependiente público.

En este esquema resulta claro que la probabilidad de establecer relaciones obligatorias de carácter privado contractual entre el paciente y el facultativo estaría dada sólo en los apa. a y b, por cuanto todo ejercicio dependiente motivará que la relación contractual se constituya no ya entre el médico y el paciente, sino entre éste y la persona física o jurídica de la que depende el facultativo, y a las que se encuentra subordinado en una relación de dependencia laboral-administrativa.

Asimismo, y sin que ello sea el tema específico que estamos desarrollando, reconocemos que resulta común y fre-

* Profesor titular de Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Fernández Costales, Javier, *El contrato de servicios médicos*, p. 15.

cuenta la probabilidad de que la responsabilidad derivada del hacer desvalioso del profesional de la medicina, no tenga origen en una relación contractual preexistente, sino se haya generado en una vinculación directa entre ambos, producida o generada sin acuerdo convencional alguno y proveniente, por ejemplo, del frecuente y común supuesto del accidente en la vía pública del paciente, inesperada e impensadamente desmayado, etcétera. Ello hace cierto lo dicho por Santos Briz² en el sentido de que a la forma normal de contrato de servicios, no siempre concertada en forma expresa, hay que admitir también los casos en que la asistencia médica se basa en una gestión de negocios sin mandato (art. 1888 y ss., Cód. Civil español); graficando lo dicho con el supuesto de la asistencia prestada como consecuencia del accidente, estando el paciente aún inconsciente.

También debemos tener presente que doctrinariamente hay autores que entienden que las obligaciones del médico ante su paciente son derivadas de un orden profesional que tiene su fuente y fundamento no tanto en un contrato, o en una relación convencional, cuanto en la ley, y si aquél se obliga a otorgar asistencia al enfermo, su posible falta a las reglas especiales del arte de curar no constituye incumplimiento de obligación contractual, sino de obligaciones legales y profesionales, por lo cual un contrato semejante se encontraría con las dificultades conceptuales de establecer sus caracteres esenciales y, fundamentalmente los derechos y obligaciones que estarían engendrados entre las partes³.

Nosotros participamos, por el contrario de la opinión doctrinaria que admite una válida relación contractual de carácter privado entre el profesional de la medicina y el cliente, que podrá regular todo lo concerniente a las consecuencias prácticas que en ella se generan (como lo atinente a la responsabilidad, la prueba, la forma de instrumentación, la necesaria capacidad de ambas partes); aunque por su específica caracterización debemos tener presente aquellas circunstancias muy especiales que hacen a la práctica diaria de la actividad profesional, y que nos permiten considerar como supuestos factibles:

² Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, p. 668.

³ Peytel, A., *Responsabilidad médica*, Paris, 1926, p. 21, cit. por Fernández Costales, "El contrato de servicios médicos", p. 18.

a) Relaciones directas entre el médico y el paciente, resultando los servicios y las relaciones de las partes, consecuencia del acuerdo normativizado por el art. 1197 de nuestro Código Civil.

b) Relaciones contractuales complejas, como cuando el médico contrata sus servicios con un hospital, con una compañía de seguros, con un sanatorio o con otras instituciones similares; contratando a su vez el paciente directamente con estas instituciones para recibir asistencia facultativa, y ello sin perjuicio de los matices que podemos efectuar sobre el carácter público o privado de la institución de que se trate.

Como hemos dicho, la actividad del médico resulta harto compleja pudiendo, las prestaciones de su profesión ser infinitamente variables; debiendo tenerse presente que, junto con el posible contrato de servicios médicos concertado entre las partes, existe una necesaria operatividad vinculada al mismo respecto de los servicios hospitalarios donde se producirá la internación, que se deberá celebrar por separado entre el paciente y el nosocomio. Aquí la posible variedad de los supuestos resulta trascendente, siendo factible y común que sea el facultativo quien indique o aconseje el hospital o sanatorio, o también que la decisión se tome en consideración con la posible vinculación entre el paciente y su obra social, que puede suministrarle los servicios hospitalarios en diversos establecimientos a elección de la obra social o del paciente.

Cada día resulta más sociabilizada la medicina en cuanto al ejercicio de la actividad profesional, debido a los enormes costos que se generan u originan con relación a cualquier tipo de tratamiento o de intervención quirúrgica. Se admite, en consecuencia, la necesidad prioritaria del enfermo de ser atendido a un reducido costo, a través de la intervención concreta de la respectiva obra social.

Recordemos que en estas instituciones sanitarias, hospitales o clínicas privadas o públicas, se suministra al paciente dos tipos de prestaciones: por un lado tenemos la asistencia facultativa o los servicios médicos a cargo del profesional, y cuyo origen puede ser un contrato entre éste y el paciente o el celebrado entre el paciente y el establecimiento directamente, en el que quedaba incluido el actuar del profesional; y por otra parte existen una serie de prestaciones que podríamos denominar hoteleras, referidas a su internación, alimentación, traslados, etcétera. Como pun-

tualiza Santos Briz⁴ debemos tener presente que, en principio, los daños derivados de un tratamiento médico deficiente, cuando existe una relación contractual directa y previa entre facultativo y enfermo, tienen su origen en el incumplimiento del acuerdo celebrado, pero que también resulta factible que el contrato haya sido celebrado directamente con el establecimiento asistencial, comprendiendo toda la actividad de tratamiento y la referida a la estadia.

Se puede hablar de contrato total de hospital (contrato de servicios), cuando además de alojamiento y cuidados, se facilita o compromete el tratamiento médico correspondiente, o también de contrato desdoblado de asistencia en hospital, cuando el paciente concierda por separado dos relaciones jurídicas: una con el médico para su tratamiento y otra con el hospital o sanatorio para su alojamiento y cuidado. En el primer supuesto, coincidimos con Santos Briz, el médico no tiene una relación contractual directa con el paciente, aunque ello no impediría su responsabilidad respecto a los daños producidos por un comportamiento culposo, origen directo del perjuicio ocasionado.

Admitido que nos estamos refiriendo a la posibilidad concreta de la celebración válida de una relación contractual médico-paciente, y, sin perjuicio del reconocimiento que hemos hecho sobre la factibilidad de situaciones extracontractuales o contractuales de connotación diferente, nuestro propósito está encaminado a particularizar las situaciones derivadas de la indicada vinculación contractual. Trataremos, en primer lugar, sus antecedentes históricos, para luego sucintamente intentar tipificar el contrato, meritando las diferentes posturas doctrinarias existentes respecto del mismo como también la valoración de los medios probatorios, recordando el criterio dualista que nos hablaba de una diferente culpa entre la relación contractual y aquella originada en una responsabilidad extracontractual, y teniendo presente asimismo la admitida teoría de Demogue sobre las llamadas obligaciones de medio y de resultado. Ello para encontrar la necesaria ubicación del tema en sus parámetros jurídicos y poder sacar las válidas conclusiones que en adoptada postura intentaremos puntualizar.

⁴ Santos Briz, *La responsabilidad civil*, p. 466.

2. **ARRACIASANTIA SERVITUCOS**

Resulta necesaria una rápida recorrida por los antecedentes históricos para visualizar la naturaleza jurídica del contrato al que nos estamos refiriendo. Es cierto que en el retrospectivo análisis ya encontraremos dificultades conceptuales aun dentro de la época del derecho romano. Compartiendo la autorizada opinión de Bueres¹ recordamos, que en Roma los trabajos a jornal, fundamentalmente aquellos que no requerían conocimientos técnicos afinados, sino que consistían en simples manualidades, eran denominados mercenarios; oponiéndoselos a los trabajos de los profesionales (*operae liberales*) que consistían en tareas o servicios realizados por profesionales liberales: médicos, abogados, profesores (gramáticos, geómetras y retóricos), agrimensores, etcétera.

En la primera hipótesis (la de los trabajos de artesanos y siervos) los juristas encuadraban la figura implicada en el contrato de locación de servicios (*locatio conductio operarum*). Si, por el contrario, se trataba de relaciones jurídicas en las que era sujeto un profesional liberal (abogado, médico, agrimensores) por razón de su ejercicio, la doctrina era remisa en aceptar igual solución, prefiriendo buscar la causa fuente de las mismas en los contratos de sociedad o de mandato (primordialmente en este último). Tal era la tesis sustentada por Gayo y Justiniano invocando que el pago o la retribución en estos supuestos no era merces o salario, sino que era *munera*, *munis* u *honorarium* (honorarios). Es decir que la retribución consistía en una dádiva (*munera*), que la fuerza de la costumbre o reiteración del gesto, se constituyó en un deber social; aunque no llegara a ostentar carácter obligatorio desde el punto de vista jurídico.

Por su parte, Ihering² observa que en la antigua Roma, como en todos los pueblos y todos los individuos poco civilizados, se tenía una idea grosera del trabajo: sólo el trabajo corporal merecía retribución, porque es para esos pueblos e individuos un hecho sensible, traducido en creación visible

¹ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. 1, p. 125.

² Ihering, Von, *El fin del derecho*, n° 25 a 28, cit. por Reszénico, Luis M., "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", t. 2, Depalma, Bs. As., 1922, p. 628.

en un resultado tangible. En cambio, el trabajo intelectual no era considerado como trabajo; se estimaba que no exigía esfuerzo ni sufrimiento, que no fatigaba al hombre y traducido en los consejos del abogado, en las indicaciones del médico, en las palabras de enseñanza del profesor, no confiere derecho para reclamar un salario y se gratifica también con palabras, como, por ejemplo, "Dios se lo pague", pero no se le da nada. Por eso agrega el mismo Ihering: "En Roma se consideraba como un deshonor el hecho de hacerse pagar un trabajo intelectual. Sólo se pagaba el trabajo manual, que por eso era tan despreciado".

Afortunadamente con posterioridad, durante el llamado período imperial, la exigencia de la remuneración se tornó en imperativa, a raíz de la posibilidad conferida legalmente al profesional acreedor de poder ejercer la acción extraordinaria cognitio (o persecutio extraordinaria). La acción fue implementada atendiendo razones de equidad y justicia ya que toda persona dedicada a una profesión liberal debía obtener lo imprescindible para satisfacer sus necesidades propias y las correspondientes a su grupo familiar, debiendo tenerse presente que no guardaba relación con la llamada *actio locati*, que era la acción acordada al locador de servicios contra el conductor locatario, con miras a viabilizar la obtención del pago de los trabajos serviles realizados.

Pero también es necesario reconocer, como lo indica Spota⁷ que, a partir de la codificación francesa, la doctrina se orientó en cierto sentido como entre los romanos. Autores como Aubry y Rau, destacados por su mentalidad jurídica sólida y equilibrada, hablaban de la prestación de los servicios del abogado o del médico como un mandato, en vez de un trabajo intelectual, o en su caso de un contrato de obra intelectual. Ello no obstante, tenemos que reconocer que Vélez Sársfield no siguió estos conceptos de los autores clásicos franceses, y adoptó la postura de Freitas, que entendía que toda clase de servicios salvo los imposibles, ilícitos o inmorales, pueden ser el objeto del contrato de locación de servicios, comprendiéndose por tanto, el trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal (art. 2696. Esboço) y que la expresión *honorarios*, empleada para indicar el precio, no transformaba el contrato de locación de servicios no representativo en mandato.

⁷ Spota, Alberto, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. 5, p. 172.

3. CONNOTACIONES PROPIAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS: EL PROBLEMA DE LA CULPA

Con criterio diferente, nuestros tratadistas, y, aun los extranjeros, han considerado las connotaciones propias de la relación existente entre el médico y el paciente, con motivo de la celebración de un contrato de prestaciones médicas. Lo que sí ya no se discute es el derecho a la percepción de la retribución por parte del profesional en cualquier actividad realizada por quien revista tal carácter, debiendo también recordarse que resulta postura predominante la que entiende que la responsabilidad que de ella se deriva es, por supuesto, de naturaleza contractual, resultando equivocada la idea ya superada de que se podía tratar de una responsabilidad extracontractual o aquiliana (arts. 1108 y 1113 de nuestro ordenamiento positivo, y arts. 1382 y 1383 del Cód. francés).

Sin perjuicio de tal reconocimiento y dada la trascendencia del autor, recordaremos la opinión de Borda⁴, quien manifiesta que los autores han sostenido que, si media contrato entre médico y paciente o enfermo, la responsabilidad es contractual y, en caso contrario, cuasi delictual. Piensa el destacado autor que aceptar esa teoría —hoy mayoritaria—, significa juzgar a la luz de conceptos distintos, y también de distintas reglas jurídicas, una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre el médico que atiende a un enfermo en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende a un obrero de una compañía o que opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconsciencia. La responsabilidad es legalmente la misma, no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato. En otras palabras, concluyendo en forma terminante, es una responsabilidad extracontractual.

Por considerar que el tema se relaciona con la culpa, nosotros recordamos la vieja situación doctrinaria respecto a la noción de las llamadas "teorías unitarias y dualistas de la culpa", con especial referencia a su prueba, siguiendo la cla-

⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino*. Cosentino, t. 2, p. 63.

ra postura sostenida por Jorge Alterini⁸; decía que "una vieja polémica que hace tema entre los estudiosos del derecho separa a los partidarios de la llamada teoría dualista de la culpa, de los sostenedores de la postura unitaria. Los dualistas advierten notas diferentes entre lo que ellos califican como culpa contractual y la denominada culpa extracontractual o aquiliana, mientras que para los unitaristas tales presuntas diferencias carecen de entidad". Por su parte, Boffi Boggero⁹, con autoridad doctrinaria afirmaba que se discute en doctrina si hay una culpa contractual y otra aquiliana. Han surgido tres posiciones fundamentales en esta materia: a) la que sostiene la existencia de unidad en la culpa civil; b) la que entiende que hay una culpa "contractual" y una "aquiliana", y c) la que, sentado que hay una sola culpa civil, estima que la contractual y la aquiliana son reguladas en sistemas distintos.

Esta última postura es la posición del Código Civil argentino, donde la culpa es definida en concreto por la elogiada norma del art. 512, con alcance contractual y aquiliano, sin defecto que se regule su vida jurídica en distintos sistemas. Es por ello, concluye, que en nuestro Código no puede hablarse de culpa contractual y aquiliana sino para designar, concreta, pero incorrectamente, los dos sistemas predominantes que regulan la actuación en campos distintos de la misma negligencia.

Siguiendo el pensamiento de Alterini, diríamos que los doctrinarios dualistas entienden que la culpa se presume ante un incumplimiento contractual, mientras que debe ser probada por el acreedor cuando el incumplimiento es de origen extracontractual. Se sostiene que la relación que vincula a las partes unidas, por un contrato, hace que el mero incumplimiento de las obligaciones que éste implica, autorice al acreedor a reclamar daños y perjuicios sin tener que probar la culpa del deudor, bastándole acreditar la existencia del nexo contractual. Por el contrario, en el caso del incumplimiento delictual, la culpa debe probarse porque las partes no están atadas por un vínculo anterior al hecho generador. Se razona en tal sentido, sosteniendo que el estado normal del hombre en sociedad es la libertad y, como

⁸ Alterini, Jorge, voz Obligaciones de resultado y de medios, en Enciclopedia Jurídica Orsaba.

⁹ Boffi Boggero, Luis M., Estudios jurídicos primera serie, Coeditora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1970, p. 78.

la obligación importa un límite a la misma, el que invoca su condición de acreedor debe probar los presupuestos de aquélla, y entre éstos, la culpa.

En este momento de la discusión doctrinaria hace su aparición la teoría de Demogue, con el presupuesto de las obligaciones de medio y de resultado. Sostiene que el régimen probatorio es similar en el caso de la culpa contractual y de la delictual, y que para decidir que debe probar el acreedor de una obligación en el caso de su incumplimiento, hay que acudir o referirse a la naturaleza de dicha obligación, que puede ser de resultado o de medios, y esto tanto en materia contractual como extracontractual. Llama obligaciones de resultado a aquellas en las cuales el deudor se compromete a realizar en favor del acreedor una prestación determinada, a procurarle un resultado concreto. En cambio, en las obligaciones de medios el deudor sólo promete diligencia y aptitudes suficientes para que normalmente y no en forma necesaria, se produzca el resultado apetecido por el acreedor. Por ello, en las obligaciones de resultado el deudor garantiza la verificación del mismo; en las de medios tan sólo el empleo de la actividad potencialmente apta para engendrarlo. Como ejemplo de obligaciones de medio en el ámbito contractual Demogue cita: la del banquero que alquiló sus cajas fuertes de seguridad para la guarda de caudales no individualizados, ya que se obliga a prestar la diligencia necesaria para que no se las viole; la del administrador de propiedades; la del médico que sólo se obliga a prestar a su paciente, los cuidados necesarios sin poderle asegurar su curación. Recuerda asimismo que en sede extracontractual, las obligaciones son generalmente de medios, y que en las de resultado le basta al acreedor probar la existencia de la obligación sin estar constreído a probar la culpa del deudor, mientras que en las de medios debe también acreditar la falta de diligencia del deudor, es decir debe probar su culpa, sea contractual o extracontractual, la respectiva relación.

Debemos puntualizar respecto de la nombrada naturaleza jurídica que participamos de la postura de Bueres¹¹, pues entendemos que los frutos del intelecto, al igual que cualquier otro servicio artesanal o manual, son en definitiva hechos susceptibles de mensurarse o apreciarse pecuniariamente, por lo que no hay obstáculo para que constituyan el

¹¹ Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 129.

objeto (materia) de un contrato, computando que esta noción es válida para identificar el acto jurídico bilateral y patrimonial celebrado entre vivos (arts. 944, 946, 1137 y 1169, especialmente). Por ello, es factible la existencia de un contrato entre el profesional y su paciente, ubicándose la relación jurídica en tal plano, y motivando ello que la responsabilidad derivada se mueva concretamente en el mismo. Por ello es que afirmamos que si hay contrato o relación contractual no se justifica que la responsabilidad de las partes pueda tener otro carácter que no sea el contractual, toda vez que los regímenes atinentes están marcados por la causa-fuente del deber jurídico calificado (obligación) de que se trata. Parece irrazonable que conforme a veces se sostiene se pergeñe un acto profesional o una culpa profesional autónomos, con relevancia tal como para que en sus virtudes pueda derogarse el régimen de responsabilidad natural, normativamente hablando, que es el de la decisión privada lícita, esto es la relación contractual, a menos que la hipótesis en cuestión encuadre en la posibilidad de opción restringida autorizada por el art. 1107 del Cód. Civil.

Dejamos constancia que difieren los autores nacionales y también los extranjeros en la elección del contrato típico o atípico en el que corresponde encasillar la relación médico-paciente, habiéndose admitido también que podría ser una simple gestión de negocios, según opina Anys en Responsabilidad médica, postura compartida por Gítrama¹² en España quien afirma que en virtud del art. 1888, el facultativo (*negotiorum gestor*) vendrá obligado a continuar sus cuidados al paciente hasta que se halle fuera de peligro o, si no lo estuvo nunca, suficientemente mejorado y consciente de sus actos. El abandono intempestivo del paciente por el médico gestor haría a éste responsable, responsabilidad lógicamente extracontractual (art. 1902, Cód. Civil español), generando una obligación resarcitoria por indemnización.

4. DIFERENTES TEORÍAS RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

a) Teoría que lo asimila al mandato

En el derecho romano, los jurisconsultos Gayo y Justiniano, y en el derecho francés Pothier y Troplong, con-

¹² Gítrama, Configuración jurídica de los servicios médicos, en Estudios en homenaje al prof. Ignacio Serrano Serrano, t. 1, p. 337-338.

sideraban que las relaciones nacidas del ejercicio de una profesión o de un arte liberal, no podían asimilarse a una locación de servicios, ni de obra, sino que configuraban un verdadero mandato, que era esencialmente gratuito. Entendían los sostenedores de la teoría que los servicios profesionales no eran asimilables a la locación de servicios, pues éstos se refieren a los servicios manuales y subalternos de los artesanos y de los siervos (de donde se deriva servicio, *servus*: esclavo). Aquéllos son inestimables por su naturaleza intelectual, y no pueden dar lugar a un precio o alquiler, una merced o salario, exigible por la acción *locatio conductitii*, propia de los trabajadores manuales y de la locación común, sino que sólo permiten pedir mediante una acción extraordinaria (la extraordinaria *cognitio*) una remuneración denominada honorario.

b) Inexistencia de contrato

Aubry y Rau y también Guillaouard, sostuvieron que los actos de ejercicio de una profesión literaria, científica, o artística no constituyen locación de servicios, ni siquiera mandato, pues no pueden directamente y por sí mismos ser objeto de un contrato civilmente obligatorio. Según entienden estos juristas, en tales casos, no existe materia de la obligación civilmente obligatoria, y la promesa de un acto propio de una profesión liberal no puede ser considerada como una locación de servicios, ni dar lugar a una acción contractual, aunque se haya estipulado una remuneración, porque la inteligencia del hombre no está en el comercio, y tampoco están los frutos de esa inteligencia. Tales actos sólo constituyen una cortésia por parte de aquel que los ha prometido, y el sentido moral y los principios del derecho condenarían la pretensión de quien quisiera reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de una promesa de esa índole.

c) Contrato innominado "sui generis"

Para algunos autores se podría considerar que las prestaciones de los profesionales liberales configuran un contrato innominado *sui generis*, aunque perfectamente legítimo, regulado a través de los arts. 1137, 1143 y 1197 del Cód. Civil. El criterio ha sido criticado, por cuanto se ha dicho que manifestar que un contrato es *sui generis* o innominado, constituye un recurso para tratar de evitar las dificultades de su clasificación, pero que en definitiva nada expli-

ca ni decide. Se considera que la postura no llega a producir la solución doctrinaria para el encuadramiento jurídico de la relación contractual nacida como consecuencia de los contratos celebrados entre el profesional y su cliente.

d) Locación de servicios

La mayoría de los doctrinarios civilistas se ha decidido adoptando criterio en el sentido de que los trabajos de las artes y profesiones liberales generan una verdadera locación de servicios, con la sola particularidad de que el trabajo que se presta es de orden intelectual y de rango indudablemente más elevado, pero de la misma naturaleza jurídica que los trabajos puramente físicos.

Por ello puede decir Salvat¹² que "el sistema que lo considera como una locación de servicios es el sistema más lógico, puesto que existe un servicio prestado y un precio expresa o tácitamente estipulado (arts. 1627 y 1628)", agregando que la naturaleza especial de los servicios profesionales no se desconoce ni se menoscaba con esta calificación, puesto que todos sabemos que el título profesional se persigue para contar con un medio de vida; el envejecimiento y menoscabo de la profesión no pueden venir de la calificación que se dé a la relación profesional, sino de la falta de ética en el ejercicio de la profesión, punto completamente independiente de su calificación.

Asimismo, sus sostenedores expresan que no puede decirse que en tales casos exista mandato, pues falta su carácter esencial, que es el de la representación del mandante por el mandatario, y ni el médico, ni el abogado, ni el profesor tienen calidad para representar a su cliente o a su alumno, para obligar a los terceros hacia él, o para obligarle a él hacia los terceros. Agregan que no hay peligro de que la denominación común de locación de servicios, o de obra dada a las operaciones manuales y a las obras del espíritu, las haga confundir, pues las artes y las profesiones liberales conservarán siempre su supremacía tradicional, y las distinciones que efectuaron Pothier y los romanistas, entre las expresiones salario y honorario, son dignas de la escolástica.

¹² Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Tipográfica Argentina, Bs. As., 1957, t. 3, n° 1749.

e) Contrato de locación de obra

Con similares presupuestos, pero entendiendo que en la actividad médica o de los profesionales no existe el requisito de la subordinación jurídica, ni económica, muchos autores califican a la relación entre el profesional y el cliente como de "locación de obra"; aunque admitiendo que no existiría la probabilidad de exigir la curación del cliente, salvo en supuestos en que el médico adquiriera como puntualiza Bueres; por excepción, una prestación de resultado, como, por ejemplo, cuando el anatomopatólogo o biólogo realiza un análisis de laboratorio que no presenta riesgos en punto a precisión técnica; el médico que realiza una operación quirúrgica de notoria simpleza o de cirugía estética. Bustamante Alsina, tomando en cuenta el supuesto de las prestaciones de obra cuyo resultado ulterior es completamente inseguro (p.ej., operaciones riesgosas, en las que sólo cabe suponer que el médico asegura un primer resultado —el de la operación, pero no el de la curación—, con lo cual no promete ni la curación definitiva, ni tampoco puede dar certeza de una mejoría cierta y concreta), considera que entre el profesional de la medicina y su cliente puede existir una locación de obra, si se interpreta que el opus no es un objeto material sino la prestación de un trabajo consistente en la actividad diligente e idónea, sobre las bases de las reglas de la medicina.

Borda criticó la postura contrato de locación de obra, poniendo en crisis la posibilidad, fundado en dos razones: 1) el paciente puede cambiar de médico en cualquier momento, sin pagar otra retribución que la que le correspondía hasta el momento de la ruptura, con lo cual se alejara de lo establecido por el art. 1638, que impone al dueño pagar al empresario, todos los gastos, trabajos y utilidades que hubieran podido obtenerse de no frustrarse el contrato por la voluntad unilateral del locatario paciente, y 2) los plazos de prescripción respecto a los honorarios (precio), son distintos. Por lo dicho sostiene que debe rechazarse la hipótesis de la locación de obra, admitiendo la postura del contrato atípico sui generis.

f) Contrato multiforme, variable o proteiforme

La postura sustentada por Deveali, Spota, Legón, Rezónico, Bueres, entre otros, estima que los servicios de las artes y de las profesiones liberales, pueden dar lugar a con-

tratos de locación de servicios, de locación de obra, o de mandato, según los casos, lo que determinará que en cada supuesto se tenga presente la característica del contrato celebrado para ubicarlo dentro de los parámetros de cada uno de los que se acaban de indicar. Como dice Rezzónico¹⁴, corresponde analizar en cada caso el contenido, concreto de la relación jurídica, sin pretender unificar la clasificación de todas las variedades de relaciones de trabajo que nacen del ejercicio de las profesiones liberales, y si en un caso dado no encuadra exactamente en la locación de servicios, ni en la locación de obra, ni en el mandato, deberán aplicarse los principios generales del derecho (arts. 16, 1143, 1197 y conca., Cód. Civil). Recuerda, por otra parte, lo que indica la nota del art. 1629: "No existiendo nuestro sistema judicial, como exigía el derecho romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada; no es necesario indagar si es venta o arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga a hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, o la materia principal para la obra, como el terreno en la construcción de una casa".

g) Nuestra opinión

Conforme lo dijéramos en otra oportunidad¹⁵, y compartiendo la última postura indicada, opinamos que estamos frente a un contrato de naturaleza proteiforme o atípico que, en cada supuesto concreto, nos permitirá regular la situación jurídica existente entre el profesional y el cliente. Las connotaciones propias de cada situación nos obligará a su análisis personalizado, para —en su consecuencia— adoptar postura, determinando en el caso concreto la naturaleza jurídica del contrato de que se trate.

