PRUDENTIA IURIS

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

Enero — Diciembre 1989

CRISTIANISMO, DERECHO Y REVOLUCION

En el bicentenario de la Revolución Francesa, acontecimiento que derribó a una añeja monarquía, observamos al respecto instaurado otro reino, en particular entre nosotros: el de la confusión.

Si como sentencia el Dante, "la confusión de las personas, principio fue del mal de las Ciudades", el desorden mental, la tergiversación de la historia, la amnesia colectiva respecto a la gran maestra de la vida, constituyen el germen de males que se repiten en el orden social, político y jurídico.

En la tarea de evaluar la historia de Francia, la más alta jerarquía de la Iglesia nos marca con claridad los contornos del camino a seguir: a principios de siglo, San Pío X recuerda a los franceses sus tiempos fundacionales y les recomienda no olvidar "sus tesoros de los testamentos de San Remigio, de Carlomagno y de San Luis"; en nuestros días, Juan Pablo II, en 1983, en Lourdes, recuerda a los franceses la deuda histórica contraída con muchos de sus cristianos reyes por haber sido consagrados en forma solemne a la Virgen María, primera patrona de la Hija amada de la Iglesia; y también Juan Pablo II, en 1984 al beatificar a los 99 mártires de Angers, pone de relieve el motivo profundo de su condena por los tribunales revolucionarios: "el odio a esta fe que sus jueces despreciaban".

El Papa recuerda a las víctimas, admira sus respuestas, "tajantes y firmes en lo esencial: la fidelidad a la Iglesia". La memoria de los mártires de ayer, debe servir para hoy y para el mañana; su ejemplo de fe y de fortaleza deben meditarse junto a la perversidad pertinaz de la Revolución. Pero mientras el Papa honra a las víctimas, algunos dignatarios eclesiásticos rinden homenaje a los victimarios y contribuyen a aumentar la confusión.

El objetivo de estas líneas es contribuir a clarificar las cosas e insistir en ciertas verdades fundamentales.

Ante todo, el origen divino del poder político y el fundamento trascendente de todo ordenamiento jurídico positivo, valores básicos negados y escarnecidos por la Revolución.

Ya en el Antiguo Testamento se afirma que Dios es fuente de todo poder y autoridad: "Por mí reinan los reyes...; por mí mandan los príncipes y gobiernan los poderosos de la tierra" (Proverbios, 8,15/16); *"Estad atentos los que gobernáis multitudes... Porque del Señor habéis recibido el poder, del Altísimo la soberanía; él examinará vuestras obras y sondeará vuestras intenciones"* (Sabiduría, 6,2/4).

Esto es ratificado en el Nuevo Testamento: Cristo le responde a un Pilato, escéptico y relativista, precursor de tantos hombres de nuestro tiempo, que alardea con su poder: "No tendrían ningún poder sobre mí si no te hubiera sido desde lo alto" (Juan, *19,11). Esto es universal y rige para toda autoridad, eclesiástica y política, familiar y social.*

En segundo lugar, la distinción entre lo espiritual y lo temporal: "lo que es del César devolvédselo al Cesar, y lo que es de Dios a Dios" (Mateo, *22,21*).

Pero Dios no está ausente del campo del César, "ministro de Dios para el bien", como enseña San Pablo, bien común político, que debe ser la meta de sus afanes. Por eso "si obras el mal teme; pues no en vano lleva espada; pues es un servidor de Dios en hacer justicia y castigar al que obra mal... Por eso pagáis los impuestos, porque son funcionarios de Dios, ocupados continuamente en ese oficio" (Romanos, *13,3/6).*

Este es el origen de la "autonomía de lo temporal", bastante más antiguo de lo que algunos piensan debido a una histórica ignorancia.

Pero autonomía no es sinónimo de independencia, pues el César también depende de Dios y como el hombre se salva o se condena por su conducta terrestre, la Iglesia, depositaria del mensaje de salvación y fiel a la voluntad salvífica de Dios, puede y debe ocuparse de los principios morales que rigen el quehacer temporal en la medida en que las realidades mundanales facilitan u obstaculizan el logro del último destino humano.

Esta intervención, que no abarca las cuestiones opinables y técnicas, puede realizarse de diversas maneras, según las circunstancias.

El Papa León XIII pone el ejemplo del Sacro Imperio: "cuando la sociedad civil, surgida entre las ruinas del imperio romano, se abrió de nuevo a la esperanza de la grandeza cristiana, los Romanos Pontífices consagraron de un modo especial el poder civil con el imperium sacrum. *La autoridad civil adquirió de esta manera una autoridad desconocida... Si alguna vez los pueblos incurrían en el pecado de rebelión, al punto acudía a la Iglesia, conciliadora nata de la tranquilidad, exhortando a todos al cumplimiento de sus deberes y refrenando los ímpetus de la concupiscencia, en parte con la persuasión y en parte con su autoridad. De modo semejante, si los reyes pecaban en el ejercicio del poder, se presentaba la Iglesia ante ellos, y recordándoles los derechos de los pueblos, sus necesidades y rectas aspiraciones, les aconsejaba justicia, clemencia y benignidad"* (Diuturnum Illud, *16). Distinguir para unir. Sin confusiones ni equívocos, se abre un amplio campo para la colaboración entre la Iglesia y la sociedad política cristiana.*