5. CARACTERES

Admitida la probabilidad de hablar de un contrato múltiplo, atípico o proteiforme, trataremos de indicar sus posibles caracteres uniformes, aunque considerando la posible variabilidad de los mismos, según el resultado del enfoque concreto que ha fijado los parámetros del acuerdo

¹⁴ Rezzónico, *Estudio de los contratos*, p. 630.

¹⁵ Garrido, Roque - Zago, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Bs. As., Universidad, 1988, t. 2, p. 337.

luego del análisis que hemos debido efectuar para su caracterización.

a) **Bilateral:** Ya que desde su celebración las partes quedan obligadas recíprocamente la una hacia la otra con prestaciones correlativas (art. 1138, Cód. Civil).

b) **Oneroso:** Por cuanto las ventajas que se procuran a una u otra de las partes, no les es concedida sino por una prestación que ella ha hecho, o que se obliga a hacerle (art. 1139, Cód. Civil).

c) **Consensual:** Porque no existiendo formalidad exigida por la ley con carácter prioritario u obligatorio, el contrato queda concluido para producir sus efectos propios, desde el momento que las partes hubiesen prestado o manifestado su consentimiento.

d) **Nominado o inominado:** Según pueda enmarcarse en un supuesto de contrato con regulación legal, como el de locación de servicios o el de locación de obra, o de acuerdo a lo que ya manifestáramos, estuviésemos frente a un supuesto no regulado, comprendido como relación contractual atípica (resultando su existencia del presupuesto contenido en el art. 1197).

e) **No formal:** No existe norma expresa alguna que establezca una formalidad determinada para el acuerdo entre el profesional y su cliente, lo que nos hace concluir que la celebración del mismo la podrán hacer las partes de la manera que quieran efectuarla (arts. 974 y 1182 del Cód. Civil).

f) **Commutativo:** Ya que desde el momento de su celebración, las partes tienen determinadas las recíprocas prestaciones que deberán cumplimentar, con las connotaciones propias respecto de la actividad del profesional, que deberá ajustar su hacer a las prescripciones determinadas por la ley 17.132, art. 20, inc. 1^º (dictada en 1967) que resulta ser la normatividad que regula el ejercicio de la medicina.

g) **Continuativo-fluyente, de tracto sucesivo:** Ya que no se agota en el momento de su celebración, resultando por el contrario que el profesional deberá realizar su actividad o cumplir sus prestaciones prolongándose las mismas en el tiempo. Su actividad no termina ni concluye en forma instantánea, sino que por el contrario, como en todos los supuestos de la locación, las prestaciones se prolongan en el tiempo. Recordemos con Ghersi¹⁸ que precisamente la

¹⁸ Ghersi, Carlos A., *Responsabilidad por prestación médico-quirúrgica*, p. 15.

obligación médica, en sentido estricto, consistirá en la conducta científicamente considerada, utilizando técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de la dolencia o mitigación del dolor de un ser humano.

6. CAPACIDAD

La reforma de la ley 17.711, modificó el texto del art. 128, y en su párr. 2º dispuso: "Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos". Por lo que pueden afirmar Garrido y Andorno¹⁷ que el art. 128 en su nueva redacción concede el derecho, al menor que hubiese obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, para ejercerla por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización, y que ello ha significado admitir en nuestro derecho el sistema del Código Civil brasileño, que dispone el cese de la capacidad mediante el ejercicio de empleo público (imposición de grado científico).

Agregan los autorizados tratadistas, después de citar la postura contraria de Bibiloni respecto a esta autorización, que consideran que ésta se justifica plenamente, desde que la obtención de un título habilitante para el ejercicio de la profesión, supone un grado, tal de madurez y de capacitación, que torna innecesario cualquier autorización para su ejercicio.

7. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL COBRO DE LOS HONORARIOS

Conforme lo dispone el art. 4032, párr. 4º del Cód. Civil, prescriben por dos años las obligaciones a pagar: "A los

¹⁷ Garrido, Roque - Andorno, Luis, *Reforma al Código Civil*, p. 53.

médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos. El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda”.

Borda, interpretando el texto legal, y a pesar de su enunciado, aclara basado en jurisprudencia de la Cámara Civil de la Capital Federal, que si se trata de una enfermedad breve o de una operación quirúrgica, el plazo se cuenta desde que concluyó el tratamiento, no desde el momento en que se prestaron cada uno de los servicios, pues agrega que ellos constituyen un todo indivisible; por el contrario, si la enfermedad es crónica, opina, la prescripción corre desde el 31 de diciembre de cada año, durante el cual se va prestando la atención médica, pues la costumbre profesional es pasar la cuenta a fin de año.

8. PRUEBA DEL CONTRATO

Atendiendo a su carácter de relación contractual válidamente concertada entre el facultativo y el paciente, rigen las disposiciones contenidas en los arts. 1190, 1191, 1192 y 1193 del Cód. Civil; dejándose constancia que la costumbre en la relación entre facultativo y paciente o cliente, por lo general hace a la inexistencia de instrumentación del contrato celebrado, lo que significaría la dificultad de su prueba por las limitaciones contenidas en nuestro ordenamiento legal, aunque debemos recordar el carácter específico de continuativo, fluyente, y por ello importando el cumplimiento de la relación contractual, es factible pensar una mayor elasticidad para la acreditación del contrato.

9. EL CONTRATO DE CONFIANZA

Sabemos que todo negocio contractual implica, en principio, una relación entre las partes que hace que, al llegar a la celebración del mismo, exista entre quienes lo acuerdan un recíproco conocimiento y también una dosis de confianza en cuanto al posible cumplimiento de las prestaciones acordadas. Ello en mayor medida cuando estamos frente a un contrato no instantáneo, cuya existencia se prolongará en el tiempo y no se agotará con una única prestación. Es decir, entendemos que el contrato (ley para las partes), debe motivar en su etapa previa una elemental precaución en

cuanto a quién será la otra parte, el otro obligado; el que ejecutará la prestación que hace al motivo determinante del acuerdo.

Ello es cierto, ante cualquier tipo de relación contractual e implica, según lo tiene reconocido elemental postura doctrinaria, una probabilidad concreta para las partes de haber valorado las ventajas y conveniencias que el acuerdo generará en el futuro y conforme el cumplimiento acordado con más razón en el caso concreto del contrato de servicios médicos, tal prevención, adquiere mayor trascendencia e importancia.

Por ello, reconocemos que a la modalidad particular de los contratos que se celebran entre los particulares y los profesionales del arte de curar, nos hace admitir que en estos casos, a los recíprocos intereses individuales de cada contratante; debemos agregar que en la etapa precontractual, resulta necesaria una dosis de particular confianza entre quien encargará el *opus* referido a su salud y el médico. Es decir que más que en cualquier otra relación contractual será, y es necesario, que el futuro locatario conozca, sepa, tenga referencias de quién será la contraparte, a quién le confiará su curación o tratamiento.

En el contrato entre el profesional y el cliente, éste, que busca un resultado definido y concreto (la intervención quirúrgica) debe valorar las virtudes profesionales que tiene quien posee un título habilitante y además una normatividad definida para el cumplimiento de la prestación, conforme las exigencias técnicas respectivas, y las preceptivas legales existentes relacionadas con la profesión de que se trate. Ello está vinculado con una característica muy especial del contrato que hoy estamos analizando, ya que antes de su celebración será valorada la capacidad profesional de quien, habilitado por el Estado con un título que reconoce cierta y específica idoneidad, tiene además un prestigio profesional originado por su actuación en el medio en que actúa.

Ello motiva una situación de personal confianza que determinará al locatario para la celebración del contrato, encargan al locador el tratamiento. Es probable, resultando habitual, y conveniente, que en esta etapa precontractual anterior no sólo a la emisión de la oferta, sino también a la posible elección de quién será la contraparte, quien está dispuesto a encargarse el *opus* trate de conseguir referencias concretas sobre la persona e idoneidad profesional de quien resultará su locador.

Constituye una característica especial y específica de este tipo de relación contractual entonces la existencia de una especial confianza en el locatario respecto de la persona del posible locador; ya que el hacer futuro de éste se relacionará estrechamente con el resultado querido por quien resulta ser el que encomienda la actividad profesional específica, que cumplimentada, hará factible la concreción del resultado deseado. Es evidente que aun respecto a la factibilidad del resultado apetecido, esa dosis de confianza significará valiosa colaboración, y ella integrará en gran medida la meritación valorativa que decidirá la manifestación expresa de voluntad, que es el consentimiento necesario para la formulación del respectivo contrato.

Es esa confianza la que, en definitiva, motivará la celebración del contrato. Aun cuando no aparece integrando el acuerdo, ella existe y resulta de elaboración previa al mismo, siendo reconocida como factibilidad integrativa de la posible concertación del acuerdo. Téngase presente que en esta muy especial vinculación médico-paciente, el locador realizará su gestión o trabajo en directa relación con el cuerpo humano de su paciente, patrimonio irremplazable y necesario para la subsistencia del locatario.

Tal confianza hace a una especie de reconocimiento de las virtudes profesionales que posee el facultativo a quien se encomendará la actividad médica.

10. CONCLUSIONES

Podemos resumir postura reconociendo.

a) Que existe una relación contractual válida que liga al profesional-médico con el paciente cuando han celebrado un acuerdo para determinada prestación asistencial, que se rige por la normatividad del Código Civil, aunque el profesional, deba adecuar su comportamiento a lo establecido por ley 17.132 que reguló el ejercicio profesional de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas.

b) Que esa relación contractual rige no sólo su cumplimiento, sino también las consecuencias desvalorosas que pueden producirse como consecuencia del hacer del facultativo, siendo aplicable en la especie, lo normado sobre los efectos de los contratos, en cuanto, a su celebración, prueba, responsabilidades, etcétera.

c) Que la naturaleza jurídica del contrato de prestación médica resulta ser conforme lo indicáramos, proteiforme o atípico y que en cada supuesto concreto se deberá determinar y precisar cuál es la verdadera tipificación que merece el acuerdo: si estamos frente a una locación de servicios, a una locación de obra y hasta un posible mandato.

d) Que como en ninguna otra relación contractual en ésta es necesaria una dosis de confianza previa en el locatario, que hará factible y viable su determinación que se concreta con la elección del locador a quien se le encargará en definitiva el opus concreto que consistirá en el objeto material del contrato.

e) Que la necesaria idoneidad profesional, su prestigio y su reputación personal en cuanto a sus conocimientos, integrará formando parte la dosis de confianza que —insistimos— servirá no sólo para posibilitar la concreción sino también el cumplimiento de la realización acabada del resultado apetecido: la curación del enfermo.

ENSAYOS

LA DESOBEDIENCIA CIVIL: SU TRATAMIENTO EN "RAWLS" Y EL TRIALISMO JURIDICO

MARIANO GARCIA RUBIO *

"El desarrollo espiritual del hombre sólo fue posible porque hubo hombres que se atrevieron a decir "no" a cualquier poder que fuera, en nombre de su conciencia y de su fe; pero además su evolución intelectual dependió de su capacidad de desobediencia a las autoridades que trataban de amortazar sus pensamientos nuevos, y a la autoridad de acostumbradas opiniones según las cuales el cambio no tenía sentido".

ELIASH FRIEDMAN, *Sobre la desobediencia y otros ensayos*

1. Introducción

El objeto de este trabajo es tratar de analizar el concepto de desobediencia civil a la luz del trialismo jurídico.

Rawls constituye por la importancia de su Teoría de justicia, una de las voces más autorizadas de nuestros días y uno de los pocos que ha dado marco teórico al tema que nos ocupa que, por su naturaleza es más bien objeto del pragmatismo y la acción directa, que de la teoría jurídica.

Trataremos de analizar brevemente cuál es la relación entre la desobediencia civil y los tres estamentos de la teoría trialista, y ver si es posible que la primera sea incorporada al campo de las normas, teniendo alguna forma de inserción dentro del sistema jurídico positivo. No se considerará en ningún caso la objeción de conciencia.

* Estudiante de Derecho (UBA).

2. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN "RAWLS"

Al comenzar el análisis que de la desobediencia civil hace el autor, debemos dejar sentados los presupuestos de sociedad casi justa sobre los cuales elabora su teoría. Resulta obvio que una estructura teórica basada en principios ideales, encuentra serios problemas para ser trasladada —aunque más no sea hipotéticamente— a la práctica sin producir en ella serios replanteos y reconsideraciones.

En primer lugar, Rawls desarrolla la idea originaria de Kant, de elaborar su teoría respecto de seres neomomales es decir, seres abstraídos de sus circunstancias de índole empírica, absolutamente racionales, que al momento de celebrar el contrato social, elegirían los dos principios de justicia en los que basa su teoría.

Si bien puede encuadrarse a Rawls en la línea contractualista iniciada por Locke, Rousseau y seguida, luego, por Kant, introduce una importante innovación: el objeto del contrato no sería la creación del Estado, sino la elección de los dos principios de justicia, que constituirán la estructura básica de la sociedad.

Este basamento social, es quizá de carácter más profundo que el propuesto por los contractualistas tradicionales: al basamento de carácter institucional propuesto por éstos, Rawls contraponen uno de carácter dielógico; por lo que puede suponerse que el consenso social es más profundo al elegir principios de justicia bajo los cuales se organizarán las instituciones, que el necesario sólo para crearlas.

Agrega, además, dos elementos dignos de ser considerados en su elaboración de la posición originaria. El primero de ellos es el que se denomina "velo de ignorancia" y supone que los seres desconocen su propio talento, origen social e intereses, lo que los hace imparciales y absolutamente iguales¹. Este supuesto garantiza que la elección de los principios morales se realice con prescindencia de los intereses contingentes de los electores. El segundo elemento que Rawls agrega a su posición originaria es la "circunstancia

¹ Rawls, John, Teoría de justicia, Madrid, Fondo de Cultura Económica, p. 163. En cuanto a la bibliografía general, ver Afalón - García Ojano - Villanova, Introducción al análisis del derecho, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

cia de justicia"¹. Es necesario para la formulación de los principios que los hombres se encuentren en situación de justicia, es decir, que las circunstancias fícticas en las que viven hagan necesario ocuparse de ella. Esto se traduce en escasez moderada de bienes, igualdad de poder físico, capacidad intelectual, etcétera.

En este contexto, los principios de justicia que esta sociedad ideal adoptaría son los siguientes:

Primer principio. Cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Segundo principio. Las desigualdades económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones:

a) Ellas deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado "principio de diferencia").

b) Ellas deben adjudicarse a funciones o posiciones abiertas a todos, bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades².

La fundamentación del porqué de la elección de estos principios se encuentra en una imaginativa regla de racionalidad que Rawls llama *maximin*. Según esta regla, la decisión aceptada racionalmente ante un estado de incertidumbre como el que se da en la posición originaria, es aquella cuya alternativa peor, sea menos mala comparada con otras³.

La aplicación de esta regla a la situación ideal propuesta, acarrea como consecuencia la adopción de los principios de justicia como punto de vista moral bajo el cual se desarrollará la vida de las instituciones sociales y del hombre mismo. Pero esta argumentación, para algunos de sus críticos, está más cerca del intuicionismo del autor, que de las reglas de la investigación científica⁴.

¹ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 152.

² Rawls, *Teoría de justicia*, p. 82.

³ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 178.

⁴ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, p. 414.

El orden de enumeración de los principios tampoco es aleatorio. Rawls establece que el primero de ellos tiene prioridad lexicográfica sobre el segundo, es decir, debe ser satisfecho plenamente antes de centrar la atención en el siguiente⁶.

En este marco de principios generales sobre los que arma su estructura teórica de la justicia, el autor se plantea la obligatoriedad de obedecer leyes injustas.

Una ley injusta sería aquella que contradijera el punto de vista moral sobre el que se generó consenso para erigir los principios de justicia; ergo, violaría a éstos en forma directa. Pero no es la única forma de generar leyes injustas: cuando la concepción de justicia de la sociedad sea irracional por sí misma, también éstas se generarán⁷.

Ahora bien: ¿hasta qué punto debe obedecerse una ley injusta en virtud de la obligatoriedad de la misma, emanada de su carácter de producto legítimo del sistema?

La respuesta a este interrogante nos lleva necesariamente a la reflexión acerca de la piedra basal de esta teoría de justicia y de la concepción de la desobediencia civil. El régimen democrático, como supuesto imprescindible para las teorizaciones sobre esta materia, es concebido como un sistema justo, pero imperfecto. Podría decirse, utilizando la regla del *maximin*, que el sistema democrático constituye la alternativa menos mala dentro de las posibles.

Pero esto no significa que sea perfecto. La única forma de producir un régimen democrático, es adoptando la regla de las mayorías. Al realizar esta elección, el individuo gana en un procedimiento legislativo eficaz lo que se pierde aceptando el riesgo de sufrir los defectos del sentido de justicia de los demás. La existencia de una Constitución justa y nuestra obligación de apoyarla, haría también obligatoria la obediencia a ciertas leyes injustas producto de las imperfecciones del sistema, mientras no excedan "ciertos grados de injusticia"⁸.

Adoptar el sistema de la regla de la mayoría no es—en opinión de Rawls— garantía de producción de leyes justas, pero sí un elemento que reduce esa posibilidad y que es imprescindible para el funcionamiento del sistema.

⁶ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 180.

⁷ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 281 y siguientes.

⁸ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 287 y siguientes.

En este estado de cosas, la desobediencia civil se plantea para el ciudadano como un conflicto de deberes: el deber de obedecer leyes promulgadas por una mayoría legislativa y el deber de oponerse a la injusticia.

La búsqueda del límite que determina que ciertos grados de injusticia deben ser aceptados y cuáles no, nos habla a las claras que el autor acepta a la desobediencia civil condicionada a ciertos supuestos y con ciertas características que enumera en su definición.

La desobediencia civil es definida así, como un acto público no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno y limita su justificación a tres supuestos que menciona expresamente:

a) La primera limitación está dada porque es necesario que la injusticia sea sustancial y manifiesta, que afecte al primer principio de justicia o la segunda parte del segundo principio; es decir, que exista una lesión al principio de libertad igual y al de justa igualdad de oportunidades.

b) Las instancias legales de solución de conflictos deben ser agotadas antes de llegar a la desobediencia civil. Se propone aquí la obligatoriedad de intentar resolver la cuestión de que se trate, dentro de los límites del sistema y si, una vez agotada esta instancia, no se ha reparado la injusticia, la desobediencia civil pasa a ser necesaria y por tanto justificable.

c) Por último, limita la utilización del recurso extremo, a que no resulten del acto de desobediencia graves desórdenes que destruyan o alteren la eficacia de la Constitución. Esto puede darse en el caso de que coexistan pretensiones de diferentes minorías que al reclamar, al mismo tiempo, con actos de desobediencia, puedan lesionar el funcionamiento del sistema democrático. Para estos casos propone como solución, la elaboración de un plan justo para regular el nivel de disidencia, que deberá llevarse a cabo recurriendo al sentido de prudencia y de no abuso del derecho por parte de los desobedientes⁴.

Surge de esta enumeración de limitaciones, que la construcción teórica en este sentido podría caracterizarse como perfecta. La posibilidad de recurrir a la desobediencia civil sólo cuando la violación a los principios de justicia es

⁴ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 404 y siguientes.

clara y manifiesta, cuando se han agotado las instancias legales y si no producen lesiones al funcionamiento del sistema, constituye una utilización óptima del sentido de prudencia. Pero si la teoría es impecable en este aspecto, no lo es en el sentido que no puede prever reglas de delimitación o de interpretación general para conocer fehacientemente cuándo se han violado los principios de justicia. En una teoría pensada para seres humanos, es necesario dejar un margen para las conductas que son producto de la interpretación subjetiva que, de las cosas, hacen los hombres. Así, no puede establecerse un límite tan preciso como Rawls quisiera, entre qué es y qué no es prudente.

Es necesario hacer ahora un análisis del papel que la desobediencia civil juega en un sistema constitucional. Al cometer actos de desobediencia —opina el autor— estamos acudiendo al sentido de justicia que tiene la mayoría, expresando públicamente que las condiciones para la libre cooperación están siendo violadas. Esto equivale a decir que la desobediencia civil es considerada como un recurso estabilizador del sistema, aunque de por sí sea ilegal, siempre y cuando se la utilice con la debida limitación y prudencia.

En esta concepción, de donde surge la relación directa que existe entre la justicia de la Constitución y la defensa de ésta mediante un acto de desobediencia que es ilegal, Rawls propone que "los tribunales deberían tener en cuenta la naturaleza civilmente desobediente del acto del que protesta, y el hecho de que es justificable mediante los principios políticos subyacentes en la Constitución y, sobre estas bases, reduzcan o, en ciertos casos, anulen la sanción jurídica"¹⁰. Es decir, que se opera una defensa del acto desobediente justificándolo en los principios contractuales y dejando por sentado que "en una sociedad democrática, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación acerca de los principios de la justicia, y de la conducta que lleva a cabo a la luz de estos principios. No hay una interpretación legal o socialmente aprobada de estos principios, que nos obligue moralmente, ni aun en el caso de que provenga de un tribunal supremo o de la asamblea legislativa"¹¹.

¹⁰ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 429.

¹¹ Rawls, *Teoría de justicia*, p. 432.

Finalmente, señala que "aunque la desobediencia civil justificada parece amenazar la concordia ciudadana, la responsabilidad no recae en aquellos que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad, justifica tal oposición; porque emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas, es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen derecho a resistirse"¹².

3. ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES

Hemos visto hasta aquí los elementos principales que Rawls considera al tratar el tema de la desobediencia civil. Es ahora el momento de reflexionar sobre algunos aspectos que considero poco claros o discutibles.

En primer término y tal como se señala al comienzo, resulta difícil llevar a la práctica una teoría basada en supuestos ideales, por más perfecta que sea. Es por ello que quizá la primera objeción que debiera hacerse a esta teoría es que el hombre no es un ser neomonal y es imposible despojarlo de su egoísmo e intereses personales, cosa que resulta obvia y con lo cual caería el andamiaje de la construcción intelectual.

Más allá de esta objeción, intentaremos relacionar algunos elementos de la teoría donde se hallen probables contradicciones.

Una ley injusta, para el utilitarismo jurídico, es aquella que no se condice con el estrato dikelógico. En cambio, cuando el orden normativo es un reflejo de los valores morales que rigen en una sociedad, las conductas humanas se desarrollan con respecto a las normas y a los valores, sin conflictos¹³.

Fundamentalmente, el utilitarismo jurídico se basa en: a) la jurística sociológica, b) la jurística normológica, y c) la jurística dikelógica.

a) La jurística sociológica, fundamentalmente, busca las categorías sociales que contemplan el material estimativo del valor justicia e investiga ese material con prescindencia

¹² Rawls, Teoría de justicia, p. 433.

¹³ Gehlrichmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, Bs. As. Depalma, 1967.

cia de su valoración *dikelógica*. Sólo es necesario que ese material sea susceptible de una valoración de ese tipo. Se encarga, primordialmente, de observar y estudiar la adjudicación de potencia e impotencia, es decir, de las conductas humanas de las que es posible hacer una valoración con respecto a los valores de justicia.

b) La *jurística normológica*, capta por medio de la razón, esos repartos de potencia e impotencia estudiados en el estrato anterior. Evidentemente, esa captación lógica del objeto de la *jurística sociológica* que se trasluce ahora en normas no deja de ser, en última instancia, la voluntad del repartidor de potencias e impotencias; pero fundamentalmente, las normas con los instrumentos de conexión entre las conductas y el valor justicia, y quizá por esto, resulte subordinado a ellos.

c) El último estrato que contempla esta teoría es la *jurística dikelógica*, que se ocupa de los valores en los que se basa la sociedad, y entre ellos, especialmente, del valor justicia.

En este marco teórico, la desobediencia civil, según es entendida por Rawls, debería verse como un acto que relaciona estrechamente a la *jurística sociológica* con la *dikelógica*, sobrepasando los límites de la *jurística normativa*. El acto desobediente se produce porque no ha habido una buena captación *normológica* de los repartos de potencia o impotencia que se dan en la esfera *sociológica* en relación con la esfera *dikelógica*. Graficaremos esto a continuación:

OBEDIENCIA

- Orden de conductas + buena captación *normológica* + de acuerdo a los valores de justicia = producción de leyes justas

DESOBEDIENCIA

- Orden de conductas + deficiente captación *normológica* + desconocimiento del valor justicia = producción de leyes injustas

Quando se produce la ley injusta, el afectado puede combatir su injusticia desde adentro del sistema, obteniendo una declaración de inconstitucionalidad del tribunal competente, o desde afuera de él, recurriendo a la desobediencia civil.

Es en este punto donde se encuentra un aspecto poco claro en la teoría de Rawls. Resulta evidente que el acto obediente sobrepasa los límites del aspecto puramente normativo. Este estrato que se consolida a través de un sistema jurídico positivo, que por definición debe ser obedecido por todos, no puede prever en forma positiva una legislación contemplativa de casos de desobediencia a ese sistema. Existe en esto un problema de técnica jurídica.

Por una parte, creer que la desobediencia civil no es posible de ser transmitida a un estrato normativo-positivo, sería negar su esencia, su carácter de valor. Todo valor de la esfera deontológica debe ser plausible de una traducción en el aspecto normativo.

Pero por otra parte, si incluyéramos a la desobediencia civil dentro del sistema jurídico positivo como Rawls propone, el acto ya no sería de desobediencia, sino de obediencia a otra norma que permite desobedecer. Este punto, que a simple vista puede parecer una cuestión puramente semántica, no lo es tanto, ya que echa por tierra alguno de los presupuestos básicos de la desobediencia civil.

Si una norma general prevé casos de desobediencia y reduce o anula las sanciones jurídicas para los que la realizan, desde el punto de vista del que desobedezca, cae el requisito indispensable de soportar las consecuencias de su acto ilegal¹⁴.

A la decisión de desobedecer una norma, oponiéndose a ella desde fuera del sistema y soportando la segura sanción que acarreará el acto ilegal, no se llega fácilmente. Psicológicamente, la desobediencia en estos casos presenta dos aspectos analizables. El primero de ellos se da en la esfera cognoscitiva, ya que el desobediente deberá tener conciencia de algún tipo de alternativa para remediar la situación injusta contra la cual se rebela. El otro aspecto a considerar es el motivacional, ya que deberá afrontar las consecuencias de romper el orden social establecido¹⁵.

Bajar el nivel de exigencia que estas dos esferas dan a la decisión de desobedecer, es también bajar el nivel de injusticia necesaria para tomar la decisión. Dado que Rawls sostiene que es obligatorio obedecer ciertas leyes injustas

¹⁴ Kelman, Lee H., *Crimenes de obediencia*, Bs. As., Planeta, 1967.

¹⁵ Fromm, Erich, *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Bs. As., Planeta, 1966.

que son productos de las deficiencias propias del sistema, siempre que no excedan "ciertos grados de injusticia", y dado también que la interpretación de los principios de justicia es libre, es dable pensar que habrá más desobedientes intolerantes que, por saber que la sanción que les correspondería no se les aplicará, escojan esta vía que por su naturaleza es de excepción, como una ordinaria para canalizar sus objeciones.

Pero este punto que analizamos, no abarca solamente la imposibilidad técnica de incorporar la desobediencia civil al sistema. Es también con relación al papel que ésta juega en el sistema democrático, que pensamos que como mecanismo de corrección que es, no puede incorporarse al sistema normativo. La desobediencia implica una relación íntima entre el desobediente y sus valores, en contra del sistema normativo que lo lesiona. Creemos más efectiva esta relación a los fines correctivos que si se incorpora al sistema de las normas.

Ninguna sociedad justa puede prescindir ni de autoridad legítima ni de desobediencia civil, pero un derecho que en forma automática posibilite desobedecer legítimamente órdenes que contradigan las interpretaciones personales de los principios de justicia sin costo alguno, es una puerta abierta al caos; sobre todo si consideramos que los individuos son entidades diferentes y que sería posible encontrar tantas interpretaciones como seres conforman el sistema.

Viendo entonces este problema, deseamos referirnos a la posibilidad de que la desobediencia civil sea considerada dentro del ámbito de discrecionalidad de los jueces, que deben contemplar el sentido de justicia en sus fallos. A primera vista, parecería posible aceptar que la desobediencia civil sea analizada en cada caso en particular; contemplando circunstancias y permitiendo que los jueces decidan una reducción o anulación de la pena judicial para el desobediente en cuestión.

Pero supongamos el caso de dos desobedientes que con idéntica motivación psicológica y buena fe, pero con diferentes interpretaciones de los principios de justicia, cometen sendos actos ilegales de desobediencia.

Al llegar los casos a la justicia, ésta decide justificar a uno y no a otro, por lo que el primero será absuelto, mientras el segundo deberá atenerse a las consecuencias de su proceder ilegal.

Si Rawls declara que la interpretación de los principios de justicia es propia y libre de cada individuo, y si estos dos han obrado con la misma intención de corregir el sistema en beneficio de todos, de acuerdo a sus particulares visiones, resulta claramente injusto que uno deba ser sancionado simplemente por no coincidir su interpretación de los principios de justicia con la de quienes lo juzgaron; con lo que se produce una abierta violación al principio de igualdad.

Sin embargo, si la desobediencia civil ocupa el lugar que actualmente tiene, la función correctora que cumple y ha cumplido no sólo se cumplimentaría más eficientemente, sino que, además, daría más motivación psicológica para desobedecer y de ningún modo resultaría violatoria de los principios que el mismo Rawls propone.

En nuestra consideración, la desobediencia civil es un atajo que busca el hombre en concordancia con el sentido general de justicia que tiene por fin el mejoramiento o el cambio del sistema dentro del cual se desarrolla. Creemos que las modificaciones a esta idea, no hacen sino alterar la esencia de su contenido y, por lo tanto, desvirtuar el sentido que a lo largo de la historia tuvo, generando ciudadanos ejemplares que fueron reconocidos por la fuerza de sus ideas; lo que minimiza la importancia de las sanciones que acarrearán sus actos, al menos haciendo un balance retrospectivo y general.

La verdadera esencia del cambio está en los pensamientos, en las ideas; la sanción es sólo una contingencia, o quizá también una forma de despertar el sentido de justicia de todos, y provocar un replanteo. Pero en todos los casos, es imprescindible para no violar el principio más importante sobre el cual se asienta toda la estructura de justicia: la igualdad de todos los hombres.

ALREDEDOR DE UN CONCURSO APARENTE DE LEYES O DE UN CONCURSO IDEAL DE DELITOS

MARTA JOSÉ LEVANTTA Y SIZA *

"Sortons. Je veux aller quêrir la justice et faire donner la question à toute ma maison".

MONTAIGNE, L'Essay

1. Introducción

Sabido es que en nuestro país el común de la gente carece de conciencia tributaria.

En efecto, a nivel popular no existe la convicción de pagar los tributos de acuerdo con la capacidad contributiva de cada uno y en las formas previstas por las leyes impositivas que describen los distintos hechos imposables.

La razón de esta anomalía bien puede explicarse, ya que el pueblo argentino piensa o que los tributos son injustos o excesivos, o que el gobierno emplea mal las rentas recaudadas, porque no las ve plasmadas en obras y servicios públicos¹.

Ante la situación narrada, entendemos que la sanción de la ley 23.771 trata de sanear, o mejor dicho, crear esa conciencia tributaria en el contribuyente, fijando pura y exclusivamente delitos dolosos, que quedarían consumados de acuerdo con lo dispuesto en cada artículo.

* Estudiante de Derecho (UBA).

¹ Raft, Julio M., El régimen penal tributario y previsional, según la ley 23.771. Análisis y concordancia, Lumen, 1990, p. 1.

Se han dejado oír distintas voces doctrinarias que hablan de la incongruencia y de la magnitud de las penas prescriptas en esta nueva ley. Estamos de acuerdo con ellas, pero también es cierto que entre nosotros no existe el concepto de Estado, al que es preciso sostener con un aporte personal y económico. Es de esperar que este cuerpo normativo, no incorporado al Código Penal, pese a su naturaleza claramente definida, con el paso del tiempo y a través de su aplicación sin concesiones por el Poder Judicial, modele en el pueblo la idea que "es de justicia pagar los impuestos", pero no debemos olvidar que es necesario que el ciudadano vea los tributos en obras, como antes mencionábamos, porque de lo contrario todo intento de concebir la mentada conciencia tributaria habría sido en vano.

Es posible afirmar que la ley 23.771 establece cuatro institutos de trascendencia: elimina la perjudicialidad administrativa (deroga el art. 77 de la ley 11.683); sujeta a los delitos que crea al régimen de las acciones públicas, ya que antes limitaba su ejercicio al organismo de aplicación; consagra situaciones en que el imputado queda exento de pena cuando satisface los requisitos del art. 14 (porque de haberse aplicado a "sangre fría" la ley y existiendo la situación reseñada anteriormente entre la ciudadanía argentina, creemos que los servicios carcelarios no darían abasto para albergar a los infractores) y por último establece montos mínimos de perjuicio al fisco para viabilizar las acciones tipificadas².

Sin embargo, es indispensable apuntar que, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 23.771, existía un régimen sancionatorio establecido en la ley 11.683, cuyo articulado no fue derogado íntegramente por aquélla.

Ante esta situación nos preguntamos cuál es el rol que ha asumido el art. 46 de la ley 11.683, atento la novedosa aparición del art. 2° de la ley 23.771 y con intención de volar más allá del horizonte penal tributario, indagamos sobre el papel que juega en la actualidad el art. 174, inc. 5°, del Cód. Penal, en relación con las normas citadas precedentemente.

Nos dedicamos pues, a la realización de este trabajo con el propósito de esclarecer en la medida de lo posible, la confusión que ha creado la coexistencia del triduo normativo.

² Virgolini - García Lorea, *Doctrina penal*, t. IX, p. 464-465. "La ley penal tributaria".

Para ello proponemos el análisis de cinco puntos: naturaleza jurídica del ilícito tributario; refrescar nociones del concurso ideal de delitos o concurso aparente de leyes; relación entre el art. 46 de la ley 11.683 y el art. 174, inc. 5º, del Cód. Penal; relación entre la primera de las citadas normas y el art. 2º de la ley 23.771, y opinión y conclusión.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ILÍCITO TRIBUTARIO

Al afrontar este punto, abordamos un tema que ha hecho correr ríos de tinta y encarnizadas discusiones doctrinarias, suscitándose tres teorías que tratan de explicar la cuestión que nos ocupa.

a) Teoría penalista

El ilícito tributario es considerado de naturaleza penal, básicamente, porque existe analogía ontológica con el delito de derecho penal común. Es decir que ambos tutelan los mismos bienes jurídicos.

Con la intención de dar sustento sólido a su posición, García Belaunce¹ manifiesta que genéricamente el derecho penal común protege la seguridad del individuo o de la sociedad y lo que cada uno está obligado a hacer en función del bien público. El problema se presenta cuando se pretende trasladar esto al campo del derecho penal tributario, ya que se ha dicho en repetidas ocasiones que éste sólo protege reglas de buen gobierno, o la prosperidad, o la actividad administrativa cuyo objeto es el bienestar colectivo, o el interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con los recursos necesarios.

Creemos que los que así se pronuncian quitan importancia a un hecho esencial, cual es el cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva (pago). A través de él se adquieren los recursos necesarios para que el Estado cumpla sus fines esenciales: orden, seguridad y justicia; por ello, si la Nación no cuenta con circulante para organizar el sistema judicial y las fuerzas de seguridad nacionales, a raíz de la falta de pago de los tributos, va de suyo que lo que se

¹ García Belaunce, Horacio A., *Derecho tributario penal*, Bs. As., Depalma, 1983, p. 59.

ve menoscabado es la seguridad del individuo y de toda la comunidad.

Sin embargo, dentro de esta teoría también se enrolan quienes consideran que el carácter penal del ilícito tributario está dado sólo por la naturaleza penal de la sanción. En otros términos, como alega Jarach⁴, los ilícitos tributarios son penales porque son sancionados por la ley con penas que importan la disminución de un bien jurídico del transgresor, de la misma forma que ocurre con el derecho penal común; además, tienen carácter sancionatorio y retributivo, extremo que no se da en el derecho civil, donde las sanciones son compensatorias y resarcitorias.

En otro orden de ideas, cabe agregar que dentro del género "ilícitos tributarios" existen dos especies bien distintas: los delitos y las contravenciones. Las diferencias que se dan entre unos y otras no se deben a sus naturalezas jurídicas, ya que ambas son penales, sino por la naturaleza penal o administrativa de la sanción. Así puntualiza García Belsunce: "Los delitos de naturaleza penal tienen sanciones penales y las contravenciones de naturaleza penal, tienen sanciones administrativas"⁵. Es así que los delitos tributarios (defraudación) conllevan sanciones como la pena privativa de libertad, multas sancionatorias, inhabilitaciones, etc.; en cambio las contravenciones tributarias (infracciones formales) merecen multas menores, intereses resarcitorios y punitorios.

b) Teoría administrativa

Volvemos a retomar el tema del bien jurídico tutelado, puesto que esta tendencia doctrinaria afirma que en realidad el ilícito tributario es una contravención administrativa, porque sólo protege intereses pecuniarios de la Administración pública, a contrario de lo que sucede en el derecho penal común, como ya los especificáramos anteriormente. Se afirma asimismo, que en el derecho contravencional administrativo, rigen principios especiales para la culpabilidad y punibilidad de las personas jurídicas y de terceros.

⁴ Jarach, *Dimo. Finanzas públicas y derecho tributario*, Bs. Az., Cangallo, 1989, p. 410.

⁵ García Belsunce, Horacio A., *Régimen penal tributario. Concurso de sanciones*, L.L. 1990-C-918 a 926.

Pero tal vez sea Villegas Basavilbaso⁴, quien nos provoca mayor sorpresa; ya que hace depender la naturaleza jurídica de las infracciones tributarias del tribunal que las juzga. Este autor considera que el derecho penal es acto de jurisdicción judicial y, la infracción tributaria es acto de jurisdicción administrativa; por ello, el primero es juzgado dentro del Poder Judicial, el cual es imparcial en el conflicto, mientras que la segunda, es juzgada dentro de los cuadros de la Administración pública, que actúa como parte interesada en el diferendo. Además, considera al derecho tributario como dependiente del derecho administrativo, por lo que le niega autonomía.

c) Teoría tributaria

Como primera premisa, esta doctrina sostiene la autonomía del derecho tributario. Está por ello desligado del derecho administrativo, del derecho penal común y del derecho civil.

Asimismo, sostiene que el ilícito fiscal es un aspecto del derecho tributario, que a su vez es parte del derecho financiero, ya que la transgresión de la obligación tributaria quebranta un verdadero deber social que es la contribución al mantenimiento del Estado; por ello la sanción fiscal deriva del propio poder tributario estatal, o sea del poder de imperio, creador de la norma tributaria. En otras palabras y precisando conceptos con García Belsunce⁵, diríamos que "el poder de legislar tipificando ilícitos tributarios y aplicándoles sanciones determinadas, no es sino una derivación del poder tributario del Estado, que sin aquél sería un poder incompleto y utópico".

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, afirma Giuliani Ponrouge⁶ —uno de los más aguerridos defensores de la teoría en desarrollo—, que las infracciones fiscales son esencialmente de naturaleza penal, ya que poseen un carácter sancionatorio y no resarcitorio; pero esa naturaleza jurídica señalada, debe ser entendida en un sentido genérico, y no circunscripta a la ilicitud del Código Penal. Es más, la

⁴ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. I, p. 43.

⁵ García Belsunce, *Derecho tributario penal*, p. 49.

⁶ Giuliani Ponrouge, Carlos M., *Derecho tributario y finanzas públicas*, t. II, p. 634.

regla del art. 4º del citado cuerpo normativo, debe ser entendida en sentido inverso, es decir que su normativa sólo es aplicable cuando la ley fiscal se remite a él.

Queremos dejar en claro que tomamos partido por la primera de las teorías descriptas, puesto que nos parece evidente que tanto el derecho penal común como el derecho tributario penal, tutelan los mismos bienes jurídicos: seguridad del individuo y de la sociedad. No necesitamos teorizar demasiado para arribar a esta conclusión, sobre todo si tomamos en cuenta el cuadro económico actual en el que la Argentina se encuentra inmersa.

Nos explicamos: el gobierno peronista hace esfuerzos denodados para lograr recursos monetarios a fin de paliar el déficit que heredó de otros... ¿Cómo lo logra? Es una pregunta de difícil respuesta, pero ensayaremos lograr al menos una. Sabemos que la Nación cuenta con recursos originarios y derivados de su poder de imperio. Entre los primeros vemos, por ejemplo, a las empresas del Estado que han sido malvendidas en licitaciones de dudosa prolijidad, pero esto es harina de otro costal, ya que lo que hoy atrae nuestra atención y la del ministro de Economía son los recursos derivados, porque son más fáciles de obtener con un sistema recaudatorio bien organizado que los provenientes de la actividad industrial del mismo Estado.

Las reformas hechas dentro del ámbito de la Dirección General Impositiva, la creación de la clausura preventiva automática (ley 24.073), el intento del IEPE, volteado por la realidad empresaria argentina, y la creación de sucesivos hechos imposibles (p.ej., bienes personales no incorporados al proceso económico), hablan del interés citado.

Entonces, si buena parte del presupuesto nacional está avalado por recursos tributarios, es obvio que el incumplimiento de la obligación principal del contribuyente, viola no sólo el interés de la Administración pública, sino también la seguridad del individuo y de la sociedad en su conjunto, porque al no contar con esos medios la Nación no puede hacer frente a gastos necesarios: justicia, fuerzas armadas y seguridad interior.

En el fondo y más allá de los argumentos jurídicos que podamos aportar sobre la naturaleza penal del ilícito tributario, es importante sostener esta posición por una cuestión de política jurídica, ya que administrativizarlo, sería quitarle importancia, aflojar la rigurosidad de las sanciones, circunstancia que no podemos dejar pasar, sobre todo porque

si en nuestro país falta conciencia tributaria, ¿qué pasaría si la escasa que perdura se relajara?

Por último, que el ilícito tributario se rija por los principios del derecho penal común, es muy favorable para el sujeto pasivo de la obligación tributaria, ya que entonces se verá francamente beneficiado por su aplicación (legalidad, culpabilidad, aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, beneficio de la duda, entre otros).

3. ¿CONCURSO REAL DE DELITOS O CONCURSO APARENTE DE LEYES?

Como primera medida y a fin de ubicar al lector en el tema, nos ha parecido conveniente hacer una breve reseña sobre los conceptos señalados en el título, sobre todo porque el quid de la cuestión, se encuentra en tomar partido por uno u otro concurso en lo que respecta al triángulo normativo señalado.

a) Concurso ideal de delitos

Es aceptado unánimemente por la doctrina que, a un hecho que cae bajo más de una sanción punitiva se le debe aplicar una pena solamente: la mayor.

Esta noción ha sido receptada en el art. 54 del Cód Penal: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor", siguiendo en ello al Código italiano de 1891, al apoyar la teoría de la unidad de hecho, desechando la teoría de la acción, ya que esta última provocaba dos grandes dificultades en opinión de Soler²: "En ciertos casos el concepto de acción parecía deber asumir una forma amplia y comprensiva de varios actos, y en otros casos, en cambio, a la unidad de actuación voluntaria corresponde una pluralidad de resultados independientes".

Visualizamos la primera dificultad, gracias al ejemplo creado por Carrara³: el ladrón que roba una bolsa con cien escudos, comete delito; pero si los encuentra esparcidos y tiene que tomar diez escudos y guardarlos, se configura un delito completo; mas para llevarse los otros noventa, ex-

² Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipografía Editora Argentina, 1973, t. II, p. 292.

³ Soler, *Derecho penal argentino*, p. 292, nota 5.

tiende de nuevo la mano y toma otros diez, un segundo delito, y así sucesivamente.

¿Podríamos razonablemente afirmar que hay diez acciones, porque el ladrón encontró el dinero esparcido y no en una bolsa? Surge evidente la respuesta negativa. Por ello se hizo diferencia entre acto y acción, de forma que ésta podía constar de varios actos, sin perder su unidad. El problema surgía en la amplitud que se le acordaba al concepto de acción, es decir cuál era el límite para considerar que determinados actos componían una acción o no.

La segunda dificultad por la que "hizo agua" la teoría en análisis, la vemos con el siguiente ejemplo: un hombre mata con un disparo a dos personas (hay una sola acción); mas un segundo agente con dos disparos mata a otros dos sujetos (hay dos acciones). Si bien es cierto que, en el segundo cuadro existen dos acciones, no lo es menos que, el resultado de éste y del primer cuadro es el mismo; y el problema se presenta para Soler¹¹, cuando la teoría de la acción debe resolver el caso de modo diferente.

Se soluciona toda duda con lo normado por el art. 54 del Cód. Penal, al fijarse que ante un hecho punible único (no dice acción) que se encuadre en dos o más tipos legales que no se excluyan entre sí, debe aplicarse solamente la escala que disponga pena mayor, porque la ley adoptó el sistema de absorción de la pena menor por la de mayor gravedad.

Llegados a este punto y siguiendo a Jiménez de Asúa¹², entendemos que deben darse tres requisitos para que exista concurso ideal de delitos.

1) *Unidad de hecho*: Valga lo referido anteriormente.

2) *Violación de varias disposiciones legales*: Es decir, múltiples encuadramientos como ya lo apuntáramos anteriormente.

3) *Unidad de resolución*: Es decir, una y sólo una conducta sin importar la o las intenciones que muevan al agente, porque ellas no multiplican el hecho. Por ejemplo, el adulterio del marido con mujer casada: la violación de dos vínculos sería igual que la de uno solo, ya que "dos intenciones no aumentan el mal y una sola no lo disminuye"¹³.

¹¹ Soler, *Derecho penal argentino*, p. 292.

¹² Jiménez de Asúa, Luis, *La ley penal y el delito*, Bs. As., Sudamericana, 1961, p. 533.

¹³ Soler, *Derecho penal argentino*, p. 299.

b) Concurso aparente de leyes

Entre el concurso visto en el punto anterior y el que abordamos en este título existe, según reseña Cabral¹⁴, un rasgo común: parten de un hecho único, sin embargo los divide una diferencia abismal, ya que en el concurso ideal el hecho delictivo se adecua a dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí, hay encuadramiento múltiple. Por el contrario, en un concurso aparente de leyes, como su nombre lo indica, el eventual encuadramiento múltiple es una ficción, porque la adecuación es única, ya que los tipos penales en juego se desplazan mutuamente en virtud de alguna relación que se da entre ellos y, que hace imposible la concurrencia simultánea.

Las mencionadas relaciones que pueden darse entre tipos penales son tres:

1) Exclusividad. Podríamos dividirla en alternatividad y consunción. En el primer caso, los tipos penales se excluyen mutuamente con relación a un mismo hecho porque lo establece la ley misma. Por ejemplo, un hecho punible jamás encuadrará en la figura de la estafa (art. 172, Cód. Penal) y en la del libramiento de cheques en formulario ajeno sin autorización (art. 302, inc. 4°, del Cód. Penal), porque así lo dispone esta última norma.

El segundo caso se guía por la regla de que las formas más complejas de delito, desplazan a las más incompletas. Ello puede verse en la tentativa de homicidio (art. 42, Cód. Penal) que queda absorbida por el hecho doloso consumado (art. 79, Cód. Penal).

La situación característica de relación consuntiva la constituyen las infracciones progresivas, aclara Soler¹⁵, "cuando los delitos están escalonados en la ley de acuerdo con diversos grados, en cuanto a su gravedad, aun siendo del mismo género como sucede por ejemplo con las lesiones (leves, graves, gravísimas)". Puede ser entonces que en un mismo contexto de acción, la infracción vaya desde un grado mínimo a su máxima expresión, en cuyo caso no se cuentan las etapas anteriores a la última.

Vimos pues, que en el iter criminis pueden cometerse hechos anteriores que quedarían subsumidos en el delito;

¹⁴ Cabral, Luis, *Compendio de derecho penal. Parte general*, p. 237.

¹⁵ Soler, *Derecho penal argentino*, p. 174.

mas pueden producirse acontecimientos posteriores que correrían igual suerte, porque su producción está necesariamente ligada a la consumación del delito, es decir, que en este caso el acto posterior sería impune. Por ejemplo, robo de automóvil (pena de uno a tres años de prisión); a esta sanción no corresponde sumarle la que rige para uso ilegítimo del automotor (seis meses a dos años de prisión), puesto que el segundo hecho quedaría subsumido en primero.

2) *Especialidad*. En este supuesto nos hallamos ante dos leyes diferentes: una general y otra especial, y siguiendo el viejo adagio latino *lex special derogat generali*, es evidente que se aplica la figura específica sin interesar la naturaleza o monto de la pena, ya que fueron hechas por el legislador con la intención de agravar o disminuir la sanción del tipo básico. Por ello, si se agregan elementos que conducen al primer fin se configura el tipo calificado, y si apuntan al segundo fin, se modela el tipo privilegiado.

Conviene recordar que una disposición es específica con relación a otra, cuando ésta se encuentra expresamente comprendida en aquélla, entre ambas no se da, como generalmente se suele afirmar, una relación de subsidiariedad, sino que se establece una relación de especificidad; ya que si se aplica el tipo específico las causas excluyentes de penas válidas para él, no dejan subsistente la pena del delito genérico. Por ejemplo, si no hay condena por abigeato (tipo específico), menos la habrá por hurto (tipo genérico).

3) *Subsidiariedad*: Finalmente encaramos este concepto y a fin de hacerlo con toda precisión recurrimos a Soler¹⁸: "Una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación esté condicionada a que no sea de aplicación otra figura... o cuando una figura entra en la composición de otra".

En el primer caso se constata una subsidiariedad expresa, pues es la ley misma, la que señala que su aplicación está condicionada a que no exista ningún otro tipo con imperativo mayor para regir los hechos. Por ejemplo, el abandono de servicio de transporte (art. 195 del Cód. Penal) o los daños (art. 183 del Cód. Penal), rigen sí y solo sí el hecho no importare un delito más severamente penado.

A esta altura del desarrollo, es oportuno precisar que la relación específica supone coincidencia de las figuras bási-

¹⁸ Soler, *Derecho penal argentino*, p. 187.

cas; en cambio, la subsidiariedad supone diversidad de ellas. Entonces, la figura subsidiaria es siempre distinta y, su relación con la principal, proviene del hecho que puede formar parte como elemento constitutivo o circunstancia agravante de ella. Esta es la hipótesis de subsidiariedad tácita.

**4. DEFRAUDACIÓN FISCAL (ARTÍCULO 46 DE LA LEY 11.683)
Y DEFRAUDACIÓN PENAL (ARTÍCULO 174, DECISO 5°
DEL CÓDIGO PENAL)**

Nuestro sistema penal caracteriza a la estafa como un tipo de defraudación integrada por tres elementos básicos: a) ardid o engaño desplegado por el sujeto activo; b) error de la víctima, y c) lesión patrimonial del sujeto pasivo.

Estas tres condiciones configuran la defraudación penal que es bien distinta de la defraudación fiscal, ya que la relación jurídica tributaria que une al contribuyente y al fisco es muy particular, porque el Estado no efectúa una disposición patrimonial a favor del infractor (salvo casos de subsidios), como sería el de la defraudación penal, sino que el contribuyente aprovechando la circunstancia que es él quien determina el tributo y lo ingresa, procura a través del ardid o engaño que el Estado no advierta la falta de ingresos y el daño sufrido; o sea que jamás mediaría error por parte del fisco, porque el perjuicio patrimonial se produce sin que el ente recaudador haya tenido ocasión de intervenir¹⁷.