Todo esto es negado por la Revolución, que es una de las consecuencias de las causas denunciadas por León XIII: "el pernicioso afán de novedades promovido en el siglo XVI, después de turbar primeramente la religión cristiana, vino a trastornar como consecuencia obligada la filosofía, y de ésta pasó a alterar todos los órdenes de la sociedad" (Inmortale Dei, *01). Protestantismo, filosofismo, ilustración, absolutismo monárquico, fueron mojones en la decadencia que preparó la gran ruptura política.*

Se niega a Dios como fuente y origen de la autoridad y "se afirma que el pueblo es en sí mismo fuente de todo derecho y de toda autoridad" y surge un "derecho nuevo, desconocido hasta entonces y contrario en muchas de sus tesis no solamente al derecho cristiano, sino incluso también al derecho natural" (Inmortale Dei, *10).*

Se borra la distinción entre el reino de Dios y el reino del César para instaurar un totalitarismo desconocido hasta entonces, mientras se combate a la religión cristiana para sustituirla por una nueva religión secular, terrestre y política.

Ante esto, en 1793, el Papa Pío VI se dirige a un país particularmente querido: "¡Ah, Francia! ¡Ah, Francia! tú a quien Nuestros Predecesores llamaban el espejo de la Cristiandad y el inacabable apoyo de la Fe; tú, que por el celo por la Religión cristiana y por la piedad filial con la Sede Apostólica, no caminabas atrás de otras naciones, como nos sos hoy contraria. ¡De qué espíritu de hostilidad apareces animada contra la verdadera Religión! Y, entretanto, no pueden ignorar —aunque lo quisieses— que la Religión es la más segura guardia y el más sólido fundamento de los imperios, pues reprime igualmente los abusos de la autoridad de los Príncipes que gobiernan y los extravíos de la licencia de los súbditos que obedecen".

Se adulteran ideas como las de libertad, igualdad y fraternidad, que sacadas de un contexto tradicional y cristiano se convierten en términos ideológicos absolutizados que se oponen y destrozan entre sí; por su parte las franquicias y y derechos concretos y circunstanciados unidos a deberes y responsabilidades, se convierten en derechos subjetivos abstractos y con pretensiones universales.

Perdido el quicio teocéntrico, se pretende que el pueblo, nuevo soberano, ocupe el lugar de Dios. Como afirma el Dr. Bidart Campos, vicerrector de esta Universidad, "el gobierno de todos disuelve la autoridad en la muchedumbre popular. Es un verdadero panteísmo político, heredero del panteísmo religioso". Panteísmo que padecemos y que actúa en el subconsciente de muchos contemporáneos y que se configura en esa época, como denuncia el mismo autor: "la Revolución Francesa dio forma y raigambre al mito del pueblo que aún hoy palpita y actúa como el demiurgo de la fantasía utópica".

Por todo esto, para no seguir promoviendo confusiones, hay que advertir que cuando hoy, el pensamiento pontificio utiliza ciertas palabras como libertad, igualdad, fraternidad o derechos del hombre, lo hacen en un contexto totalmente distinto al revolucionario.

La Revolución quiso eliminar al cristianismo de la vida, en especial de la vida social, política y jurídica; promovió la "desconsagración de la historia". Todo lo contrario de la convocatoria de Juan Pablo II ya en los primeros tiempos de su pontificado: "¡Abrid de par en par las puertas a Cristo! ¡Abrid a su potestad salvadora los confines de los Estados, los sistemas económicos y los políticos, los extensos campos de la cultura, de la civilización y del desarrollo" (11-11-78).

B. M.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO *

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. SOBRE SI HAY PODERES JURÍDICOS. — III. CONFIRMACIÓN CON LA ARGUMENTACIÓN DE DOS AUTORES: 1. *Kalinowski*. 2. *Dabin*. — IV. ALCANCE DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS. — V. EXCURSOS SOBRE LA POSIBLE INCLUSIÓN DEL PJ EN LAS CATEGORÍAS ARISTOTÉLICAS. — VI. EL DS ESTÁTICO. — VII. "PJ", "JURÍDICO" Y "DERECHO". — VIII. LOS NOMBRES. — IX. LAS CLÁSICAS DOCTRINAS "DE LA VOLUNTAD" Y "DEL INTERÉS". — X. LA DOCTRINA DE DABIN. — XI. ALGUNAS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LAS TRES DOCTRINAS EXPUESTAS. — XII. EL TÍTULO JURÍDICO. — XIII. DS Y NORMA JURÍDICA. — XIV. DS Y FIN. — XV. POLITICIDAD DEL PJ. — XVI. CONCLUSIÓN.