Nos permitimos disentir con Soler, Fröhlich y Andrade en esta cuestión, ya que estos autores hacen mención sólo de la determinación tributaria en base a declaraciones juradas, presentadas por el contribuyente (art. 20, ley 11.683); sin embargo, no podemos olvidar la patología del instituto y es sabido que generalmente el fisco es quien determina de oficio (art. 23, ley 11.683); en ese caso, puede hacerse sobre base cierta o sobre base presunta. Si ocurre esta última circunstancia la Dirección, en el ámbito de la Capital Federal, en ejercicio de sus facultades de verificación y fiscalización, acordadas por los arts. 40 y 41 de la ley 11.683, va a reunir todos los indicios que presuman la configuración del hecho imponible. Por supuesto que el agente generador de la

¹⁷ Soler - Fröhlich - Andrade, Régimen penal tributario, p. 154.

obligación puede esconder algunos de estos indicios (cifras de ingresos, egresos, valores de inversión, etcétera). Entonces el fisco caería en error al determinar el impuesto fijando su monto en un *quantum* menor a lo que corresponde en realidad. De hecho, el art. 36, inc. b, de la ley 11.683, afirma que la determinación tributaria (en principio inamovible, art. 21 de la citada ley) puede ser modificada en contra del contribuyente si surgen nuevos elementos de juicio, o se comprueba la existencia de error, omisión o dolo en la exhibición o consideración de los que sirvieron de base a la determinación anterior. Es por esto que en este caso especialísimo, podríamos aceptar el error del fisco en la defraudación fiscal.

Pero para aclarar las ideas, la defraudación en contra del fisco, en general se configura con dos requisitos: a) ardido o engaño, y b) perjuicio patrimonial, salvo la excepción que hicimos precedentemente respecto de la determinación de oficio de la base presunta.

Definidos ambos tipos de defraudación, podemos establecer la relación propuesta en el título de este apartado.

Afirma Núñez¹⁸, que ambos delitos pueden ser estructuralmente iguales, pues representan perjuicios pecuniarios logrados mediante fraude. La diferencia radica respecto del bien jurídico tutelado en una y otra figura; atento que el fraude penal perjudica la propiedad de la Administración pública, que no es otra cosa que un derecho individual y el fraude fiscal tiende a obstruir el poder financiero de la Administración, afectando la incolumidad de las rentas fiscales. Por ello, la defraudación impositiva excluye la figura delictiva y las penas comunes del art. 174 del Cód. Penal.

Fiel a su posición administrativista del ilícito tributario, Villegas¹⁹ alega que los bienes jurídicos tutelados en los mencionados artículos son distintos y, entonces la defraudación impositiva no configura la penal.

Concordante con la posición de Villegas, Giuliani Ferronrouge sostiene que la defraudación fiscal es una infracción exclusiva del derecho tributario; pero la base de su teoría es distinta ya que apoya la idea que el ilícito tributario no es penal ni administrativo, sino un delito *sui generis*. Por esta

¹⁸ Núñez, Ricardo C., *Fraude en perjuicio de alguna administración pública y defraudación impositiva*, LL, 74-565 a 576.

¹⁹ Villegas, Héctor B., *Derecho tributario*, t. II, p. 537. La ley 23.771. Régimen penal tributario y previsional. Análisis de sus figuras.

razón, alega que la mentada defraudación se rige sólo dentro del marco del derecho tributario.

Enrolado en la teoría penalista, vimos a García Belsunce²⁰ el cual afirma que en realidad concurren dos infracciones derivadas de una misma acción; habría así, una unidad de delito por unidad de hecho. Para él, ese delito único está encuadrado en más de una figura penal. Ellas son: la defraudación fiscal y el fraude en perjuicio de la Administración pública. De esta manera, existe concurso ideal entre ambas figuras y por aplicación del art. 54 del Cód. Penal, corresponde la imposición de la pena mayor que es la establecida en este Código (prisión de dos a seis años).

Por supuesto que el autor sostenía esta posición, antes de la sanción de la ley 23.771. Veremos más adelante su postura.

Soler, Fröhlich y Andrade disienten con García Belsunce²¹, afirmando que las figuras penales se clasifican en simples y calificadas. En el caso que analizamos, el tipo simple sería la defraudación (art. 172, Cód. Penal) y la calificada en razón del sujeto engañado, administración pública, la defraudación del art. 174, inc. 5º, Cód. Penal. Cabría además, una segunda cualificación hecha por la ley 11.683 si la rama de la Administración pública perjudicada fuera la tributaria, en razón de lo dispuesto por el art. 46 de la citada ley. Por ello, si el legislador ha querido disminuir la pena, en este caso se debe aplicar la multa fijada por este último artículo señalado y no la pena de prisión del art. 174, inc. 5º, del Cód. Penal. Es más, hoy, con la vigencia de la ley 23.771, los autores reseñados siguen sosteniendo la misma tesis, ya que el mínimo de pena por defraudación fiscal lo establece esta ley en su art. 2º (seis meses), en cambio en la defraudación del Código Penal el mínimo es de dos años de prisión.

5. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY 11.683 Y EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY 23.771

Es evidente que todas las figuras establecidas en el nuevo régimen penal tributario son dolosas; por ello no se pro-

²⁰ García Belsunce, Horacio A., *Régimen penal tributario. Concurso de acciones*, L.L. 1960-C-618.

²¹ Soler - Fröhlich - Andrade, *Régimen penal tributario*, p. 134.

duciría ninguna colisión con la ley 11.683, en lo que hace a las figuras culposas.

En relación a los ilícitos dolosos de una y otra —y en concreto los señalados en este título—, la doctrina ha emitido diversas opiniones.

Dentro de la primera postura, podríamos nombrar a García Belsunce²¹, que sostiene que existe defraudación tributaria encuadrada en el art. 2º de la ley 23.177 y el art. 46 de la ley 11.683. Se trata de una infracción tributaria incriminada por dos ordenamientos legales diferentes, uno de tipo fiscal y otro de tipo penal. Como antes reseñáramos, para este autor, el bien jurídico protegido en ambos casos es el mismo, y no ve la diferencia ontológica entre uno y otro delito; por ello la defraudación del art. 46 de la ley 11.683 es de naturaleza penal y no contravencional, por lo tanto la concurrencia de estas dos figuras "debe resolverse como un concurso ideal en el que frente a una unidad delictiva se aplica la sanción penal mayor, que es la pena de prisión de la ley 23.771".

Una segunda posición llevaría adelante Villegas²², que alega que, como subsiste el art. 46 de la ley 11.683 y atento la existencia del art. 15 de la ley 23.771 donde se establece que la pena de prisión fijada por la ley penal tributaria será impuesta sin perjuicio de las sanciones fiscales y previsionales, se violaría el principio *non bis in idem* (art. 7º, Cód. Proc. Penal), ya que se aplicarían dos sanciones distintas (multa y prisión) por un mismo delito, violando el art. 54 del Cód. Procesal. Si bien es cierto que el citado principio no está expresamente formulado en la Constitución nacional, no lo es menos que emana del art. 18 de la Constitución (debido proceso legal); por esta razón juntamente, con Castellanos²³, alegan la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 23.771.

Finalmente, una tercera posición manifiesta que la pena del art. 46 de la ley 11.683, configura delito tributario, por ser retributiva; pero al ser sancionada la ley 23.771, la defraudación del art. 46 de la ley 11.683, fue absorbida por

²¹ García Belsunce, Régimen penal tributario. Concurso de sanciones, LL, 1990-C-905.

²² Villegas, Derecho tributario, p. 544.

²³ Castellanos, Fernando, La ley penal tributaria. Aspectos relevantes. Impuestos, t. XLVIII-B, p. 2629.

aquella y hoy se la considera una mera contravención. Entonces tendríamos un doble juzgamiento: a) defraudación de la ley 23.771, y b) contravención del art. 48 de la ley 11.683, por aplicación del art. 7º del Cód. Proc. Penal que prescribe la posibilidad de condenar o absolver una falta, por la autoridad administrativa y de procesar y condenar ulteriormente por el mismo hecho, cuando éste sea constitutivo del delito²⁴.

8. Conclusión

Es notoria la confusión que ha sembrado el nuevo régimen penal tributario, a raíz de su pésima redacción (no se puede esperar otra cosa si en ella no intervienen juristas especializados) y por su falta de congruencia al dejar vigentes tipos penales de la ley 11.683 que debieron ser derogados o reformulados.

A raíz de esta incertidumbre en que nos encontramos inmersos, es que nos pareció oportuno traer a colación el deseo de Harpagnon (que por otra parte es el de todo mortal en su sano juicio): "La búsqueda de la justicia y la punición del responsable". La figura del protagonista de *L'aveugle*, que desorientado buscaba el sujeto que había osado robarle sus bienes, nos representó la situación en la que podría encontrarse un recalcitrante contribuyente lidiando por escapar de las redes que arman las tres normas en análisis. ¿Existe concurso ideal? o ¿concurso aparente de leyes? He aquí nuestro aporte a tan controvertido asunto.

Sostenemos que dada la situación actual del art. 174, inc. 5º, del Cód. Penal y del art. 2º de ley 23.771, habría un concurso aparente de leyes donde la primera figura quedaría excluida por la segunda, atento el principio de especialidad; ya que el tipo penal específico (defraudación fiscal), desaloja al tipo penal general (defraudación del art. 174, inc. 5º, Cód. Penal). Asimismo, afirmamos que dado lo dispuesto en el art. 7º del Cód. Proc. Penal siendo factible un procedimiento administrativo y un proceso penal por el mismo hecho y en concordancia con el art. 15 de la ley 23.771, es posible aplicar la pena de prisión del art. 2º de la mencionada ley, por evasión total o parcial de tributos o aprovecha-

²⁴ Corti, Aristides H., *Análisis del nuevo régimen penal tributario*, diario *Ámbito Financiero*, 19780.

miento indebido de beneficios fiscales y la multa prescrita por el art. 46 del mismo cuerpo legal; ya que como dijéramos anteriormente el nuevo régimen penal absorbió la defraudación tributaria del art. 46, sancionándola con una pena mayor y convirtiéndola en una contravención. Nos parece arriesgado tachar de inconstitucional al art. 15 de la ley penal tributaria, siendo un remedio extremo que debe ser utilizado con mucha precaución.

No queremos concluir sin afirmar que lo ideal sería derogar los artículos de la ley 11.683 que contengan infracciones materiales, cuya acción típica pueda quedar subsumida en algunos de los presupuestos normativos de la ley penal tributaria.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS CONTRATOS TELEMÁTICOS

GONZALO LÓPEZ DEL CARRIL *

1. Introducción

El mundo asiste a velocísimos avances tecnológicos que determinan cambios en las formas de producción y comercio, creándose incluso nuevos productos y servicios que incrementan el tráfico negocial. Se suma a esto la masificación de las operaciones y su contenido multinacional; lo que varía el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de los contratantes.

Nadie desconoce hoy la posibilidad de realizar operaciones con cajeros automáticos, banca hogareña, clearing electrónico, transferencia electrónica de fondos (EFT), transferencia electrónica de datos (EDI), tarjetas magnéticas, facsimil (fax), etcétera. Las nuevas tecnologías imponen estas flamantes realidades que el ordenamiento jurídico acepta con mayor lentitud que el devenir comercial. Tan es así, que nos encontramos desde hace quince años en la llamada sociedad post-industrial o sociedad informática, y aun hoy no contamos dentro de nuestra legislación, con herramientas jurídicas depuradas.

En los países del norte, quienes concentran el 98% de los gastos de investigación y desarrollo en informática que se hacen en el mundo¹, la política legislativa suele intentar

* Estudiante de Derecho (UBA).

¹ Correa, Carlos M. - Batto, Hilda N. - Ciar de Zalduendo, Susana Nazar Espeche, Félix A., *Derecho informático*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 2.

corresponderse con la económica; por lo que cada país europeo ha modificado y está adecuando sus normas legales internas para "poder entrar de manera coherente en la Europa sin fronteras"² de 1992. Así por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica maneja el 70% del mercado mundial de microcomputadores y más de un billón de dólares diarios a través de EPT, y Japón es líder en el desarrollo de la inteligencia artificial a través de la llamada "quinta generación de ordenadores", trabajan arduamente en este tema.

Pero no es la intención del presente trabajo el extenderse sobre la importancia del tema en la vida comercial moderna, sino particularizar el análisis de algunos aspectos en la contratación por medios informáticos y telemáticos.

2. DISTINCIÓN ENTRE "CONTRATO DE SERVICIOS O PRODUCTOS INFORMÁTICOS" Y "CONTRATO REALIZADO POR MEDIOS TELEMÁTICOS Y/O INFORMÁTICOS"

Enseña Borda que el objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contratada. El contrato, cuyo objeto recae sobre servicios o productos, sería una estructura compleja que se distingue (aunque más no sea parcialmente) tanto de las figuras clásicas, como de las contrataciones donde el elemento material por el que se produce la declaración de voluntad es electrónico, telemático y/o informático. Uno de sus paradigmas es la pluralidad de prestaciones, lo que genera pluralidad de regulaciones contractuales. Así, se dice que hay una multiplicidad de contratos informáticos, debido a la especificidad de su objeto, presentándose generalmente en grupo. Por lo que este contrato tiene estructura de contrato complejo, si es que no tiene la de un complejo de contratos³.

Para otros, lo característico y distintivo del contrato es la funcionalidad general del objeto contractual, consistiendo éste en ser sistema o subsistema de información⁴. Evi-

² Martino, A., El comercio sin papel (primera parte) en "Derecho Económico", n.º 2, p. 138.

³ Bertrand, A., siguiendo a los Poullet, en Correa - Nazar Espeche - Batte - Zalduendo en Derecho informático, p. 152.

⁴ Acquistapace, C., El concepto de sistema informático y los contratos informáticos, ponencia presentada en las II Jornadas Nacionales de Dere-

dentemente, la conclusión a la que se arriba es la misma, pues el "conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de un objetivo", que se denomina sistema¹, es el contenido concreto e integral del acuerdo más allá de los diferentes elementos con que pueda contar.

El análisis del "contrato de servicios o productos informáticos" lleva a entender que, pese a la existencia de elementos singulares, éste no toma autonomía jurídica de la definición del art. 1137 del Cód. Civil ni de las formas contractuales conocidas; siendo comprensible dentro del esquema de la compraventa, locación (de obra o servicio), leasing, licencia, cesión de uso (horas-máquina), mantenimiento, prestación de servicios, etc.²; los que se suelen dar conjunta o separadamente en pos de la función de objeto.

A la particularidad que hace que se lo denomine informático, la cual reside, como se dijo, en su complejidad estructural, se le agregan la aparición de términos técnicos muy específicos, incluso en otros idiomas, que pueden escapar al conocimiento de una de las partes.

Así, en "De Ambrosi Lameka SA c/Centro de Computación de Datos SACOMA", se estableció la importancia de la prueba pericial en virtud de la "extrema complejidad que revisten cuestiones eminentemente técnicas, las que además responden a una terminología propia respecto de la cual debe el juzgador hallarse suficientemente advertido para no caer en errores conceptuales... a los que puede conducir la utilización de un lenguaje que muchas veces lleva a la aplicación de voces que, por traslación de las utilizadas en el idioma extranjero de origen, no se ajustan correctamente al significado de la palabra castellana adoptada, o bien hay casos en que a esta última se la utiliza con una acepción sofisticada que dificulta en demasía la comprensión de los textos"³.

cho Informático, realizadas del 7 al 9 de octubre de 1987 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y organizadas por la AABA. Fuente: *Anales de las Jornadas*.

¹ Falcón, Enrique M., "Qué es la informática jurídica", p. 13, Bs. As. Abeledo - Perrot, 1982.

² Nazar Espeche, F., "El contrato de compraventa de equipos informáticos", en "Revista de Derecho Industrial", n° 15, p. 54 y ss., ene-abr. 1987.

³ CNCom. Sala B, 18998, en Eignone - Martínez Ledezma, "El derecho informático en la jurisprudencia argentina, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Informática y Derecho, realizado del 16 al 19 de octubre de 1980 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA

En autos "Sisteco c/Sujoy", por el contrario, no fue determinante la existencia de terminología foránea, dado que la misma sentencia maneja y utiliza la palabra *software*¹. Pero dicho fallo también receptó la especificidad, en referencia a los vicios en la adquisición, estableciéndose que éstos no pueden juzgarse de la misma manera que otros objetos o servicios susceptibles de contratación.

Otro elemento típico y especial del contrato, surge de los escasos conocimientos sobre la materia que tiene una de las partes, lo que suele ser uno de los motivos que acrean una notoria desigualdad entre ellas. "En un contrato informático el juzgador no puede olvidar las siguientes pautas o circunstancias: la desigualdad entre las partes; la diferencia radical de actitudes para la negociación; la buena fe que debe estar presente no sólo en la celebración y ejecución del contrato, sino también en la formación"².

La superioridad de una de las partes por poseer mayores conocimientos técnicos, no implica que la otra sea necesariamente *néfita* en el tema, sino que simplemente no se encuentra en igualdad de conocimientos. Al respecto, Shue y Vergari remarcan la importancia para los tribunales norteamericanos de lo antedicho. En "Strand v. Librascope Inc.", se especifica: "Court found that the defendant, as an experienced manufacturer, possessed superior knowledge and expertise in the field of electronic digital computers and had more familiarity with component equipment that plaintiff, a person engaged in the manufacture of digital computers who had contracted to purchase several hundred magnetic read/record heads from defendant to be used in constructing an electronic digital computer"³.

Por su parte, cuando el acuerdo se realiza por medios telemáticos y/o informáticos, se puede decir que el objeto del mismo se establece sobre cualquier bien o servicio, con independencia de la función que cumpla. Lo distinguible recae sobre el elemento técnico que permite el avenimiento de las voluntades, de características propias y particulares.

1 y organizadas por la AABA y la Association pour le développement de l'informatique juridique de Francia. Fuente: *Anales del Congreso*, p. 835.

¹ CNCCom, Sala E, 36/86, LL. 1987-A-136.

² SC Mendoza, 5/290, "Sotex SA c/Oliva", SALJ, J.26.471, fallo n° 90.190.001, sum. U0400483.

³ Vergari, J. - Shue, V., *Fundamentals of computer-high technology law*, ALI-ABA, 1991, p. 197.

Dicha nueva modalidad negocial, está agrupada de una manera aún indefinida para Etcheverry, quien señala que dichos contratos revelan la necesidad de pautar la irrupción de la electrónica en los procesos de producción en intermediación mercantil¹¹.

Cabe apuntar que la movilidad técnica propia de las nuevas formas tratadas aquí, no impone necesariamente indefiniciones jurídicas, sino redefiniciones.

Hoy en día, se efectúan múltiples y diferentes operaciones en las que intervienen estos nuevos elementos, los que se imponen en virtud de su celeridad, certeza, agilidad, organización, confiabilidad y muy especialmente por su rentabilidad. Así, se prescinde de la proximidad física y aparece necesariamente un intermediario técnico, dejándose de lado la presencia "personal e igualitaria de los contratantes".

La distinción realizada entre los contratos con objeto o a través de medios no es límite a coincidencias, como el principio de especialidad que rige a ambos, o que los mismos se generen con pluralidad de protagonistas. También se advierte en ellos la importancia de la terminología aplicable, con preferencia por una consideración amplia de la misma, susceptible de comprender nuevas etapas de desarrollo científico.

Es conveniente, entonces, dotar a las palabras de un sentido claro y definido. La palabra informática responde a la adaptación al castellano de un neologismo francés (*informatique*), contracción de los términos *información* y *automática*¹². De allí que se la precise como la disciplina que estudia el tratamiento automatizado de la información. La telemática es la ciencia que une a ésta con las telecomunicaciones, y es el camino que nos permite establecer prestaciones salvando distancias y, a menudo, idiomas. Así, la informática tiende a suprimir el papel como soporte de las operaciones que procesa, y las telecomunicaciones, a eliminar la necesidad de la presencia física de las partes. De allí que se prefiera la utilización de una palabra *sui generis*, abarcativa de los procesos mencionados.

Pero no todas son ventajas con los contratos concluidos mediante ordenadores y formas telemáticas. El primer

¹¹ Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y comercio. Obligaciones y contratos comerciales*. Parte general, II. A., Astrea, 1988, p. 182.

¹² Falco, *¿Qué es la informática?*, p. 11 y 114.

problema es determinar cuándo se ha producido la declaración de voluntad de las partes. Es por eso que se dice que la participación de la tecnología moderna, no se limita a ser el medio de comunicación de una voluntad ya perfeccionada, sino que también pueden incidir en el proceso de formación y exteriorización de la voluntad negocial. Estos puntos serán tratados a continuación, con la intención de ser un pequeño aporte a la redefinición aludida.

3. LA FORMA Y LA PRUEBA EN LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

Cada fenómeno voluntario debe exteriorizarse de manera que sea socialmente apreciable e imputable a un hombre. Esa exteriorización es la que el Código Civil argentino define como "el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico".

Antiguamente, la forma reputaba la necesidad de revestir lo inmaterial de una manera física tangible, a fin de impregnar los sentidos. Por su parte, el llamado neoformalismo apunta a la publicidad, al afianzamiento de las relaciones negociales, la seguridad jurídica y la prueba de los contratos. Este tiende cada vez más a imponer formas menos constitutivas y sacramentales, como consecuencia del creciente abandono del documento-papel en la relación contractual.

Existe en nuestro derecho, una marcada tendencia normativa a identificar al instrumento escrito sobre papel, siendo éste el medio de prueba por excelencia. La contratación por medios telemáticos se basa en mensajes emitidos y recibidos mediante códigos, claves, sistemas de redes, etcétera. No nos encontramos aquí con un papel que contenga la declaración de voluntad de las partes con la firma de ellas.

Dicha declaración de voluntad, no debe ser confundida con el instrumento en que ese acto se documenta. Una cosa es expresarse por escrito y otra la que recibe y lleva signos gráficos. Según Giannantonio¹², distíngase lo que

¹² Giannantonio, E., *El valor jurídico del documento electrónico*, "Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional", vol. 1, p. 100, Bs. As., Depalma, 1987.

se prueba, de aquello con lo que se prueba. El clásico vínculo contrato-papel-escrito, no es más que el documento continente de la materialización del instituto. De allí que se hable de la creciente desmaterialización de la relación comercial moderna, dado que es la forma o un medio de prueba, pero no el contrato mismo¹⁴.

Pero el documento electrónico, como paradigma del comercio sin papel, no es el concepto de escritura entendida en el pasado. No es el visualizado en la pantalla de un monitor de video, ni lo que se imprime. La forma telemática o electrónica es propia y distinguible de la que se expresa sobre un papel, o de la oral. Se trata aquí de impulsos electrónicos (a menudo ligados a la transmisión telefónica¹⁵), que simbolizan un lenguaje.

El hecho de que no sea escritura en el sentido generalmente extendido, no evita la asimilación jurídica que se hace de un sistema de expresión de la voluntad por otro, a efectos de dotarlo de similar validez. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre "Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", ley 22.765, dispone en su art. 13 que, a los efectos de ésta, la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex. Este concepto amplio de lo que significa escritura, también se da en los fallos "Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial" y "Proyecto de Reformas al Código Civil", referido al otorgamiento de valor probatorio al documento electrónico del año 1988-1987, este último no tan conocido como el primero y realizado por la Secretaría de Justicia de la Nación.

La disposición medular en el tema es el art. 874 de nuestro Código Civil, que consagra el principio de la libertad de formas para los actos jurídicos. Esto coincide con lo establecido por el art. 1020 con referencia a los instrumentos privados; o sea aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Dichos actos pueden formarse

¹⁴ Aguiris, Ana M. de - Kleidermacher, Arnoldo, *Nuevas formas de contratación. Contratación por ordenador*, LL, 1987-C-894.

¹⁵ Para que los diferentes sistemas de transmisión telemática (computadoras, cajeros automáticos, etc.), puedan comunicarse entre sí o con cualquier sistema (un computador central, un mainframe), lo único que se necesita es un *modem* a cada lado de la línea telefónica. Así, dicho aparato modular, o sea traduce el lenguaje numérico (proceso electrónico) en lenguaje audible (proceso telefónico), que recepta y demodula (vuelve a traducir) nuevamente a código numérico, otro aparato *modem*.

en el idioma y con las solemnidades que las partes juzguen convenientes.

El principio del art. 974 posee dos importantes excepciones: la firma y el doble ejemplar. La firma es la manera habitual en que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir responsabilidades, además de ser, según el art. 1012 del Cód. Civil, condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, sin poder reemplazarse por signos ni por iniciales. Esto constituiría un obstáculo a la posibilidad de emitir la voluntad por medios telemáticos. Generalmente, en este contrato en estudio, la voluntad se establece a través de códigos, signos y/o señales, lo que impide su consideración como instrumento privado.

Enseña Martino que la ley civil italiana impone también el principio de la libertad de formas, atenuado por el excesivo formalismo de sucesivas derogaciones. El art. 2702 de la ley civil italiana es rígido en cuanto a la firma, de una manera similar a nuestro art. 1012. No obstante la jurisprudencia y doctrina de dicho país, han optado por darle validez a instrumentos no firmados como el télex.

Analizando el requisito de la firma, se ve cómo los adelantos técnicos la han hecho caer como medio de seguridad jurídica primordial. La firma ha perseguido a través de los siglos la identificación de una persona con voluntad de obligarse. Morello dice que ella da la confirmación de la paternidad del documento y es signo tangible y visible de la voluntad implícita y explícita de constituirlo válido. Pero día a día, medios de reconocimiento del individuo y de expresión de la voluntad, como, por ejemplo, el uso de claves de control, tarjetas magnéticas, reconocimiento de la voz, de las impresiones digitales, e incluso el iris del ojo humano, se extienden, combinan y superan a la suscripción habitual del nombre.

Los inconvenientes que genera este régimen de forma y prueba, han tenido morigeraciones¹⁴. Ejemplo válido es la emisión de bonos, hecha por el gobierno nacional, en la que se prescinde de la impresión de planchas y certificados provisionarios, usándose para el caso la registración electrónica.

¹⁴ Vaz Flores, H. - Dall'Aglio, E., *Recepción legal de las nuevas tecnologías de la información en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la República Argentina*, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", t. 31, p. 68, nº 1.

También se puede citar la validez de la contabilidad electrónica que receptan en materia tributaria la ley 23.314 y en materia societaria la ley 19.550 (modificada por la 22.903). Asimismo, esta regulación normativa prevé la posibilidad de la impresión mecánica de firma de un síndico y un director en cada acción. En igual sentido, apreciable impacto han tenido las transacciones diarias en letras telefónicas, verdaderos contratos de nuestro sistema financiero¹⁷.

Dentro de la llamada "lex mercatoria informática", la confianza y seguridad que deben despertar los contratos en cuestión es innegable. Es por eso que entiendo adecuada la solución que propugna la doctrina italiana¹⁸ para los países que, como el nuestro, dicho *credere* está ligado al documento papel: la coexistencia de ambos soportes (papel y magnético) hasta que se adquiera una confianza total y superior en la circulación electrónica. No se está destruyendo la forma, sino que, "con frecuencia, la forma debe morir para poder germinar con vida nueva"¹⁹.

Pero, ¿existen limitaciones a la aplicación del contrato objeto de estudio?

En nuestro país, Dall'Aglio opina que se debe excluir de los negocios jurídicos telemáticos a los contratos "que realiza el hombre común, como los contratos de locación o compraventa de inmuebles, los que se realizan unos pocos a lo largo de la vida... y que se seguirán efectuando de un modo tradicional"²⁰. De similar manera, establece el art. 1350 del Cód. Civil italiano, que el acto que trate de disposiciones del derecho de propiedad o de otro real inmobiliario, debe tener necesariamente la forma escrita sobre papel²¹.

Para confirmar dicha afirmación, habrá que esperar la evolución económica del mundo de los próximos años, dado que nada obsta que en un futuro, una contratación telemática brinde aún más seguridad que lo que se establece en el actual art. 1184 y ss. del Cód. Civil.

¹⁷ Aguirre - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 183.

¹⁸ Martino, A., *El comercio sin papel*, p. 139.

¹⁹ Ihering, Rudolf von, en Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Az., Abeledo - Perrot, 1988, t. II, p. 183.

²⁰ Dall'Aglio, E., *Contratos concluidos por ordenador. Formación y caracterización de la voluntad. Formación del contrato*, LL, 1990-B-1039; Conf. Mesa, J. - Agoglia, M. - Boragina, J., *Las nuevas formas de contratación según la tecnología moderna*, LL, 1992-A-293.

²¹ Martino, *El comercio sin papel*, p. 139.

Coincidentemente, en los actos no patrimoniales (matrimonio, reconocimiento de filiación, etc.) y aun en los de última voluntad (testamento), deberá mantenerse el modo tradicional por un tiempo relativamente prolongado.

De la experiencia recogida y de las evoluciones específicas citadas precedentemente, se desprende con claridad la necesidad de un *aggiornamento* legal genérico en cuanto a la forma, que se diferencie de la prueba sin dejar de interrelacionarse.

Como toda contratación, pueden aparecer cuestiones entre las partes del acuerdo, las que a menudo niegan la operación, o afirman que su voluntad fue distinta. Ya se ha dicho que la estructura actual civil hace que la prueba escrita (entendida como instrumento con soporte papel) sea la de mayor importancia. Esto no es óbice para que se sume a la amplitud de prueba que juega en materia comercial la llamada "prueba informática". Esta última resulta del tratamiento automático de la información, a través de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética, siendo un aspecto del derecho informático²².

Se debe decir que el legislador no es claro al respecto, pues al referirse a la prueba de los contratos (art. 1190), habla de los instrumentos particulares no firmados. De allí que se considere la existencia de tres tipos de instrumento: público, privado y particular o no firmado.

Si bien el codificador distinguió entre prueba y forma (art. 973 y ss., Cód. Civil), el art. 1193 confunde los términos, al establecer que los contratos que excedan una cantidad determinada deben ser hechos por escrito y no pueden ser probados por testigos, aun en contra del principio de la amplitud de prueba del art. 1190. Los dos artículos que le suceden (1191 y 1192) son las excepciones a lo determinado en el art. 1193, pudiéndose entonces justificar, a través del principio de prueba por escrito, la existencia como instrumento hábil del documento escrito no firmado. Conocido es que el fenómeno inflacionario y la depresión monetaria destrozaron este ejemplo típico de prueba tasada, logrando que, cualquiera sea la importancia económica del contrato, deba ser probado por escrito. Cabe agregar que el art. 209 del Cód. de Comercio sufre el mismo inconveniente, al diseñar un sistema similar.

²² Guastavino, Elías P., *La prueba informática*, LL, 1987-A-1144.

Es por ello que avanza la posición doctrinaria a favor de la reforma acerca del valor probatorio del documento electrónico²⁵, pese a la posición que entiende suficiente la interpretación amplia de la ley comercial²⁶. Este criterio se funda en la seguridad en cuanto a la autenticidad, la extensión de los usos y costumbres telemáticos, la lógica permeabilidad legal al fenómeno, etcétera.

Señala Aitmark²⁷ que el derecho comparado se desplaza hacia la reforma. El Código Civil francés modificó su art. 1348 en el año 1960, Suecia transformó el concepto hacia 1975, Alemania en 1985, Gran Bretaña en su Civil Evidence Act de 1968. Suiza también cambió sus instrumentos legales, condicionando la validez documental a determinados requisitos (seguridad de conservación y facilidad de acceso a registros). Uruguay posee una herramienta valiosa en el Código General del Proceso en su art. 146. También desde el punto de vista procesal, en Estados Unidos de Norteamérica se modificó la *Federal Rules of Civil Procedure* en el año 1970, específicamente en la regla 34²⁸.

Es obvio que las nuevas tecnologías en análisis iban a chocar con "la cultura del papel". De allí que los aspectos legales más críticos, son los que se refieren a la identificación de la parte que cursa la transacción, y al valor de los registros de las memorias electrónicas como un medio de prueba legal²⁹. En referencia a la individualización de la parte al contratar, las soluciones son similares a las que se buscaron para la firma.

La demostración de la voluntad exteriorizada (entendida como prueba) no es, a diferencia de la forma, elemento esencial del acto jurídico. Debe tener entidad jurídica propia y, como cualquier medio probatorio, ser convincente.

²⁵ Entre otros, Millá, A., Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, LL, 1989-D-1148 y 1149; Bekerman, J., Documento electrónico: seguridad de una reforma legislativa y cultural, LL, 1989-D-994; Bustamante Alsina, Jorge, Valor probatorio del documento electrónico, ED, 127-818; Van Flores, H. - Dell'Aglio, E., Contratos concluidos por ordenador. Formación, p. 87.

²⁶ Aguilera - Kleidermacher, Nuevas formas de contratación, p. 897.

²⁷ Aitmark, D., Contratos telemáticos, "Jornada de Informática y Moderna Contratación Mercantil", organizada por los Institutos de Derecho Comercial e Informática Jurídica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

²⁸ Vergari - Shue, Fundamentals of computer, cap. 8, p. 324.

²⁹ Millá, Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, p. 1149.

La verificación de la existencia del contrato se logra por lo establecido en el art. 1190, en cuanto al principio de amplitud de la prueba. Claro que este principio sufre una excepción (contratos formales solemnes) y una limitación²⁸; la del art. 1193 ya analizado. Los medios probatorios se hallan tanto en el art. 1190, como en el 208 del Cód. de Comercio, imponiendo ambos un listado meramente enunciativo²⁹.

De lo dicho, se concluye que el contrato civil se acredita en cuanto a su existencia por instrumento público, privado, particular o los demás medios de prueba enumerados (no taxativamente) en el art. 1190. Esto último siempre que haya principio de prueba por escrito.

El contrato comercial es más flexible que el civil ad effectum probandi, aunque no facilita la tarea de la prueba informática. Para que ésta juegue debe haber también principio de prueba por escrito. No obstante, Etcheverry opina que sería asimilable al inc. 4º (correspondencia epistolar y telegráfica) del mencionado art. 208³⁰.

Un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial³¹, confirma el uso de la disposición del art. 61 de la ley de sociedades (texto modificado por ley 23.903), en cuanto éste autoriza a prescindir de las formalidades del art. 53 del Cód. de Comercio y a realizar la tarea registral por ordenador, medios mecánicos o magnéticos. En él se establece la fuerza probatoria de los registros por computadora, mediante pericia contable, pese a la negativa genérica del deudor.

En su comentario al mismo, señala Anaya, que los instrumentos tradicionales poseen una materialidad tranquilizante, que no se traslada sin más a los nuevos soportes; los que, a su vez, generan reticencias en los magistrados para reconocerles valor probatorio. Pero no es óbice para que se replantee la situación a través de la jurisprudencia, la cual establecerá pautas correctas y receptoras de nuevas situaciones, apoyándose en técnicas de control de errores ya existentes.

²⁸ Meza-Agüelá-Boragina, *Las nuevas formas de contratación*, p. 993.

²⁹ Etcheverry, *Derecho comercial y económico. Obligaciones*, p. 318.

³⁰ Etcheverry, *Derecho comercial y económico. Obligaciones*, p. 325.

³¹ CNCCom, Sala D, 21/890, "Lloyds Bank (BLSA) c/Almada, Eugenio y otra". ED, 5691. n.º 7756, p. 3-4, comentado por Jaime Luis Anaya.

Vélez cita a Ortolán en la nota al art. 973, quien con claridad enseña: "Los progresos de la civilización espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una sociedad adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante"²².

Es la prudente y sana crítica del juez, auxiliada por peritos expertos, la que en el caso particular impone eficacia probatoria²³. Se ha dicho que el sistema de registración es prueba contra su dueño²⁴, viéndose en el citado decisorio, la extensión de la demostración, siendo inclusive a favor de su titular.

En cuanto al valor probatorio, se puede decir que el instrumento público hace plena prueba del contrato, en virtud de la presunción de autenticidad con que cuenta, sólo cayendo a causa de ser, correctamente argüido de falso²⁵.

Por su parte, el instrumento privado también tiene validez, siempre que sea reconocida la firma (o declarada judicialmente su autenticidad).

El instrumento particular tiene dos variables posibles: que esté firmado, o que no lo esté, como es el caso de las rifas, espectáculos públicos o transporte. A estas últimas hipótesis le es aplicable, en cuanto a su valor probatorio, lo que se establece para los medios que proceden ante el principio de prueba por escrito.

²² Recalca la importancia de esta nota Alegria, Héctor, *Nuevas formas de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales*, L.L. 1993-E-683.

²³ Falicón, *¿Qué es la informática?*, p. 148. Este autor entiende que las normas procesales en la apreciación de la prueba informática son suficientemente elásticas. En igual sentido, en la doctrina italiana Giannantonio, *El valor jurídico del documento electrónico*, p. 113 y siguientes.

²⁴ Guastavino, *La prueba informática*, L.L. 1987-A-1159.

²⁵ Mesa - Agóglia - Boragina, *Las nuevas formas de contratación*, p. 225.

El principio de prueba por escrito es cualquier documento emanado del adversario, de su causante, o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil el hecho litigioso, aunque no llegue a constituir instrumento público o privado. Su interpretación comercial, coincidente con cuanto se dijo de la prueba, es de mayor amplitud. Es así que la prueba informática puede jugar también como principio, ya que se toma la palabra documento del art. 1192 del Cód. Civil y art. 209 del Cód. de Comercio y se desdena que éste sea escrito, en virtud de no imponerse de manera expresa²⁴. Aun en aquel hipotético caso que se exija la forma escrita, podemos interpretar al documento electrónico como tal.

Estos son los argumentos de interpretación legal que se usaron y se usan para saltar la valla que impone la prueba tasada y la desvalorización de la moneda, pudiéndose -principio de prueba por escrito mediante- demostrar por todos los medios.

4. EL CONTRATO TELEMÁTICO COMO CONTRATO ENTRE PRESENTES O ENTRE AUSENTES

Cuando las partes se hallan en diferentes lugares, sumándose a esto la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un espacio de tiempo considerable, hay contrato entre ausentes²⁵.

Esto arrastra consecuencias en cuanto a la determinación del momento y el lugar de la perfección del acuerdo (ley aplicable, cómputos de plazos, etcétera).

Para parte de la doctrina, el negocio jurídico electrónico es "un contrato entre ausentes de formación progresiva"; la aceptación definitiva no es dada en presencia de la otra parte²⁶. Los medios telemáticos actuarían como correspondencia epistolar (art. 1147), en virtud del sistema mixto receptado por el Código Civil argentino (teoría de la expedición atenuada por la teoría de la información). Dicho sistema considera perfeccionado el contrato desde que el acep-

²⁴ Aguinis - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 893. Estos autores dicen que "escrito en un ordenador" bastaría con el requerimiento de "principio de prueba por escrito".

²⁵ Mossat Irujoape, Jorge, *Contratos*, p. 108 y siguientes.

²⁶ Aguinis - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 898. En la doctrina italiana, Martino, A., "Il commercio sin papel", p. 143.

tante se desprendió de la aceptación, aunque morigerada por la posibilidad de retractar la oferta mientras ella no haya llegado a poder del oferente.

El inconveniente que la ley pretende resolver cuando se plantea el tema de la declaración de voluntad entre ausentes, se refiere a aquellos casos en que no pueden esperar una respuesta *ipso facto* debido al medio comunicante utilizado, el que impide al destinatario de la declaración conocerla en forma inmediata³⁹.

Sin embargo, el contrato por teléfono sería un contrato entre presentes en lo que hace al consentimiento⁴⁰. Esto crea dudas sobre lo aplicable al campo de los contratos telemáticos. Por ejemplo, en un contrato realizado por fax las partes pueden interrumpir la transmisión, recomenzarla, modificarla, e incluso consultarse por teléfono (*voicerequesting*), estableciéndose ofertas, contraofertas, desestímulos y aceptaciones de manera casi instantánea. No se entiende, entonces, el por qué del diferente régimen legal aplicable.

Otro sector doctrinario prefiere realizar distinguos al respecto. Así, Dall'Aglio discrimina tres situaciones: a) cuando el medio telemático es instrumento de transmisión de voluntades ya perfeccionadas, b) cuando este medio participa elaborando y exteriorizando la voluntad, y c) cuando es lugar de encuentro de voluntades anteriormente perfeccionadas⁴¹.

En el primero de los casos se trataría de un contrato entre presentes, en virtud de la inmediatez de la aceptación. El segundo caso, también sería de este tipo, en tanto en cuanto la tarea del intermediario técnico no frustre la celeridad del intercambio consensual. Por último, la llamada "plaza electrónica" (lugar donde se depositan las voluntades) impone un contrato entre ausentes, debido a que las partes no pueden conocer de la voluntad del otro al momento.

³⁹ Salter, C., *Contratos estipulados por computador: declaración de voluntad. Forma y momento de su perfeccionamiento*, p. 139 y ss., ponencia presentada en el Congreso Internacional de Informática y Derecho, realizado del 18 al 19 de octubre de 1993.

⁴⁰ Echeverry, *Derecho comercial y electrónico. Obligaciones*, p. 226; Mosset Iturrage, *Contratos*, p. 108.

⁴¹ Dall'Aglio, *Contratos concluidos*, p. 1044-1045.

5. CONTRATOS Y PRESTACIONES MÁS DIFUNDIDOS. CLASIFICACIÓN

Ya se ha visto que el contrato telemático presenta inconvenientes en cuanto a su régimen de forma y prueba, lo que lleva a que se lo relacione más a menudo como prestación, que como elemento de la formación y emisión de las voluntades de los contratantes.

El ejemplo más acabado de lo antedicho es lo que ha acontecido en los últimos tiempos en el negocio bancario, el que se ha transformado más en banca de servicios, que la clásica banca de créditos. Las instituciones dedicadas a este negocio, han producido el mayor aprovechamiento de la herramienta telemática, dado que hace más de diez años que proveen servicios como los incluidos en la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), logrando solucionar el problema jurídico a través de la amplia esfera de actuación que concede el art. 1197 del Cód. Civil.

De este modo, la habilidad negocial ha evitado la valla legal y ha variado la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades en análisis, dado que es inaceptable confundir el objeto o prestación del contrato con el contrato mismo. Además, generalmente no se trata de un solo contrato madre del que surgen las prestaciones, sino que se trata de varios contratos entre varias personas diferentes. Por ejemplo, en TEF, generalmente existen tres contratos básicos: a) el convenio entre la empresa que pacta con un usuario la apertura de una cuenta o la emisión de una tarjeta plástica, b) el acuerdo entre la empresa referida y otra que administra una red de TEF, y c) el que se genera entre un comerciante y la primera empresa mencionada, por el que éste acepta las operaciones realizadas²¹.

Giannantonio señala que la imposibilidad de reconocer la voluntad de obligarse en el acuerdo electrónico, puede inducir a buscar tal voluntad en otro acto, como, por ejemplo, en el contrato por el que el banco autoriza a un cliente al uso del medio telemático. Dicho convenio no puede constituir la justificación causal de todos los acuerdos posteriores de intereses dispuestos en forma electrónica, puesto que el contrato creado por la computadora misma, no se trata ya

²¹ MILLÉ, Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, p. 1144.

de un acto abstracto que encuentra su razón en otro subyacente, sino que la causa está contenida en el propio mensaje electrónico⁴².

Entonces, partiendo de lo analizado, se puede establecer la siguiente clasificación de los contratos realizados por medios telemáticos:

a) En sentido estricto, cuando el acuerdo de voluntades es concluido por la vía referida.

Lo determinante es el medio por el cual se realiza la declaración. Sin embargo, esto de ningún modo pretende desconocer la posibilidad de que la tecnología participe en la formación del contrato y en la elaboración de la voluntad, sino que es condición que se emita por dicho medio. Además, téngase presente que dicha participación no es ni más ni menos que la del sujeto emisor, que se prevalece de una forma veloz y ágil al programar o al establecer patrones de decisión, y no una participación propia del elemento técnico⁴³.

Por lo que a su vez se puede distinguir entre: 1) voluntad ya perfeccionada y sólo emitida por ordenador, y 2) voluntad elaborada, perfeccionada y/o emitida por ordenador.

Nos hallamos ante una situación en la que la persona ha previsto —con anterioridad a la celebración del acto jurídico— un cúmulo de posibilidades, y se ha dotado de una herramienta eficaz para cubrirlas conforme sus intereses. Así, se ha dicho que la programación del computador es de por sí una expresión de voluntad, a la que se suma el establecimiento de variables para la aceptación de la propuesta o la generación de la propia oferta, siendo estas variables, simples condiciones (suspensivas o resolutorias) y/o términos (iniciales o finales) conforme nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴.

Las dos posibilidades referidas, pueden ser el marco de distintos actos jurídicos telemáticos, pero al carecer de sustento sólido en lo que hace a forma y prueba, invariablemente ceden su lugar a lo que se establezca en otros acuerdos.

⁴² Giannantonio, *El valor jurídico del documento electrónico*, p. 73 y siguientes.

⁴³ Conf. Giannantonio, p. 71, citando a Clarizia; concluye que la decisión debe ser siempre imputada al ente que la ha preordenado por sí o por interpósita persona.

⁴⁴ Dell'Aglio, *Contratos concluidos*, p. 1041.

b) En sentido amplio, cuando se trata de la prestación telemática establecida en un contrato subyacente celebrado de manera tradicional; siempre que dicha prestación, por su génesis, naturaleza jurídica u otros factores, encierre o sea susceptible de generar un contrato telemático.

Aquí, por el contrario, lo significativo es la adaptación de nuevas formas técnicas a las construcciones legales vigentes para su viabilidad negocial, no siendo el único motivo de ello, ya que debe agregarse la convivencia de un régimen convencional en el que se limita la responsabilidad y se hace valer en el negocio el peso de la posición dominante. De allí que se puedan hacer subclasificaciones, como: 1) transferencia electrónica de fondos (TEF), y 2) intercambio electrónico de datos (EDI).

Establecidas desde hace una década en nuestro país, las TEF constituyen, desde el punto de vista negocial, el aspecto más desarrollado. Tal ha sido el impacto que dicha tecnología ha obtenido en el mundo, que en los Estados Unidos de Norteamérica se remesan por esta tecnología un billón de dólares diarios. Consisten básicamente en órdenes de transferir fondos de una persona a otra efectuadas por medio de sistemas electrónicos⁴⁶.

Advierte Millé que alguno de los problemas jurídicos en TEF están vinculados con el uso de tarjetas plásticas como sistema de acceso e identificación del titular de una cuenta⁴⁷. Esto no significa que los potenciales usuarios de TEF sean sólo los clientes de entidades financieras y bancarias, sino que también los de tarjetas de crédito, supermercados, sistemas de medicina prepaga, farmacias, centros de compras, estaciones de servicios, e inclusive en el pago de peaje para grandes usuarios de las rutas nacionales 3 y 205.

Es destacable que un país fundamentalmente basado en el precedente jurisprudencial, como los Estados Unidos de Norteamérica, ha optado por la regulación legal de los TEF, mientras que la Argentina, que alberga en su orden jurídico la tradición romanista, ha preferido la regulación convencional.

⁴⁶ Scott, H. S., *Corporate wire transfers and the uniform new payment code*, "Columbia Law Review", 1983, p. 1464.

⁴⁷ Millé, Aspectos legales de la transferencia electrónica de datos, p. 1143.

Existen distintos tipos de TEF, por lo que se puede básicamente diferenciar: 1) cajeros automáticos (conocidos por la terminología ATM o ATS—automated teller machines o automated teller systems—); 2) terminal punto de venta (POS—point of sales—); 3) cámaras de compensación automática (ACH—automatic clearing houses—), y 4) banca hogareña (home banking).

Los ATM son el supuesto más conocido, y permiten no sólo depositar o retirar dinero en efectivo de una cuenta bancaria en cualquier momento, sino también realizar múltiples operaciones como cambiar moneda nacional por extranjera, imputar saldos entre distintas cuentas (aun de distintos bancos si forman parte de una red), control de saldo, etcétera.

Los POS están generalmente localizados en comercios minoristas y reciben información acerca de autorizaciones, pagos o transferencias y la transmiten a la terminal de una institución financiera por un sistema de comunicaciones. Así, al realizar una compraventa, el usuario de la tarjeta la entrega al comerciante el cual al pasarla por la terminal, sabrá si dicha tarjeta es válida. Dicha operatoria, llamada "validación y autorización", es la de mayor aplicación comercial en nuestro país, aunque también podrá preverse la acreditación automática del precio de compra a la cuenta corriente que tiene el comerciante en la institución financiera.

Claro que también se puede usar POS en una relación establecida entre dos personas, como la que se establece cuando un sujeto que realiza a menudo transacciones desde distintos lugares con otro sujeto, evitándose así el manejo de dinero en efectivo. Como se dijo anteriormente, ello sucede con algunos de los grandes usuarios de las rutas nacionales 3 y 205. Dichas personas presentan su plástico al cajero de la cabina de peaje, quien lo destina por la terminal POS, acreditándose así en la contabilidad de la concesionaria de la ruta el precio. Mensualmente la empresa concesionaria cobra el total de los pases al cliente, operando así la prestación establecida en el contrato celebrado de forma tradicional, el que revela algunas similitudes a la cuenta corriente mercantil del art. 771 y ss., del Cód. de Comercio.

Los ACH implican "cámaras de clearing" bancario de manera electrónica, que por medio de una red especial de transmisión de datos proceden a la compensación automá-

tica de las operaciones realizadas por los bancos durante el día⁴⁸.

La llamada "banca hogareña", es la posibilidad de lograr prestaciones de la institución pertinente a través de un medio técnico similar al utilizado para conectarse con cualquier base de datos y consultarla. La diferencia recae en que no sólo se logra información bancaria y financiera, sino que el usuario autorizado puede realizar transacciones en sus cuentas, generándose otros negocios jurídicos. A diferencia de POS o ATM sólo se necesita una o varias claves de identificación personal⁴⁹.

El intercambio electrónico de datos o de documentos (EDI) es la transferencia o intercambio de información contenida en documentos comerciales realizada a través de la telemática y en formatos estándares. Esta transferencia de información se realiza entre los computadores de los participantes de un negocio, a través de líneas directas o de redes de comunicaciones de un tercero. Es un campo casi desconocido en nuestro país, pero muy explotado en los Estados Unidos de Norteamérica, fundamentalmente en industria pesada, automotriz y del petróleo. Además implica un desarrollo de todo el mercado telemático al darse una estrecha relación entre TEF y EDI, dado que es muy usual que, como consecuencia del intercambio de documentos, se deba realizar una transacción financiera canalizable por dichas transferencias.

En el campo de las negociaciones internacionales, señalamos que el principal motivo por el cual la Cámara de Comercio Internacional emitió la reforma 1990 de los Incoterms, fue la relevancia que día a día tienen los EDI. Así, dicho organismo no sólo previó en su tarea la posibilidad de usar medios electrónicos como reemplazo de algunos documentos, sino que abogó para que —en el futuro— el medio por el cual se transmiten los derechos sobre las mercancías (carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, carta de transporte multimodal), también se establezca por dicha técnica⁵⁰.

⁴⁸ Giannantonio, El valor del documento electrónico, p. 8.

⁴⁹ Vergari - Shue, *Fundamentals of computer*, p. 499 y siguientes.

⁵⁰ Incoterms - 1990, versión española de la Cámara de Comercio Internacional, p. 1, 2, 11 y siguientes.

6. Conclusiones

El contrato telemático *strictu sensu*, se distingue del contrato celebrado en forma tradicional pero que contiene prestación telemática. Tal diferencia "con objeto" o "a través de medio" no importa desconocer principios comunes como la especialidad, la pluralidad de protagonistas, la desigualdad de estos últimos al contratar, o la complejidad de la terminología aplicable.

La telemática es la ciencia que une la informática y las telecomunicaciones, agilizando el trámite negocial, salvando las distancias existentes entre las partes, y solucionando los inconvenientes que acarrea el documento papel. Otras ventajas del negocio electrónico son la celeridad, certeza, organización, confiabilidad y la rentabilidad.

El instrumento escrito sobre papel, si bien posee un lugar preponderante en las convenciones privadas, cede lentamente parte de su espacio frente a la desmaterialización de las relaciones negociales modernas.

La firma perderá fuerza frente a otros modos de identificación de una persona con voluntad de obligarse, como las claves alfanuméricas de acceso, tarjetas magnéticas, las técnicas de encriptación y biometría, etcétera.

El régimen de forma y la prueba del ordenamiento civil y comercial argentino, es insuficiente para dar adecuado marco a la realidad tecnológica; debiendo dotarse así de valor formal y probatorio al documento electrónico. Los avances que constituyen los regímenes de excepción, como los establecidos en las leyes 23.314 y 22.903, y los proyectos de ley fallidos, así como las diferentes normas respecto de la prueba elaborados en el derecho comparado, revelan la importancia de una reforma más profunda.

Deben quedar fuera de la forma electrónica, los actos jurídicos que importen afectar un interés social determinado, como los no patrimoniales y los de última voluntad.

El contrato telemático puede ser considerado como realizado entre presentes de forma similar al convenio concertado vía telefónica, siendo únicamente relevante si se cumple con el requisito de inmediatez en la aceptación de la oferta. Cualquier variante técnica que retrase o impida la celeridad en la aceptación, sólo genera un contrato entre ausentes.

ACCIÓN DE SIMULACIÓN (VIABILIDAD DE SU INTERPOSICIÓN CONJUNTA CON LA ACCIÓN DE COLACIÓN)

JAVIER FERNANDO NÚÑEZ *

"Todos aspiran a la ley —dice el hombre— ¿cómo se explica entonces que, en tantos años, sólo yo haya podido entrar en ella? El guardata se da cuenta de que el hombre está a punto de morir y para que aún le pueda oír, le grita al oído: —nadie más podía entrar aquí, porque esta entrada era sólo para ti, ahora mismo la cierro".

FRANZ KAFKA, *Vor Dem Gesetz*

1. INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA DE EXPOSICIÓN DEL TRABAJO

Es evidente, y por cierto de sencilla comprensión, que la esencia y la tésis del derecho, apuntan a su realización práctica, de modo tal, que no ha sido concebido por los hombres como una mera entelequia, sino como una entidad viva, de constante aplicación.

Por lo tanto, y a los efectos de comprender un instituto jurídico que habrá de ser aplicado a la práctica cotidiana, lo fundamental (a nuestro criterio) es su desarrollo expositivo en base a un caso extractado de la realidad que pretende ser regulada; sana metodología científica de una ciencia social como es —o al menos como debería ser considerado— el Derecho¹.

* Estudiante de Derecho (UBA).

¹ La resolución de un caso arquetipo en muchas oportunidades se torna compleja por la propia simplicidad de sus premisas, que si bien lo hacen prototipo de análisis, dejan asimismo las puertas abiertas para la inclusión de variantes y presunciones (hipótesis o alternativas de resolución), que

Así, y en cierto modo siguiendo los lineamientos de resolución del *case method* anglosajón, analizaremos los hechos jurídicamente relevantes y las normas acordes con la solución derivada como "conclusión de las premisas mencionadas" (es decir, hechos relevantes y normas jurídicas pertinentes).

Y apelaremos precisamente a tal método de exposición a efectos de alejarnos del enciclopedismo que en su estructura analítica pretende separar lo inseparable: la ciencia jurídica de los hechos relevantes para su estudio.

Por ello "los métodos, entendidos como caminos... que conducen a un fin, deben intentar dar respuesta a las inquietudes lúcidamente planteadas por Max Weber, acerca de que el trabajo didáctico más difícil es presentar los problemas científicos de modo que resulten comprensibles para una mente no formada, pero capacitada, y ésta logre —y esto es lo decisivo— tener opiniones propias sobre el problema en cuestión"¹.

Adviértase entonces que el caso será tan sólo un auxiliar de la exposición referida, con el propósito de ejemplificar el sentido de las normas y procurando no incurrir en el exceso de casuismo y no poder extraer conclusiones generales.

pueden afectar indudablemente su esencia y desnaturalizar su finalidad. Por ello procuraremos en el presente, no incluir alternativas de tal talante, sino tan sólo cuando la laguna del caso impida continuar con su consecución normal. Presumiremos entonces ciertos hechos o premisas, que en modo alguno desnaturalizarán la resolución normal, ni la conducirán a caminos que eludan los verdaderos propósitos, y que simplifiquen la problemática intencionalmente.

Al mismo tiempo, y para favorecer la indagación de la posible solución al problema planteado, expondremos nuestras hipótesis con sustento científico en doctrina y jurisprudencia contrasta, que fundamenten el análisis normativo que procuraremos conformar para subsuadir el elemento fáctico a su estructura.

¹ Tal pues, la aguda opinión de Alterini, Jorge H., *La enseñanza del derecho*, LL, 1988-C-687, secc. doctrina; quien más adelante, en relación a la resolución de casos, agrega que "es fácil comprender que la elección de alternativas con sujeción al derecho y a las motivaciones de justicia, que es propia de la metodología, constituye herramienta adecuada para conformar la personalidad de un juez. En tanto alienta la reflexión, con la eventual configuración de enfoques nuevos de los temas, es pilar idóneo para sustentar las aspiraciones científicas del educando. Como patetiza las vicisitudes de los aciertos, imprecisiones, ofendidas, o injusticias de las normas jurídicas, genera el ambiente apto para recrear la figura del legislador como personaje comprometido con su comunidad" (ver p. 690-691).

En el mismo sentido, apelaremos a la mención del caso particular en las notas al pie, a los efectos de no dificultar la lectura del tema a desarrollar².

No se diga empero que la utilización de premisas encuadrantes o de hipótesis que circunscriben el análisis de un caso base o auxiliar, es tendenciosa. Todo estudio que pretenda ser sistemático requiere de método, y de las reglas organizativas necesarias para no diluir la finalidad perseguida sobre el conocimiento del objeto. Y dicho objeto, por otro lado, sustraído de la realidad multifacética —que nos brinda elementos conducentes y no conducentes para nuestro estudio—, no debe ser arrancado literalmente y depositado sobre la mesa del laboratorio —si se nos permite la comparación—, sino prolijamente extraído sin destruir su esencia, enraizada profundamente en la heterogeneidad. De ahí la importancia de las premisas³ para limitar, pero al mismo

² Espangamos entonces el caso que habrá de auxiliarnos en la comprensión del tema que nos ocupará, caso que, por otro lado —con ciertas variantes— forma parte de aquellos a los cuales apela —con el propósito de facilitar la enseñanza— el doctor Rivera en sus cursos relativos a la "Teoría general de los hechos y actos jurídicos" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: "Se constituye una sociedad anónima integrada por el padre y por dos hijos de 18 y 21 años (el primero emancipado legalmente); en esta sociedad el padre es el accionista mayoritario. Transcurrido cierto tiempo, los hijos realizan un aporte de capital en efectivo con lo que suscriben acciones. En razón de lo cual pasan a ser accionistas mayoritarios. En la práctica, el capital del padre pasa a ser insignificante. Poco después muere el padre, y un tercer hijo que no ha participado de la constitución de la sociedad y que no se resigna a recibir como toda herencia un tercio de las pocas acciones que quedarán de propiedad del padre, pretende desentinar la veracidad de la realización de tales aportes a través de un dato fáctico relevante: es posible la acreditación por la cual los hijos que formaban la sociedad no tenían medios económicos propios para efectuar el aporte".

³ Nosotros partiremos, a tales efectos, de la premisa por la cual en cuanto a la realización de aportes de los hijos a la sociedad conformada con su progenitor, que los ha transformado en socios mayoritarios de la anónima cerrada o de familia que nos ocupa, con reducción de la participación social del padre a mera insignificancia —en términos políticos o decisorios y en cuanto a alícuota de capital por tenencia accionaria— nos encontramos ante un supuesto de simulación relativa ilícita, abiertamente lesiva de la porción de legítima del tercer hijo en cuestión. Entendáremos a tales efectos que ha existido una simulación encubierta bajo la apariencia de una venta de acciones por parte del padre a los dos hijos socios. Y consideraremos que ha existido simulación, atenta a que habremos de corroborar —en base al dato fáctico relevante que el propio caso nos provee— que el padre otorgó a título gratuito la parte significativa del paquete accionario que lo tornaba en socio mayoritario o bien que los otorgó en igual sentido el monto dinerario suficiente como para realizar el aporte de maras, por

tiempo para mantener intacto el sentido de nuestro objeto de análisis³.

2. HACIA UN CONCEPTO DE SIMULACIÓN

El instituto que nos ocupa –la simulación como vicio propio del acto jurídico, atentatorio de la buena fe, consagrada en el art. 1198 del Cód. Civil–, ha sido considerado por nuestro ordenamiento en el cap. I del título II, “De los actos jurídicos”, bajo el acápite “De la simulación en los actos jurídicos” (arts. 955 a 960), definiéndose simulación en base a noción por procedencia y a un criterio quizá casuístico: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”. Tal pues el concepto general acuñado por Vélez Sársfield en el art. 955 del Cód. Civil. Tal enunciación casuística que en modo alguno agota los supuestos o casos de simulación, basada en criterio de determinación por ejemplificación, ha sido tomada por nuestro codificador –tal como se advierte explícitamente en la nota al artículo de marras– del desarrollo doctrinario del instituto mediante casuística por parte del jurista francés Chardon en *Dolo y fraude*, t. II, quien trata en capítulos especiales –como especies del genero simulación– la simulación por interposición de personas, por falsedad de fechas, o cuando se oculte el verdadero carácter del acto. Sin embargo (y en base a la misma nota al art. 955, Cód. Civil), se advierte como fuente normativa directa la ley 40 in fine, Título 11, Partida 5ª, con sustrato fundamental en

cuanto ambos hijos, a la fecha de la transferencia del paquete o de la realización del aporte en efectivo, jamás contaron con los medios económicos suficientes como para realizar la operación negocial de marras.

³ Al mismo tiempo, y como presumiremos que el progenitor realmente cedió en forma gratuita las acciones a sus hijos o les otorgó a título de donación la suma dineraria para suscribir los aportes, consideraremos que ha existido un acto serio o real subyacente al acto ostensible o simulado de la venta de los títulos, de modo tal que desestimaremos in limine la presencia de una simulación absoluta (y gr., con ausencia real de transferencia efectiva de los títulos, siendo los hijos meros testafierros del progenitor, manteniendo éste su condición plena de socio mayoritario).

los principios sentados por el Derecho Romano en la materia: *Acto simulato veritate substantiam mutare non possunt* (el acto simulado o aparente no puede cambiar o modificar la sustancia verdadera; ley 2, Título 23, Libro 4, Código).

Tal concepto, con escasas diferencias, ha sido receptado por los principales juristas que han dedicado un estudio profundizado al complejo problema de la simulación.

Así, en Francia, las autorizadas opiniones de Planiol y Ripert², han expresado al respecto que "existe la simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*consentien*) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero, y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina *contra-documento*".

En Italia el profesor Santoro Passarelli, de la Universidad de Roma, ha expresado, a los efectos de indagar sobre los medios de exteriorización y canalización de la simulación, que ésta "encuentra su expresión en la contradecación, en la que se manifiestan a un tiempo la intención simulatoria y la intención simulada, que naturalmente no se transparentan en la declaración simulada"³.

Otro catedrático de la Universidad de Roma, Betti⁴, logra puntualizar con precisión la discordancia evidente entre la manifestación de voluntad simulada y la oculta o disimulada por la precedente: "La discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto puede configurar una verdadera incompatibilidad, y entonces se presenta el fenómeno de la simulación".

Para el profesor Messineo⁵, de la Universidad de Milán, debe definirse la simulación en base al concepto del denominado acuerdo simulatorio. De este modo, "el contenido del acuerdo simulatorio consiste en establecer cuál sea el alcance jurídico efectivo que deben tener las declaraciones de voluntad, emitidas simultáneas o sucesivamente por las partes, para la formación del negocio bilateral (contrato), alcan-

² Planiol, Marcel - Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français. Obligations*, t. VI, sec. II, p. 465, § 333.

³ Santoro Passarelli, Francesco, *Doctrines générales del droit civil. "Revue de droit privé"*, p. 173.

⁴ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico. "Revue de Droit Privé"*, p. 324-325.

⁵ Messineo, Francesco, *Derecho civil y comercial*, t. II, p. 447.

ce jurídico que, de cualquier manera es diverso del que esas declaraciones tendrían si se las considera en su tenor literal y objetivo. O bien —en el caso de acto unilateral destinado a una persona determinada... que sea simulado por acuerdo entre el declarante y el destinatario de la declaración...— el acuerdo simulatorio consiste en atribuir al acto alcance jurídico diverso del que tendría por sí”.

A pesar de la designación del acto secreto o serio (que en rigor de verdad, se manifiesta sólo en una de las especies de la simulación: la relativa) como *contradocumento*, cuando en realidad éste se conforma en la instrumentación del acto, y no en el acto mismo (pudiendo no existir el mencionado *contradocumento*) la definición de los juristas franceses es sumamente gráfica respecto a la noción de simulación que pretendemos brindar.

Los autores franceses continúan la exposición con similar criterio casuístico al planteado precedentemente en nuestra crítica, de modo tal, que la simulación “puede destinarse a suprimir totalmente los efectos del acto aparente, al cual se denomina ficticio... puede variar la naturaleza del acto aparente sin enervar todos sus efectos... en estos casos se dice que el acto es disfrazado (encubierto), en fin, puede limitarse a ocultar una parte de las condiciones del contrato”¹⁰.

Planiol realiza una interesante distinción (ver nota 4), fiel siempre al casuismo ejemplificativo de su exposición: “También existe la simulación cuando una de las partes contrata aparentemente por su propia cuenta, pero en realidad por cuenta de un tercero, a espaldas, bien del público, bien de su mismo cocontratante. En el primer caso se trata de una interposición de persona, y en el segundo del empleo de un testafierro”. Aclara asimismo el autor que a los propósitos del desarrollo de su teoría, las reglas por él sentadas se aplicarán exactamente a la interposición de personas.

Para los italianos de la Escuela de Roma, a través de la opinión de Betti¹¹, la noción de simulación pretende apuntar a la generalización clasificatoria y no a la casuística adoptada metódicamente por los franceses; por ello —y coherente con su postura doctrinaria—, “existe simulación

¹⁰ Planiol - Ripert, *Treatado práctico de derecho civil francés*, p. 465.

¹¹ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 297.

cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas —o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste— dictan una regulación de intereses distintos de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un acto disimulado divergente de su causa típica. Fin divergente que: a) puede ser también de autonomía privada, caracterizando un tipo de negocio diferente al simulado, o b) puede ser de naturaleza contraria, extraño al sometido de la autonomía privada”.

Santoro Passarelli¹² definirá la simulación con la invocación de un criterio clasificatorio, apelando a la noción de acuerdo simulatorio a la cual recurre asimismo Mezzanoc: “El acuerdo simulatorio puede ser en el sentido de que las partes no quieren, en realidad, llevar a cabo un negocio, en cuyo caso la simulación se llama absoluta o por el contrario, en el sentido de que las partes quieren realizar un negocio distinto del simulado, y entonces la simulación se llama relativa”. Quizá la metodología de definición no sea la apropiada en la noción anterior sentada por el maestro italiano —definir el género invocando las especies constitutivas del mismo—, pero indudablemente la claridad y pureza de la exposición nos exime de comentarios.

En iguales términos, pero con mayor precisión en la circunscripción del ámbito de definición, en nuestra doctrina el profesor Salvat¹³, ha aseverado que “la simulación consiste siempre en ocultar la verdad, en disimular la intención real de las partes o los propósitos que ellas persiguen. La simulación por otra parte supone el concurso de la voluntad de ambas partes otorgantes del acto simulado. Ella no puede existir, ni puede ser demandada, cuando una de las partes ha entendido que ha sido víctima de error o dolo; en este caso, el acto podrá ser anulado en virtud de estos otros vicios, si se prueba su existencia, pero no por el de simulación”.

Del concepto vertido por Salvat, extraemos los siguientes requisitos de procedencia de la simulación:

a) Elemento constitutivo finalista, que es la existencia de ocultamiento o engaño, con la finalidad de cubrir la verdadera intención de las partes.

¹² Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, p. 178.

¹³ Salvat, *Raymundo, Derecho civil argentino. Parte general*, p. 1034.

b) Elemento volitivo, que es el acuerdo o concurso de las partes en el otorgamiento del acto simulado¹⁴.

Asimismo —y siguiendo el análisis de Salvat— se advierte el elemento que hemos dado en llamar “constitutivo finalista” —sólo con el ánimo de sintetizar la apreciación del gran maestro— en el sentido de que las partes han suscripto el acto aparente a los efectos de engañar ocultando a terceros el acto real, distinto del aparente llevado a cabo.

Siguiendo a los italianos (fundamentalmente a Ferrara) el maestro Llambías define a la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente, y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe, o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”¹⁵.

Llambías ha puntualizado los siguientes requisitos con respecto a la presencia de simulación en un negocio jurídico determinado:

a) Declaración de voluntad disconforme con la intención efectiva del sujeto.

b) Concertada de acuerdo entre las partes del acto simulado.

c) Con el propósito de engañar a terceros.

Vemos entonces que los requisitos puntualizados por el autor precedente no se diferencian sustancialmente de los establecidos por Salvat, quien seguía en tal sentido a los franceses.

Continúa diciendo el autor precedente, a los efectos de complementar su enunciación, que “conforme el primer requisito, se suscita una declaración de voluntad ostensible

¹⁴ En el caso auxiliar de nuestra exposición, podemos advertir el acuerdo o concurso de padre e hijos para llevar a cabo el acto de simulación (la transferencia del paquete accionario a título oneroso o bien la suscripción en efectivo de nuevos aportes al capital de la sociedad; en el primero de los supuestos, el acuerdo o concurso existe entre los socios de la firma: padre e hijos como personas físicas; en el segundo caso, se advierte el acuerdo o concurso entre los hijos socios y el padre, pero en términos técnicos, es la persona jurídica quien llega al acuerdo con los socios suscriptores. Por supuesto que en última instancia el acto simulado es llevado a cabo por las personas físicas; sin embargo, y respetando la pureza normativa, es la sociedad la que presta conformidad a este acto de suscripción simulado).

¹⁵ Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, t. II, p. 516.

carente de realidad que puede encubrir una diversa voluntad efectiva o que puede ser en verdad enteramente vacía... En segundo lugar, las partes del acto simulado se concertan para lograr la apariencia resultante"¹⁶, para finalizar agregando que "en tercer término, el acto simulado tiende a constituir una apariencia engañosa, es decir, busca provocar el engaño a los terceros"¹⁷.

3. SOBRE LA SIMULACIÓN ABSOLUTA Y LA SIMULACIÓN RELATIVA

Establecida la definición arquetípica de simulación, nuestro codificador plasmó en la letra de la ley la primera clasificación vinculada a la materia, simulación absoluta y simulación relativa, respecto al alcance del acto simulado con respecto a la realidad o *veritatis substantiam* del acto que conforma o del acto que oculta.

En tal sentido el art. 956 del Cód. Civil establece que se considerará simulación absoluta a aquella que se suscita cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real (franco acto aparente), sin vinculación con ningún acto subyacente al cual pretende ocultar o cubrir (es aparente o simulado *per se*), siendo reputada como relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico (el acto real subyacente o acto disimulado) una apariencia que oculta o cubre su verdadero carácter (acto simulado, acto simulado o aparente)¹⁸.

Salvat explícita los adagios que los antiguos utilizaban para definir gráficamente ambos tipos de simulación.

"La simulación se llama... relativa precisamente porque ha existido un acto distinto del que las partes aparentaban celebrar: se decía en estos casos *coloret habet, substantiam*

¹⁶ Liambias, Tratado de derecho civil. Parte general, t. II, p. 517, citando para sustentar su tesis a Ferrara, F., La simulación de los negocios jurídicos, p. 74, nota 104 bis.

¹⁷ La "apariencia resultante", al decir de Ferrara, se halla plasmada en la suscripción de los aportes Oremos apelado a esta alternativa de acto simulado, por cuanto es la que se desprende con mayor claridad del sentido operativo del caso) que han transformado en socios mayoritarios a los hijos, apariencia resultante que no es más que una mera declaración ostensible, distinta de la verdadera y oculta (en nuestro análisis, la donación de la suma dineraria por parte del padre para suscribir los aportes).

¹⁸ Segovia, Lisandro, Código Civil argentino, t. I, p. 264, entendiendo que tal preceptiva se halla basada en los § 321-323, n° 3 del Estatuto de Freitas, así como también en la ley 23, tit. 1, lib. 19.

vero alteram (tiene color, pero la sustancia es otra)". En el caso de la absoluta "el acto presenta las apariencias de tal, pero en realidad no hay tal acto ni ningún otro; se decía por esto *coloret habet, substantiam vero nulam* (tiene color, pero sustancia ninguna)"¹⁸.

La doctrina del viejo continente ha elaborado clara noción de tal clasificación. Betti, que planteaba en su definición de simulación dos hipótesis, remite a éstas como concepto de la clasificación en estudio por lo cual, indirectamente, su método de exposición no se diferencia demasiado del de Santoro Passarelli: "En la primera hipótesis (a), la simulación se acostumbra a denominar relativa (p.ej., se celebra una venta para un fin de donación, o una venta con facultad de retracto para un mutuo con garantía real). En la segunda hipótesis (b), en que la intención práctica de las partes no se dirige a ningún negocio, la simulación se suele llamar absoluta (p.ej., se realiza una enajenación sin ninguna causa que pueda justificarla; sólo para sustraer a los acreedores la garantía constituida por los bienes del deudor)".

En un interesante enfoque, Messineo advierte tres especies posibles de simulación. Así:

"a) O las partes, además de no tener la voluntad que declaran no tienen ninguna otra (se declara vender, pero en realidad no se quiere vender en absoluto; por consiguiente, a base del acuerdo simulatorio, la cosa ficticiamente vendida, permanece en el patrimonio del fingido enajenante, mientras que en el patrimonio del fingido adquirente queda el que se dice ser precio de la cosa); ésta es la simulación denominada absoluta.

b) O las partes, en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia), tienen otra, que no revelan al exterior, pero efectiva (se declara vender y, respectivamente, comprar: en realidad, según establecen las contradecларaciones,

¹⁸ En el caso auxiliar *sub examine*, advertimos por cierto una franca simulación de alcance relativo, por cuanto hallamos: a) un acto simulado o aparente: la suscripción de aportes en efectivo en el capital de una sociedad confirmada por hijos y padre, por intermedio de la cual los hijos se tornan en accionistas mayoritarios, presentando el padre tan sólo una insignificante tenencia accionaria minoritaria, y b) un acto real u oculto: distinto del simulado o aparente, a través del cual observamos una franca donación del padre a los hijos del monto dinerario suficiente para suscribir el aporte, situación que, a los efectos del caso, consideraremos como probable, para habilitar una posible solución a los efectos lesivos de tal simulación a la legítima del tercer hijo.

se dona y, respectivamente, se recibe a título de donación); es ésta la simulación denominada relativa, por la cual coexisten un negocio aparente (simulado o fingido) y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, disimulado".

Hasta este instante, la tesis de Messineo no se diferencia de la de los restantes autores. Empero, el problema se suscita cuando expresa las características de la tercera especie:

"c) O bien, alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece, pero es tomado en consideración, y es mencionado en las contradecларaciones.

Aquí, el sujeto con el cual se ha estipulado en apariencia el negocio, es denominado persona interpuesta... o presta-nombre, u hombre de paja o testaferro o cabeza de turco... la figura, en su conjunto, es cualificada como interposición ficticia (o simulada) de persona".

Podemos en un principio afirmar que esta tercera especie en modo alguno puede ser reputada como tal, atento a que puede ser absorbida por la figura de la simulación relativa, de modo tal que Messineo estaría mezclando dos criterios clasificatorios: uno objetivo o real, y otro de carácter subjetivo o personal. Sin embargo, si bien no se apela a nuestro criterio a un adecuado sistema de clasificación, el maestro de Milán explica más adelante que "también éste de la interpretación ficticia es un caso... de simulación relativa".

Entonces, ¿cuál es la finalidad de la incorporación de la especie c, como diferente de las restantes? A nuestro entender, tal finalidad es eminentemente práctica, y elaborada a los efectos de diferenciar la interposición simulada de la real o efectiva interposición que, según el profesor italiano, se vincula a "la figura de la representación denominada indirecta, donde... una persona efectivamente adquiere, o ensajena, o hace algo, en nombre propio, pero en interés y por cuenta de otro; y donde además, el tercero que entra en relaciones con la persona interpuesta real, ignora que su contraparte declara por cuenta de otro".

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 957 DEL CÓDIGO CIVIL. LA ILICITUD Y LA LICITUD DE LA SIMULACIÓN

Del art. 957 del Cód. Civil (y su interpretación armónica con la normativa de los arts. 958 y 959) se desprende una se-

gunda clasificación, esta vez vinculada a los efectos que la existencia de simulación provoca en los terceros, o respecto a la licitud o ilicitud del fin perseguido en el acto simulado (situación que se entronca sobremanera con el análisis del problema de la causa simulandi). Surgen así los conceptos de simulación lícita e ilícita.

Muchos autores han advertido en el engaño con fin de perjuicio a terceros, el supuesto objetivo de fraude dentro de la propia definición de simulación ilícita.

Sin embargo, en tales circunstancias la simulación efectuada en fraude a la ley o a derechos de terceros no se equipara al fraude (vicio propio del acto jurídico), sino que obedece a calificar de fraudulenta a tal simulación para otorgar idea de su ilicitud (fraudulento como adjetivo en su sentido ordinario de significación: como lo violatorio de la ley y como la maquinación tramposa y vil en perjuicio de otros).

Puede aclarar Planiol, las posibles dudas existentes en torno al tópico en cuestión, cuando también puntualiza las diferencias de la simulación ilícita con el dolo como vicio:

"La simulación se aproxima al dolo en que se trata de una combinación destinada a inducir a alguien en error, pero, cuando existe en un contrato, son las partes del mismo que se ponen de acuerdo a fin de engañar a los terceros. Ese engaño, puede, por otra parte, tener como razón un motivo lícito, ya que por móviles honorables puede haber interés en ocultar a los terceros la verdadera índole o estado de los negocios propios, pero por regla general, es un medio de fraude, y a la inversa, el fraude es frecuentemente equiparado a la simulación"²⁰.

En las palabras del juriconsulto francés se observa palmariamente la utilización del concepto fraude en los términos ya expuestos, y no en cuanto al concepto de fraude vicio, como lo entiende el art. 961 del Cód. Civil.

Es esencial aclarar tal circunstancia, a los efectos de no pretender comprender que Planiol asimila la simulación al fraude en cuanto vicios propios del acto o negocio jurídico atentatorios de la buena fe; Segovia²¹ con relación al dolo y al fraude como vicios, realiza una advertencia similar, cuya esencia hemos extraído para realizar la anterior: "Aunque la palabra fraude se tome a veces como sinónima de dolo (ver

²⁰ Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 468.

²¹ Segovia, *Código Civil argentino*, p. 335, nota 12.

arts. 2066, 2068, 3145 y 3298), ambas constituyen causas distintas de anulación de los actos jurídicos (ver art. 955), el art. 932 define la acción dolosa, y la palabra fraude se reserva aquí para el acto doloso en que se perjudica o defrauda los derechos de un tercero, que a él no ha concurrido".

Santoro Passarelli²² es terminante en cuanto a la diferenciación postada entre la simulación y el fraude como vicios propios del acto jurídico. Es terminante aun ante lo que muchos autores llaman simulación fraudulenta—como Pianol— como supuesto de simulación ilícita. Así, "en ningún caso puede hablarse de simulación fraudulenta, en particular en los casos en que la simulación tiende a eludir un derecho ajeno o una prohibición legal. La simulación y el fraude no sólo son figuras distintas—lo que la doctrina más reciente admite—, sino que son figuras francamente incompatibles. El negocio en fraude a la ley o en fraude de acreedores es... un negocio verdadero, viciado precisamente y sólo por la *fraus*; el negocio simulado es, por el contrario, un negocio ficticio, que cualquier interesado puede combatir como tal y con el mismo modo de impugnación—la acción de simulación—, sea lícito o ilícito el fin perseguido con la simulación. El eventual negocio disimulado, que es el negocio verdadero, es el que puede ser ilícito o fraudulento, y en tales casos vale para él, la disciplina ordinaria".

Sólo realizando las advertencias y estableciendo las limitaciones precedentemente invocadas, es posible interpretar en su significado más puro la clasificación que el art. 957 del Cód. Civil recepta en su seno.

La preceptiva del art. 957 revela que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. De tal enunciación se destaca la definición de la simulación ilícita como excepción a la lícita; esto es, como excepción a aquella que es reprobada por la normativa vigente por el perjuicio causado a terceros, y por su causa simulandi contraria a la ley, a la moral y las buenas costumbres, al orden público. Podríamos establecer, en principio, que la simulación lícita surge de la normativa como por excepción de la ilícita, y sometida su existencia a una condición meridiana: siempre y cuando no tuviere los efectos de perjuicio a terceros y de afectación a la moral y orden públicos tutelados por la ley. Nuestro codificador reconoce como fuente de tal preceptiva a lo expresado por el juriconsulto

²² Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, p. 178.

francés Toullier, pero asimismo invoca las palabras de Favard, de donde se extrae la idea precedente de inferencia por excepción de la simulación lícita: "La simulación —dice el autor galo— es una causa de nulidad, cuando tiene por objeto eludir una incapacidad establecida por la ley, o dar una apariencia legal a un acto prohibido; mas cuando en ella no hay fraude hecho a las leyes, a las buenas costumbres, o a los derechos de terceros, la simulación no es causa de nulidad de los actos, porque podrían hacerlo en la forma que quisieran, con tal que no fuera una forma prohibida" (Repertorio, Verbo *Simulation*, de la nota al art. 957, Cód. Civil; la bastardilla es nuestra).

Sin pretender hacer hincapié alguno en la noción de nulidad que Favard considera en relación a la simulación —que no tratamos en este punto por no vincularse al tema subexamine—, lo cierto es que se esboza la equiparación de la simulación ilícita con el fraude, al menos al reputar a aquella como móvil de acceso o como causa fuente de éste; cuestión que trataremos luego, en plena resolución del caso.

Nuevamente Segovia, advierte la fuente directa en Freitas y realiza un análisis de la simulación en términos similares.

Nuestro derecho judicial ha dicho al respecto que "la procedencia de la acción de simulación está condicionada al perjuicio real que en el caso significó para el accionante, porque la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito"²².

En iguales términos, "la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito y su declaración, por mero prurito formal, que no lleva la finalidad de reparar un perjuicio cierto y real o un derecho conculcado, hace improcedente todo pedido al respecto, máxime si con ello sólo se busca dilatar el cumplimiento de obligaciones contraídas"²³ o bien "la simulación, por sí misma, no es reprobada sino sólo cuando causa perjuicio a alguien o es ilícita"²⁴.

Seguimos a Salvat en cuanto a la definición de la simulación lícita o contrario sensu a la simulación ilícita, de modo tal que "la simulación lícita es aquella que a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito"²⁵.

²² CNCiv, Sala B, 22/10/67, ED, 31-110.

²³ CNCiv, Sala F, 3/10/67, ED, 31-140.

²⁴ SCBA, 13/11/79, ED, 88-314.

²⁵ Salvat, *Derecho civil argentino*, p. 1038.

Continúa Salvat afirmando que "la simulación por el contrario es ilícita, o como se dice ordinariamente, es fraudulenta, cuando ella se realiza en perjuicio de terceros o con un fin ilícito.

En perjuicio de terceros: el ejemplo típico es el de la venta simulada de sus bienes hecha por un deudor para impedir que sus acreedores puedan vendérselas. Con un fin ilícito: por ejemplo, en el caso de que un juez, abogado, etc., violando lo dispuesto en el art. 1361, inc. 6°, comprase a nombre de otro, bienes que estuviesen en litigio por ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido sus funciones. La simulación como se desprende del mismo art. 937, argumento 'a contrario sensu', es en este caso reprobada por la ley" (la bastardilla es nuestra).

Nótese que Salvat equipara simulación ilícita a simulación fraudulenta, en el sentido tan criticado por el profesor Santoro Passarelli. En este aspecto, nuestro tratadista ha seguido a los franceses, y fundamentalmente, a Planiol y Ripert.

Betti, fiel a su criterio pragmático y axiológicamente relativista, nos hace una referencia interesante sobre lo contingente y sujeción al *hic et nunc* (al "aquí y ahora", al contexto espacio-temporal determinado) de la ilicitud y licitud simulatoria: "El problema de la simulación se presenta con caracteres de relatividad. Desde el punto de vista político-legislativo el tratamiento de esta anomalía debe remitirse al modo de ver y sentir corriente y a las concepciones dominantes en la conciencia social de un determinado ambiente histórico; y en tales concepciones precisa apoyarse para aclarar si y hasta qué punto el negocio haya de considerarse utilizado para un fin que no es el suyo, y presenta los caracteres de la simulación"²⁷.

²⁷ De este modo, y siempre circunscribiéndonos a las particulares características del caso auxiliar *sub examina*, entendemos hallarnos ante una simulación ilícita, por cuanto está ocasionando —a través del engaño u ocultamiento perpetrado— un serio daño a un tercero interesado, en el puntual derecho de la intangibilidad de la porción legítima de la masa hereditaria que le corresponde por su condición de heredero forzoso del causante. El tercer hijo, que no se resigna a recibir como toda herencia un tercio de las pocas acciones que quedaban de propiedad de su padre, sabedor, por otra parte, del engaño maquinado a través del acto aparente de la suscripción de aporte en efectivo, por cuanto sus hermanas a la fecha de realización de los aportes no contaban con los recursos pecuniarios suficientes como para llevarlos a cabo.

5. SOBRE LA INEXISTENCIA DEL "ACTA SIMULATA" Y SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATORIA DE LA SIMULACIÓN

El art. 958 del Cód. Civil —cuya fuente es reconocida por nuestro codificador en las ideas de Chardon—, en el estricto ámbito de la simulación relativa, establece que cuando se descubriere un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él violación a una ley, ni perjuicio a tercero.

Independientemente de la interpretación que a este artículo pudiere otorgársele —respecto a la noción de anulación del acto— lo cierto es que deben empero realizarse ciertas advertencias para su adecuada interpretación.

Cuando el artículo de marras hace referencia a la anulación del acto, ésta no debe ser tenida en cuenta como total. Sabido es que nuestra normativa en la materia, acoge las nulidades parciales. En tal sentido, el art. 1039 del Cód. Civil —con antecedente inmediato en las ideas de Savigny— establece que "la nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables".

Es por ello que, no sólo no podrá invalidarse el acto serio o real cuando no causare perjuicio a tercero ni violare la ley vigente, desde ya una vez descubierto el acto simulata que cubre los efectos de aquél, sino que además, no requiere ser anulado totalmente, por cuanto la invalidación de ciertos efectos puede, dejando subsistentes los restantes, garantizar la inalterabilidad de los derechos de los terceros o de la aplicación de la ley.

Pero ¿qué quiere decir la ley cuando habla de acto serio? Salvat nos explica la noción de seriedad en el acto oculto: "En el caso de la simulación relativa, tenemos dos actos jurídicos: 1) el acto ostensible, llamado también aparente o ficticio; es el que las partes han aparentado o simulado realizar; 2) el acto oculto, llamado también sincero o real, este acto que es el que verdaderamente las partes han querido realizar, está destinado siempre a quedar secreto entre ellas".

Tal acto serio, cuya totalidad de efectos no provocan perjuicio a terceros o violación a la ley, sino en margen parcial, puede ser invalidado con respecto a los terceros o la ley

misma hasta donde llega su ilicitud, sin necesidad —como afirmamos— de atacar el acto en su integridad. La propia ley, no sólo recepta las nulidades parciales, sino que además dota de remedios para acotar los efectos del acto, extraer aquellos que provocan el perjuicio, y depurarlos hasta tornarlo inofensivo y aun lícito²¹.

Tal acto serio no tiene por qué ser invalidado en su integridad. La misma ley acoge en su seno el presente supuesto. Así, el art. 3476 del Cód. Civil establece: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa un anticipo de su porción hereditaria", con la obligación específica del art. 3477, párr. 1°, que dice: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto".

Es decir que las donaciones efectuadas por el padre a sus hijos, son reputadas como adelanto de la legítima hereditaria. La misma ley, con reconocimiento de tales circunstancias, dota por el art. 3478 del Cód. Civil, la pertinente "acción por colación" al coheredero para que el otro "acerque" a la masa sucesoria los bienes receptados *inter vivos*²².

Correlativamente, la ley protege asimismo la inalterabilidad de la legítima hereditaria (arts. 3581 y ss., Cód. Civil), y es por ello que establece como normativa de orden público la alícuota de porción de legítima (para los hijos, art. 3583, Cód. Civil, conf. ley 23.284), su incondicionalidad (art. 3586, Cód. Civil), y fundamentalmente, el derecho de reclamo de la respectiva legítima, con la obligación de traer a colación lo recibido en los términos de tal instituto²³.

²¹ En el caso que nos ocupa, tras el acto simulado de la suscripción de nuevos aportes en efectivo por los socios minoritarios hijos del padre socio mayoritario, se esconde el acto disimulado o serio de la donación o cesión a título gratuito del monto dinerario suficiente para suscribir los aportes, por parte de un padre a sus hijos.

²² De modo tal que la ley considerará, por la existencia del acto real, que la suma dineraria otorgada por el padre a sus dos hijos socios para suscribir los nuevos aportes de capital, ha sido otorgada como adelanto de la herencia.

Al mismo tiempo, la ley concede al tercer hijo de nuestro caso la acción de reclamo por colación de tales bienes creditos a título gratuito en vida por el causante, y el "arrastrarlos" consecuentemente a la masa hereditaria.

²³ Por eso, la normativa en cuestión permitirá a nuestro cliente inter-

Surge del juego armónico de la preceptiva anteriormente analizada que, traídos a colación los bienes recibidos a título de donación por algunos de los hijos por reclamo de otro de ellos, y afectada por tales donaciones la alícuota de legítima de este último, la acción de colación de este coheredero con respecto a los otros permitirá la reducción de la porción del patrimonio del causante recibida por aquéllos, hasta alcanzar la porción que por legítima le correspondiere (arts. 3477 y 3602, Cód. Civil).

Se ve entonces que atacando por remedio legal pertinente, ciertos efectos del acto serio (donación), es posible, sin necesidad de invalidarlo íntegramente, garantizar la inviolabilidad de los derechos del tercero perjudicado (en el caso, nuestro cliente).

Pero los propósitos perseguidos por el art. 956, no serían comprendidos en toda su extensión si no se tuviere en cuenta que, en principio, debe atacarse la presencia del acto aparente que está cubriendo el acto serio o real²¹.

Pero ¿cómo llegar al acto serio, e interponer la acción de colación ya desarrollada, si nos encontramos aún ante una apariencia de venta que, como el epicarpio del fruto, nos oculta la pulpa desnuda?²²

Al fin obtenemos la preciada respuesta: debemos fulminar el acto simulado, mediante la acción de declaración de tal simulación, para luego interponer (en el estricto ámbito del caso que nos ocupa) la acción de colación para "traer" a la masa sucesoria (en nuestro caso auxiliar), los paquetes accionarios resultantes de la suscripción de nuevos aportes (acto aparente), debidos en realidad a donación del monto

poner la acción de colación pertinente, invocar la lesión a la intangibilidad de su alícuota legítima en el haber sucesorio, y peticionar la reducción de la propia de sus hermanos hasta alcanzar la que por ley a él mismo le correspondiere.

²¹ En rigor a la verdad, el acto serio oculto por la apariencia de la suscripción de nuevos aportes, perjudica mientras se halla oculto, la legítima del tercer hijo. Y es precisamente en el hecho de encontrarse oculto, pretendiendo disimular una realidad, que se advierte el fraude a la legítima de nuestro cliente, y la palmaria ilicitud de la simulación, más allá que, el acto serio, por ser —desnudo sin considerar las apariencias— sea aceptado por la normativa vigente dentro de los límites ya esplayados.

²² Salvat, *Derecho civil argentino. Parte general*, § 2512, se realiza similar interrogante: "¿Cómo se cumple la reprobación de la simulación ilícita? La ley —dice el autor— ha creado para esto una acción especial, llamada en doctrina, acción en declaración de simulación, que puede ser ejercida, ya sea por las partes otorgantes del acto, ya por los terceros".

dinerario a suscribir por parte del causante a través del acto real o serio, ocultado ilícitamente y defender la porción de legítima que correspondiere²⁴.

Del razonamiento anteriormente expuesto, se desprende una cuestión basal, que fundamenta en un todo su procedencia y construcción lógica y dogmática: "la naturaleza jurídica del acto simulado".

El propio Llambías desarrolla el punto con la acostumbrada fluidez y claridad de criterio que lo caracteriza.

Para algunos autores —arguye el autor invocado— el acto simulado sería un acto inválido; en cambio, para la doctrina dominante, un acto jurídico inexistente.

La primera opinión —continúa en su exposición— se atiene literalmente a la calificación legal contenida en los arts. 1044 y 1045 que considera al acto simulado nulo o anulable, pero nunca inexistente. Aclara que la nulidad del acto es muy peculiar; ya que en tanto que aquélla, en general, borra los efectos del acto referidos a la simulación, queda en pie lo que las partes han estipulado ocultamente²⁵.

Con respecto a la segunda opinión —expresa Llambías— se reputa el acto como inexistente, debido a que "el acto simulado no es un acto jurídico por cuanto el consentimiento de las partes no es efectivo".

La jurisprudencia mayoritaria ha receptado la noción de inexistencia del acto simulado. Así, "la simulación es ilícita cuando perjudica a terceros o cuando tiene otro fin ilícito y siendo de tal naturaleza la nulidad —o inexistencia según cita la doctrina— del acto simulado trae aparejada la ineficacia del acto disimulado, por aplicación de la norma del art. 958, Cód. Civil" (la bastardilla es nuestra)²⁶.

Adviértase empero que los jueces no han sido contestes respecto a la invocación de la ineficacia del acto simulado: veremos posteriormente que no es necesario reputarlo como inválido en su totalidad, e inclusive la normativa dota de remedios específicos para atacar o neutralizar al acto sin desestimar plenamente sus efectos.

De modo tal que, considerando al acto simulado como inexistente —siguiendo en tal sentido, por intermedio de

²⁴ Ver al respecto, las ideas vertidas por Spota, Alberto G., *Donación disfrazada, acción de redacción y dispensa de colación*, LL, 1089-B-85.

²⁵ Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, nota 108.

²⁶ CNCiv, Sala F, 25/9/78, ED, 71-500.

Llambías, a la doctrina mayoritaria en la materia— advertimos las siguientes consecuencias, derivadas de la declaración de la simulación, en los términos precedentemente expuestos:

a) La declaración judicial de simulación —en el caso que nos ocupa— desvanecerá el acto simulado de la suscripción de los nuevos aportes por parte de los hijos socios, otorgando al mismo tiempo eficacia al acto oculto, donación del padre a los hijos del monto necesario para realizar el aporte, que habrá de ser reputada como adelanto de herencia. Verifica, en consecuencia, la inexistencia del acto ostensible (en los conceptos de Salvat).

b) Independientemente de la acción de colación que habrá de interponerse, y los efectos derivados de la reducción a la donación de marras para asegurar la incolumidad de la legítima del tercer hijo, la ilicitud de la simulación relativa de marras acarreará en los autores del acto simulado, la responsabilidad por los daños y perjuicios provocados al tercero a consecuencia de la maniobra engañosa.

Planiol y Ripert, en la célebre obra ya mencionada en el desarrollo de nuestra exposición, apoyan la tesis de la inexistencia del acto simulado, al mismo tiempo que colocan en cabeza del interesado dañado en sus derechos, la legitimación activa para ejercer la acción de declaración de la simulación del referido acto, quizá con una extensión que debe tomarse con cautela, pero que encaja perfectamente en nuestra posición con respecto al reclamo del tercer hijo: "Todo interesado podrá obtener la declaración de simulación, lo cual equivale a considerar inexistente el acto aparente, y no sólo aquellos contra quienes se hubiere trabado la maquinación (acreedores de un deudor que ha celebrado una enajenación ficticia a un testaferrero o que ha hecho constar en un documento un precio inferior al verdadero; herederos legítimos en cuyo perjuicio se hubiese ocultado una donación excesiva bajo la apariencia de una venta encubierta)"²⁸.

Más allá del supuesto similar que Planiol y Ripert establecen tomado del derecho judicial francés, lo cierto es que la legitimación en el sujeto efectivamente dañado —independientemente de si el engaño se perpetró en su contra— es

²⁸ Ejemplos extractados por Planiol y Ripert, de la jurisprudencia gala; en tal sentido, ver nota 4. Civ., abril 11, 1927, s.1927.1.262, abril 2, 1924, s.1927.1.

una saludable solución y coloca un manto de justicia a la problemática suscitada por los actos simulados ilícitos²⁸.

En el estricto ámbito que nos ocupa, los autores franceses precedentemente citados profundizan el aspecto por nosotros ahora indagado, en el sentido de que "en tanto se trate de hacer declarar la simulación demostrando que el acto aparente es inexistente para las partes, cualquier interesado está facultado para ello, aun las partes mismas. La diferencia entre partes y terceros solamente se presenta desde el punto de vista de los concahábientes y aun los sucesores universales en su calidad de herederos legítimos se consideran como terceros si la simulación ha sido dirigida contra ellos" (la bastardilla es nuestra)²⁹.

Nuestro derecho judicial ha dicho respecto al tercero damnificado por los efectos de la simulación que "debe considerarse tercero no participe directamente perjudicado por el acto pretendidamente simulado, a los sucesores universales de algunas de las partes otorgantes del acto, si la simulación es en perjuicio de ellos"³⁰.

²⁸ En el caso en examen, quizá la simulación no ha sido hecha en perjuicio directo del tercer hijo —no pretendiendo afectar su legítima— sino que el engaño muy probablemente apuntó al fisco o a los acreedores, pero, presente el daño en la inalterabilidad de la legítima de nuestro cliente, tal situación objetiva habilita por sí la interposición de la acción de declaración de simulación del acto aparente de suscripción de aportes con fondos propios, sujetos por otro lado, según dato fáctico relevante, a una serie presuntiva de simulación del acto por ausencia en los patrimonios de los suscriptores aparentes del monto dinerario suficiente como para realizar el aporte societario a la fecha de la apócrifa suscripción.

²⁹ Planiol - Ripert, Tratado de derecho civil francés, p. 474, § 346. Recordemos que el hecho que la simulación se halla dirigida contra los terceros —tal como los autores franceses lo establecen— no apunta a atribuir la dirección desde el engaño hasta el tercero, sino del daño causado al derecho lesionado de aquél.

³⁰ Conf. CApel Rosario, Sala II, 30/10/87, in re "A. H. c/P. M. de Y. O."; JA, 81-141, Rep.L., 1990, sum. 2. La ratio decidendi del decisorio presentado se ajusta notablemente al caso que nos ocupa, igualmente sustentado en la puntual declaración que otro fallo judicial —esta vez de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital— sienta al respecto: "Debe distinguirse el supuesto de los sucesores que al denunciar la simulación, ilicita por perjuicio a sus intereses hereditarios actúan en forma similar a terceros —porque no han podido evitar ni controlar el acto perjudicial—, del caso en que lo hagan sin existir tal daño y como continuadores de la persona del difunto. En este último caso sería aplicable la restricción prohibitoria del art. 949 del Cód. Civil, y para el primero, la amplitud en favor del tercero, no obstante ser sucesor universal (CNCiv, Sala C, 14/3/81, ED, 94-318). En el sub examine, nuestro cliente es ciertamente sucesor universal

6. SOBRE LAS POSIBLES ACCIONES A PLANTEAR ANTE SEDE JUDICIAL

Ahora bien, del análisis de lo precedentemente expuesto surge que el justiciable deberá recurrir a sede judicial y plantear las siguientes acciones:

a) Acción de declaración de simulación del acto aparente. Acción meramente declarativa de la inexistencia del acto simulato, a los efectos de desnudar o descubrir el acto real subyacente.

b) Acción de colación. A los efectos de intimar a sus coherederos a "acercar" al haber sucesorio —en nuestro caso ejemplificativo— los paquetes accionarios derivados de los aportes suscriptos aparentemente con fondos propios, o el crédito líquido resultante de la donación encubierta realizada por el causante, que ha de ser reputada como adelanto de parte de la alicuota de legítima hereditaria (daría motivo de discusión abierta si deben "acercarse" los títulos representativos del aporte —que podrían considerarse como el objeto de la donación, en el sentido de haber sido el padre el verdadero suscriptor y posterior donante de las acciones— o bien el crédito líquido —suma de dinero que el padre donó previamente a la suscripción del aporte—, situación que complicaría en extremo el caso que nos ocupa, y nos alejaría en verdad de la finalidad sentada), que una vez "anexados" a la masa sucesoria, sin duda serían —por los caracteres del caso— sometidos a reducción hasta alcanzar la hijuela hereditaria que le correspondiere de pleno derecho al tercer hijo.

c) Acción por daños y perjuicios, derivada de la simulación ilícita. Sería pertinente, pero sujeta a una cuestión de prueba que excedería los propósitos de este trabajo (así, es posible la existencia de daño material emergente, y aun de daño moral, sujeto este supuesto, a nuestro considerar, a la prueba de realización del engaño directamente en contra de nuestro cliente).

—heredero forzoso— del causante, pero es un acto de éste con ciertos coherederos —los hijos accios— el que provoca daño cierto al primero —afcción a la inalterabilidad de la legítima hereditaria—, lo que lo transforma en un peñita con respecto a aquéllos. Veremos posteriormente cuál es el problema en materia probatoria que el fallo arriba mencionado ha esbozado en un principio.

En este sentido "si ha quedado suficientemente acreditado que la simulación de los actos impugnados ha sido ilícita y en perjuicio de los accionantes, terceros de aquéllos, existiendo una sola causa simulada, interés común y acuerdo simulatorio respecto de dichos actos de todos los demandados —y dada la relación de parentesco existente entre ellos— la condena debe imponerse solidariamente a todos los accionados en virtud de lo dispuesto por los arts. 699, 700 y 1081 del Cód. Civil"⁴.

7. CÓMO PROBAR LA SIMULACIÓN

En el caso ejemplificativo, la sociedad ha sido constituida por el padre y los hijos. Ambos hijos han suscripto los aportes del capital originario de la anónima cerrada junto con su padre. No nos interesa empero el indagar sobre si ha existido posible simulación inclusive en el acto constitutivo de la sociedad en cuestión. Nos interesa, en cambio, a los estrictos fines del caso de marras, el aumento del aporte por suscripción en efectivo que torna a ambos hijos en poseedores de la mayoría del capital frente a la posición societaria minorista del padre ante tal suscripción.

Recordemos pues que al mismo tiempo hemos advertido una simulación ilícita de carácter relativo suscitada entre las partes mencionadas: una aparente suscripción de nuevas acciones por capital aportado por los hijos, en los cuales pretendemos observar el acto oculto de la donación del monto dinerario suficiente para concretarla, o la cesión a título gratuito de las nuevas acciones por parte del padre hacia los hijos socios.

Empero, esclarecida que ha sido en cierta forma la subsuncción del caso cuya resolución nos ha avocado en el desarrollo del presente trabajo, tropieza con una valla de complejo vencimiento: cómo probar la existencia de la simulación.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido la complejidad de la cuestión: "como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear al acto de todas las apariencias de realidad, ocultando los indicios

⁴ CNCiv, Sala D, 82384, ED, 128-350.

comprometedores y borrando los rastros, así como operando con premeditación y eligiendo el momento oportuno. Se comprende así, cuán difícil es la tarea de los terceros, que casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones⁴¹.

Han dicho los jueces al respecto que "el acto simulado, es por hipótesis lícito, lo que es en todo caso ilícita es la simulación; por ende los argumentos relativos a dicha licitud, así como otros de alegación frecuente sobre el respeto por la libertad de los contratantes, no estar el negocio prohibido por la ley, etc., no tienen entidad de la misma especie para cohonestar lo que sugiere el indicio de que se trata. De ahí que la compraventa con reserva de usufructo, bien que lícita y usual, puede ser simulada si concurren elementos fácticos —no jurídicos— que así lo demuestren, tales como la falta de motivación del negocio aparente, el bajo precio, la carencia de medios del supuesto adquirente, etcétera"⁴².

Pero ¿cuáles medios probatorios son conducentes a los efectos de acreditar la existencia de simulación?

El art. 960, párr. 2º (incorporado por ley 17.711), aunque como literal excepción a la prueba por contradocumento del acto real subyacente existente entre las partes, habilita para la doctrina mayoritaria —y jurisprudencia conteste— mediante una interpretación por extensión, la consideración de todo medio de prueba ante la ausencia del primero, a través de la invocación de circunstancias que tornaren inequívoca la existencia de simulación (v.gr., presunciones serias).

Dice el mencionado párrafo, cuya estrechez dogmática ha suscitado las reprobaciones de los principales autores por la reticencia manifiesta a la consagración para los terceros de la libertad de ofrecimiento de prueba para acreditar la existencia de la simulación que le provoca perjuicio: "Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de simulación".

El derecho comparado nos ofrece solución viable al respecto, que junto a la doctrina nacional y los decisivos de nuestros tribunales nos apuntan a una respuesta afirmativa.

⁴¹ Jung³InstCivil n° 6, 15/9/80, ED, 91-688.

⁴² CNCiv, Sala E, 29/4/81, ED, 94-125.

Por ejemplo, Betti expresa que la probanza de simulación de terceros al acto por el perjudicado, se vinculará con las relaciones que habrán de invocarse respecto a los efectos e incidencia del acto simulado o ficticio. De este modo —relata el profesor itálico— y “en cuanto a la prueba de simulación, en las relaciones en que puede invocarse, se actúa de diferente modo según se trate de relaciones internas entre las partes, o hacia los terceros. En las relaciones internas, la prueba de la contradecларación encuentra los mismos límites de la prueba testimonial, atendiendo a la posibilidad y el deber que tenían las partes de proveerse de una prueba escrita; a menos que la simulación encubra una ilicitud, e impida así la conversión del negocio la subyacente causa disimulada. En cambio, frente a terceros, desaparecen por la razón contraria, las limitaciones de la prueba de testigos”.

En la misma línea de argumentación, Santoro Passarelli, en base al análisis de normativa similar a la considerada por Betti, se explaya afirmando que “la prueba del hecho de la simulación es, naturalmente, libre para los terceros. Para las partes o sus causahabientes, como la prueba de la simulación se resuelve en la del acuerdo simulatorio y eventualmente en la del negocio simulado, está sometida al límite acostumbrado de la prueba del contrato..., a menos que el negocio simulado sea ilícito”.

Para los franceses Planiol y Ripert, y con respecto a los terceros, “la simulación es un hecho cuya prueba por escrito no puede pretenderse de ellos, ya que siempre se habrá efectuado a sus espaldas. Por tanto, podrá valerse de cualquier medio para probarla. Recordamos aquí que los que alegan la existencia del acto secreto a fin de derivar del mismo los beneficios de un derecho que de éste resulte a favor de una de las partes, ejercitan los derechos de éstas y estarán obligados a proporcionar las mismas pruebas; pero es muy diferente en cuanto a los que alegan los efectos que el aparente pudiera producir en su perjuicio”⁴².

Los autores galos citados otorgan importancia crucial a las presunciones legales, y al hecho notorio de “la aplicación que la jurisprudencia hace de la noción de propiedad aparente”, en base a serias presunciones judiciales⁴³.

⁴² Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 478.

⁴³ Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 477.

La doctrina nacional se ha mantenido conteste con los principios sentados en el derecho comparado, y asimismo el derecho judicial plasmado por nuestros tribunales ha desarrollado una profusa justificación científico-normativa de tales principios.

Para Salvat, recordando que tal conjunto de principios "ha sido también invariablemente consagrado en la jurisprudencia de nuestros tribunales", la situación de los terceros frente a la probanza del acto simulatorio, se halla "a la inversa de las partes otorgantes del acto simulado, las cuales... sólo pueden probar la simulación por contradocumento, salvo los casos de excepción", agregando consecuentemente que "los acreedores y terceros en general pueden probarla por toda clase de pruebas, incluso la de presunciones, porque ellos se han encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita". El jurista argentino recoge así la opinión de los autores franceses clásicos como Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Larombière, Baudry Lacantinerie, y la del propio Planiol⁴⁵.

El profesor Llambías no es contrario a tal exposición teórica. Así afirma con respecto a la prueba de la simulación que el conjunto de principios sentados son "el medio frecuente utilizado por los terceros para la prueba de presunciones o indicios suficientes como para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha ocurrido la simulación". Cita el autor, a título de ejemplo, la presunción judicial de la "carencia de medios del adquirente" al tiempo de la realización del acto simulado, situación puntual de eficaz aplicación al caso que nos ocupa, y que la jurisprudencia ha reconocido desde larga data⁴⁶.

La Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, en interpretación del párr. 2º del art. 960, Cód. Civil, ha establecido que "cuando la simulación es ilícita, la exigencia del contradocumento no debe prevalecer, pero, naturalmente, debe haber prueba aportada por quien invoca la existencia del vicio"⁴⁷.

Con relación a los medios probatorios permitidos al legitimado activo —el tercero damnificado por la simulación—,

⁴⁵ Ver al respecto Salvat, *Derecho civil argentino. Parte general*, nota 294, § 2367.

⁴⁶ Ver los fallos citados por Llambías al respecto nota 140 bis CCiv¹Cap. 11/248, JA, 1950-II-395; ST Entre Ríos, LL, 79-249.

⁴⁷ CNCiv, Sala C, 8/10/81, ED, 101-342.

la jurisprudencia ha afirmado que "a los terceros que sólo se encuentran habilitados o legitimados para verificar la simulación ilícita en procura de su interés, se les admite uniformemente el uso de cualquier medio de prueba, por la evidente imposibilidad material de proveerse del contradocumento, siendo en tales hipótesis la prueba más importante y frecuente la de presunciones, requiriéndose que las mismas sean graves, precisas y concordantes y conduzcan, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a crear en el ámbito del juzgador la certeza moral de la real existencia de la simulación alegada"²⁰.

En similar sentido, "la simulación puede acreditarse por todos los medios probatorios, inclusive por testigos y presunciones cuando mediare confesión de parte, principio de prueba por escrito, imposibilidad de presentar el contradocumento o cuando ella es ilícita"²¹.

La jurisprudencia elaboró una construcción interpretativa armónica de reglas para procurar no tornar en ilusoria la pretensión del tercero invocante. Así:

a) En lo que hace a la existencia de la causa simulandi, no es posible exigir una prueba acabada de la misma, en la medida que ello importaría tener que introducirse en la esfera del pensamiento de los contratantes, para saber cuáles fueron sus intenciones, teniendo en cuenta además que los móviles determinantes de una simulación pueden ser múltiples y no siempre precisos y definidos²².

b) No es necesario para demostrar la simulación, precisar la causa simulandi, el objetivo que induce a concretar el engaño; pero debe considerarse que sirve para apreciarla la manera más favorable, constituyendo el preámbulo del intrincado camino probatorio²³.

²⁰ CNCiv, Sala F, 25/878, ED, 71-590.

²¹ CNCiv, Sala F, 30/1283, ED, 7-893. Puede expresarse, en el caso que nos ocupa que, pudiendo acreditarse por un lado la imposibilidad de los hijos socios de poder haber integrado los aportes en efectivo a la época del aumento de capital de la sociedad, y por el otro la salida o egreso del patrimonio paterno de monto dinerario similar al aportado, habilitaríamos presunción grave y seria que se convertiría, en sólido base de la admisibilidad de nuestra pretensión: la declaración de simulación del acto en cuestión, y la acción de colación con reducción de alícuota de los herederos, una vez demostrado el acto real de donación como ablativo de herencia.

²² CApel Rosario, Sala II, 30/1067, "A., H. o/P. M. de Y. O.", JA, 81-141; RepLL, 1093-J-Z, sum. 8.

²³ CApel Rosario, Sala I, 2/768, in re "Herederos D.C. o/Herederos D. D.", JA, 81-561.

c) El vicio de simulación es de difícil prueba para quien invoca la no existencia del acto, no siendo parte del mismo, pues la simulación es un elemento esencial. Sin embargo, no se produce la inversión de la carga de la prueba y el rol principal en la demostración de la simulación le corresponde al actor que pretende la inexistencia y ello con fundamento en los criterios de normalidad, conservación y seguridad jurídica²².

d) La parte interesada en sostener la validez del negocio que un tercero aduce simulado, tiene el deber moral –cuyo incumplimiento apareja consecuencias jurídicas– de aportar las explicaciones y elementos demostrativos de la honestidad, realidad y seriedad del acto, y no es admisible que contradiga tales explicaciones si la prueba sobre los hechos invocados le resulta adversa²³.

e) La especificidad de la prueba en el juicio de simulación, sobre todo si la acción es ejercida por terceros, radica en que generalmente se resuelve en una masiva acumulación de presunciones que debe llevar a la conciencia del juez la convicción de la irrealidad del acto sospechoso. El demandado no puede limitarse a la negativa de la pretensión del actor, sino que debe concretar su propia resistencia, debe producir la prueba del descargo pertinente, tratando de convencer sobre la seriedad y honestidad del acto en que intervino. La exigencia de una determinada conducta procesal para actor y demandado, nos aleja del rígido concepto de la imposición de la carga de la prueba y nos aproxima al área de las presunciones²⁴.

f) Si la simulación estuvo enderezada a actuar en perjuicio de los sucesores universales del otorgante del acto, en fraude a la legítima, éstos adquieren posición de terceros y no necesitan contradocumento para probarla, basta que se valgan de presunciones lo suficientemente graves, que lleguen a crear el convencimiento del juzgador²⁵.

²² CNCCom, Sala E, 18/1188, in re "Banco Shaw SA c/Gendelman, Gregorio y otro", LL, 1990-B-89, ED, 136-140.

²³ CNFedCantAdm, Sala III, 12/390, "Gidekel de Garbar, Chaja y otros c/Banco Central", LL, 1990-C-149.

²⁴ CNCCom, Sala E, 18/1188, "Banco Shaw SA c/Gendelman, Gregorio y otro", LL, 1990-B-89, ED, 136-140.

²⁵ CNCiv, Sala C, 14/581, ED, 94-319.

8. Conclusión

Hemos advertido en el desarrollo precedente, que la interposición de acción de simulación para atacar el acto aparente en una simulación de carácter relativo, y de la acción de colación para atacar el acto real o serio subyacente, en aras de la intangibilidad de la legítima del coheredero forzoso, no es por cierto una hipótesis arriesgada.

Por otro lado, y para culminar, hemos de esperar que el auxilio brindado por la exposición del caso ejemplificativo haya sido de suma utilidad a los efectos de la comprensión de la temática analizada.

UNIVERSITARIAS

FINALIDAD

La presente sección tendrá la finalidad de comunicar a los estudiantes aquella información que resulte de cierta importancia para su quehacer cotidiano como tales. Al mismo tiempo, es deseo de esta Redacción, que la presente se convierta en válido medio de expresión de las inquietudes de los alumnos de esta Facultad.

De este modo, requerimos de la colaboración de ustedes, queridos lectores, para dar contenido a estas "Universitarias". Les rogamos entonces que se dirijan por carta a la siguiente dirección: Figueroa Alcorta 2263, CP: 1425, Cap. Fed., Departamento de Publicaciones, Revista Lecciones y Ensayos, a los efectos de transmitirnos sus inquietudes y brindarnos información de interés.

ASOCIACIÓN DE ESTUDIANTES DE DERECHO INTERNACIONAL: HACIA UN ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL CON PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LOS ALUMNOS

Se ha comunicado a esta Redacción la gestación de un proyecto original e interesante: la formación de la Asociación de Estudiantes de Derecho Internacional de la Universidad de Buenos Aires, orientada al logro del intercambio científico-cultural de los estudiantes de las orientaciones de derecho internacional público y de derecho internacional privado, y la realización de seminarios y conferencias vinculadas a las disciplinas invocadas. Esta agrupación nuclea a los alumnos cursantes de las orientaciones especificadas y a los graduados que no revistan carácter de adjuntos ordinarios. Cuenta asimismo con el apoyo y orientación académica de prestigiosos profesores de esta Facultad. Para mayor información comunicarse con el siguiente número telefónico: 49-3858 (Mariano García Rubio).

Felicitaciones por el emprendimiento, y mucha suerte en su realización...

**PREMIO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:
DISTINCIÓN A UN ALUMNO DE ESTA FACULTAD**

Es ésta una noticia que nos llena de profundo orgullo, tanto en nuestra calidad de redactores de la Revista como en nuestra condición de alumnos de la Facultad. Ha sido galardonado con el premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación", un ex redactor de nuestra publicación, el abogado Alberto Guido Santamaría, graduado de esta Casa, por su mérito y dedicación al estudio durante sus años de estudiante, de conformidad a la res. 1787/92 - Expte. S-375/91 - Superintendencia, de fecha 17 de noviembre de 1992 (Corte Suprema de Justicia de la Nación). Tal distinción se extendió asimismo al abogado Horacio Augusto Carranza (año 1991) y al abogado Guillermo Andrés Zenklusen (año 1990), de las Facultades de Derecho de las Universidades nacionales de Rosario y Córdoba.

Felicitaciones a todos ellos, y en especial -por la cercanía afectiva- a Alberto, de cuya grata compañía y reconocida formación jurídica hemos disfrutado.

SUMARIO DE NUMEROS ANTERIORES

LECCIONES Y ENLAYOS N° 47

Lecciones

- AGUIA, JUAN C., Los profesionales en la sociedad argentina.
- ALBERDI, BÉRNARDO, Extraterritorialidad de los concursos.
- FERRARIERIS FAJOS, CARLOS A., El capital extranjero en la economía nacional. Su naturaleza y su incidencia entre 1880 y 1940.
- MARTINEZ VIVOT, JULIO J., Los principios de igual remuneración por igual tarea y por trabajo de igual valor.
- PYZARD, OSVALDO F. - LÓPEZ FUSTER, GUSTAVO O., La conformidad materna del artículo 255 y la autoridad de los abusos.
- RINOLINI DE LAZARINI, EVA L., El derecho de integración y el derecho constitucional latinoamericano.

Ensayos

- DE LA CRUZ, ANGELO, Primeros pasos en la comprensión de la concentración empresarial.
- GARIBAY, CARLOS M., Los partidos políticos y su influencia en la separación de los poderes del Estado.
- LOPEZTE, JAVIER A., El pastor procesal.
- PALLARONES, MARTÍN E., Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social.

LECCIONES Y ENLAYOS N° 48

Lecciones

- BURGOS BARONDA, MARÍA C. - FAJOS, SILVINA N., El régimen de separación personal en el nuevo artículo 203 del Código Civil.
- COLANTONI, CARLOS E., La Constitución de los Estados Unidos y los primeros documentos constitucionales argentinos.

- GARCÍA, CAMBIO E. - OTTEBUY, OSVALDO O., La quiebra y las empresas públicas.
- UBERTONE, FERMÍN P., Cómo hacer una monografía jurídica (consejos prácticos para los estudiantes).
- WARAT, LUIS A., Del sentido de la democracia a la democracia como sentido.
- WATKINS, J. W. N., La unidad del pensamiento de Popper.
- ZAMUDIO, TESSORA, Efectos de la quiebra sobre el secreto industrial ("know-how"), integrado a la explotación o actividad de la empresa fallida.

Ensayos

- CELIZ, FARIÁN E. - STRATICO, MARÍA F. - PAGLANTONIO, MARTÍN E., Una cuestión conflictiva: las costas en los pedidos de quiebra desestimados por depósito en pago o a embargo.
- FIUZA, ALEJANDRO D. - ARAMOVICH COZANIN, VICTOR E., Sinopsis de la legislación sobre hidrocarburos en la Argentina. Análisis comparativo del denominado Plan Houston I y II.
- BUSCONI, MAXIMILIANO, Estudio de la dogmática de la legislación actual del delito de aborto y análisis de errores interpretativos en doctrina y jurisprudencia.

LECCIONES Y ENSAYOS N° 49

Lecciones

- D'ALESSIO, ANDRÉS J., Precisiones sobre la discrecionalidad acusatoria en el procedimiento nacional.
- GOLDSTEIN, ABRAHAM S., La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos.
- PIETRANI, LUIS A., El rol del consenso colectivo en la economía nacional.
- BUCILLOS, ADOLFO A. N., La concursabilidad entre el pasado y el futuro.
- VERONIMO, ROBERTO J., Derechos humanos y derechos subjetivos.
- ZANONI, EDUARDO A., La genética actual y el derecho de familia.

Ensayos

- ETTUS, EDUARDO, Sinopsis de la legislación de partidos políticos en el Uruguay.
- GIMENO, ROSANA F., Seguro de caución.
- LEBER, IGNACIO A., La Iglesia y el Estado en una futura reforma de la Constitución Nacional.
- PAGLANTONIO, MARTÍN E., Algunas propuestas de reforma legislativa en aras de la operatividad del principio de conservación de la empresa.

- **FUJITA, PATRICIA M. - RAMA, DANIEL E. - QUINTANA, ROSA,** Responsabilidad por los daños causados a terceros en la superficie por el ruido y el estampido sónico.

LECCIONES Y ENSAYOS N° 50

Lecciones

- **ALBAO ZAPOLA, CARLOS M. J.,** Negociaciones laborales. Dinámica de su preparación y desarrollo.
- **CERDAS, BERNARDO M.,** El proceso arbitral en los negocios internacionales.
- **HARRIS, WYFRAID,** La persecución penal, legalidad y oportunidad.
- **KURT, ANA,** Metodología de investigación.
- **ZAFFARONI, EUGENIO E.,** La ley de obediencia debida.

Ensayos

- **BLANCO, LUIS G.,** Creación de un nuevo impedimento matrimonial por la ley 23.515. El menor emancipado cuyo matrimonio se ha disuelto.
- **ESPÓSITO, CARLOS D.,** El embargo comercial como forma de intervención económica.
- **FUJITA, ALEJANDRO D. - ESPÓSITO, CARLOS D.,** Algunos interrogantes sobre la integración latinoamericana.
- **FLORES (N.), OSCAR,** El derecho de réplica y las constituciones provinciales.
- **HUGGERS, MARÍA D. - BOCAMERA, SERGIO E.,** Intervención federal a la provincia de Mendoza en el año 1974. Su inconstitucionalidad.
- **VASQUEZ, MARÍA J. - VERBA, GRACIELA - ZAVALA, CLAUDIA,** Averbía gruzia.

LECCIONES Y ENSAYOS N° 51

Lecciones

- **BACIGALUPO, ENRIQUE,** La función del concepto de norma en la dogmática penal.
- **PABELLA, MIGUEL M.,** El "ombudsman" o defensor del pueblo.
- **ZAFFARONI, EUGENIO E.,** Los llamados "clásicos" y la nueva crítica al derecho penal.

Ensayos

- **DÍAZ, GUSTAVO D.,** Justicia nacional en lo civil y salud mental.
- **BOCAMERA, SERGIO E.,** Delitos de tránsito.

LECCIONES Y ENSAYOS Nº 52

Lecciones

- FERRE OLIVÉ, JUAN C., La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político-criminal.
- SACCHIS, NÉSTOR P., Interferencias de abogados en el proceso de designación y remoción de jueces.
- SANDLER, HÉCTOR R., Los problemas sociales y el orden jurídico.
- STRASSER, CARLOS, Rousseau, o el gobierno representativo.

Ensayos

- COURTIS, CHRISTIAN, Algunas aproximaciones a las respuestas de derecho sobre la locura.
- HERRERA, CARLOS, La relación (Una aproximación al problema del poder en Niccolò Poulantzas).
- RODRÍGUEZ GALLI, JAVIER - BAISTROCCHI, EDUARDO A., Responsabilidad y realidad. Por qué es innecesaria la existencia de un régimen de responsabilidad civil contractual por un lado y extracontractual por el otro.

LECCIONES Y ENSAYOS Nº 53

Lecciones

- ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980 (ley 22.785).
- ANDERHO, LUIS O., La responsabilidad por los productos elaborados y los intereses difusos. Ley 10.090 de la provincia de Santa Fe.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales del control social.
- LEIVA, ALBERTO D., Los primeros ochenta años de la historiografía jurídica argentina.
- TAMBUZZINI, CLAUDIO M., Castigar (¿a cuántos?) violadores de derechos humanos. El dilema de los gobiernos posdictatoriales.

Ensayos

- CASAL, MARCELA B., Derecho informático: la protección de datos personales y el SIDA.
- COURTIS, CHRISTIAN, La estrategia de nuestro año. Una visión crítica del derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas.
- FELGUERAS, SANTIAGO, Relevancia del error de punibilidad.

- **REYES, GABRIEL L.**, Régimen jurídico básico de la función pública. Análisis de la ley 22.140 y su relación con la normativa laboral.
- **VILLAR, MARIO ALBERTO**, La estructura de la omisión y su tentativa.

LECCIONES Y ERRATOS N° 54

Lecciones

- **BENAYT CAMPOS, GERARDO J.**, Los derechos humanos en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.
- **JARONA, GUSTAVO**, Concurrencia de riesgos. Curso leitivo y curso hipotético en el derecho penal.
- **LA PERLA, SERGIO**, Cicerón y el accionista controlante.
- **MAR, ENRIQUE E.**, El banquete de Platón. Su ley y elementos estructurantes: el vino, la palabra, el eros.
- **MARCONATI, OSVALDO J.**, Breves consideraciones sobre garantías en la financiación en el "common law".
- **REYES, MARIO H.**, Sobre "teoría del Estado" y vías del conocimiento.
- **ZAGO, JORGE A.**, La lesión subjetiva.

Ensayos

- **ARMANOVICH CORAÑA, VÍCTOR E.** - **BOYER, ALBERTO**, Al margen de la ley o la ley en los márgenes. El delito y las diferencias culturales. Un enfoque crítico.
- **MARTÍN, PATRICIO** - **BERTONI, FERNANDO E.**, La sociedad en formación: ¿persona jurídica o ente inexistente?
- **MARTÍNEZ VEGA, MARÍA L.**, Homicidio con motivo u ocasión de robo.
- El sistema antártico, prólogo por Hortensia D. T. Gutiérrez Passa.
 - I. **ALONSO, GABRIELA L.**, El sistema antártico como régimen objetivo.
 - II. **BREYER, IGOR E.**, Necesidad de su preservación para salvaguarda de la paz mundial.
 - III. **CARRERA FALSON, PATRICIO O.**, Conservación y protección del medio ambiente antártico.
 - IV. **GONZÁLEZ, ANDRÉS W.**, Los recursos minerales para el marco del sistema antártico. Algunas reflexiones.
 - V. **JOSQUENA, MARCO**, Evolución de los presupuestos jurídicos del sistema antártico.
 - VI. **REYES ALONSO, HERNÁN G.**, Año 1991 y la soberanía en la Antártida, de condición a objetivo.

LECCIONES Y ENSAYOS Nº 55

Lecciones

- DAUBIA, ANIBAL A., Apuntes para un enfoque pragmatista de los derechos humanos y su fundamentación.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional de España.
- GARGABELLA, ROBERTO, Constitución y principios democráticos. Acerca de la irrelevancia moral de la Constitución.
- MILDE, MICHAEL, Funciones legislativas de la OACI.
- MOSSET ITURBESPE, JORGE - ALTERNI, ATRILIO A., La reforma de la responsabilidad médica: ¿responsabilidad o seguro?
- VIGNESA, RAUL E., La responsabilidad del Estado frente a las desapariciones forzadas de personas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ensayos

- ARREGÓ, MARTÍN, El crimen televisivo. De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia.
- ALONSO, GABRIELA L., Fertilización "in vitro": una afirmación de vida.
- BAISTROCCI, EDUARDO A. - RODRÍGUEZ GALLI, JAVIER, Hacia la protección del consumidor. La responsabilidad por daños al consumidor en el proyecto de ley de los doctores Attilio A. Alterni, Roberto López Cabana y Gabriel A. Stiglitz.
- BELOFF, MARY A., Individualización de la pena. ¿Más allá del bien y del mal?
- CORREA, ROSARÍA, Derecho procesal constitucional-Derecho constitucional procesal, una misma disciplina.

LECCIONES Y ENSAYOS Nº 56

Lecciones

- BADENI, GREGORIO, Intervención federal a las provincias.
- GUTIÉRREZ POSE, HORTENSIA, D. T., Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales.
- MARTÍNEZ VIVOT (s.), JULIO J., El proceso penal oral en el ámbito nacional.
- RUSSO, EDUARDO A., Derechos humanos e integración.
- TOLA DEL MORAL, PEDRO, La inconstitucionalidad de la elección directa del intendente.

Ensayos

- **ARMOURI, MANUEL E. - CASSETTI, ALBIANO - BARRONE, ROGO N.**, Algunas precisiones a la franquicia comercial.
- **ÁLVAREZ, FERRANDO D. - GATTI, WALTER O.**, Naturaleza jurídica del peaje.
- **LEVI, CLAUDIO E.**, Tiempo y espacios de integración.
- **SANTAMARÍA, ALBERTO G. - NÓBES, JAVIER F.**, Hacia la desestigmatización de una falacia institucionalizada: el sistema de patentes.

LECCIONES Y ERRATOS N° 57**Lecciones**

- **CAYOSO, SUZANA G.**, Control de razonabilidad. Pautas de revisión.
- **GUARCO, CARLOS M.**, Tipicidad del acto administrativo y reservas de revocación.
- **MARTÍNEZ BUIA, ROBERTO**, Apostillas sobre el régimen de la responsabilidad civil de los médicos.

Ensayos

- **ALCONCROS, SERGIO**, Comentarios al estatuto de empresas binacionales.
- **GARRÓN, SILVIA C. - TOLADO, SILVIA M.**, La responsabilidad civil en el derecho de familia.
- **SILVERSTEIN, MARIANO E. - ISOLA, MARÍA A.**, Homicidio agravado por la pluralidad de agentes.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Editorial Atrius, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2423, Capital Federal, en la segunda quincena de agosto de 1993.