I. *Introducción*

Recordemos, inicialmente, algunas tesis o consideraciones desarrolladas en un trabajo anterior referente al derecho subjetivo.[1] La noción de "derecho" es análoga y la principal acepción corresponde a la conducta jurídica debida. Es necesario, en lo que habitualmente se llama "DS", hacer estas distinciones: entre DS y ejercicio; DS y capacidad, DS y uso de la cosa; y DS y goce. Así también es necesario distinguir DS de "haz de DDSS" y DS, uso y DDSS derivados. El análisis efectuado nos llevó a separar los DDSS "estáticos" de los "dinámicos" (poderes jurídicos, PPJJ). El DS, por lo menos en el caso de estos últimos, no se reduce a "relación". Notamos algunas debilidades en las doctrinas negatorias, lo que no nos autoriza sin más a prescindir de la noción de DS, al que en definitiva se lo suele admitir, sea bajo otros nombres o sea conforme a otra concepción distinta de la individualista habitual.

---

* El presente trabajo ve la luz después de redactados o publicados los siguientes, que tienen relación con el mismo tema: 1) *"Derecho subjetivo, familia y valores jurídicos (Reflexiones sobre la actual doctrina de la Corte Suprema)"*, en *"El Derecho"*, 25 y 26 de abril, 1988; 2) *"Sobre la realidad del derecho subjetivo"*, ponencia XIII Semana Tomista, en Actas de la Semana; 3) *"Solidaridad, Politicidad y Derecho (Reflexiones sobre fundamento del derecho subjetivo, la obligación y el contrato)"*, cap. XX de AAVV, *"Contratos"*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989; 4) *"«Derechos humanos» y Tomismo"*, en *"Doctrina Social de la Iglesia"*, Cursos de Cultura Católica, vol. V, I Ciclo, UCA, Universitas, Buenos Aires, 1987, ps. 101/127.

[1] El presente trabajo es continuación de *"Aproximación al derecho subjetivo"* (en adelante *"Aproximación"*), aparecido en *"Prudentia Iuris"*, nº XVI, pp. 5/47. Con los demás trabajos citados en la nota 115 fueron realizados en carácter, primero, de investigador subsidiado del Conicet y luego como investigador independiente de dicho Consejo, formando parte de las tareas del Instituto de Filosofía Práctica de Buenos Aires.

En nuestra tarea fenomenológica aproximativa nos hemos referido con cierta vaguedad, globalmente, al "DS", haciendo, dentro de lo que así se llama, la aludida distinción "estático-dinámico",sin tematizar explícitamente la cuestión de *si hay DDSS*. Parece que es hora de referirnos a ella ocupándonos en primer término de los PPJJ, es decir, de los DDSS dinámicos.

II. *Sobre si hay poderes jurídicos*

Nos parece que la experiencia humana y jurídica, nos hace reconocer como obvia la existencia[2] de poderes jurídicos. En efecto, constatamos que:

1. Los hombres viven en la tierra en comunidades políticas, regidas por un *ordenamiento normativo jurídico* que es en parte positivo. Quien niegue la parte "natural" de dichos ordenamientos puede suscribir nuestra afirmación entendiendo como el todo lo que para nosotros es sólo "parte". Queda dicho que no concebimos al "derecho positivo" como separado del "derecho natural".[3]

2. Los hombres actúan mediante *conductas*, que son *jurídicas* en sentido "1", esto es amplio, cuando reúnen ciertas notas.[4]

3. Es una constatación antropológica o psicológica elemental la que nos lleva a hablar de las *facultades* en virtud de las cuales se realizan tales conductas.[5]

4. Ahora bien, así como la conducta adquiere juridicidad en sentido "2" por la conformidad con la norma, así también esos poderes para realizar conductas lícitas (en sentido amplio) adquieren juridicidad en tal sen-

---

[2] El uso de la palabra "existencia" no prejuzga sobre el tipo de existencia de los poderes jurídicos (PPJJ). Queremos referirnos a *si hay PPJJ*, simplemente.

[3] Hemos defendido en otro trabajo, *"Sobre si hay derecho natural"*, *La Ley*, Buenos Aires, 7 y 8 de mayo de 1986, que el derecho es uno, parte natural, parte positivo.

[4] A nuestro criterio, la más completa enunciación de esas notas estaría en SOAJE RAMOS, *"El concepto de derecho, 2ª parte: Examen de cada una de las acepciones principales de la palabra "derecho", cuaderno nro. 3: la conducta jurídica"*, Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires, 1976: la conducta jurídica debida es: 1) conducta; 2) humana; 3) referida a otro; 4) exterior; 5) objetiva; 6) obligatoria; 7) relativamente coercible. Aunque su autor no la presenta aún como exhaustiva. En otro trabajo del autor citado, *"El concepto de derecho, 2ª parte: Examen de algunos términos pertinentes"*, Inst. Fil. Práct., Buenos Aires, 1976, se distingue "jurídico 1", como opuesto a "ajurídico" (que abarca al delito) y "jurídico 2", como opuesto a "antijurídico", que excluye al delito, e indica conformidad con las normas y valores jurídicos.

[5] Nos remitimos a LACHANCE, *"El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás"*, trad. Cuevilla, Buenos Aires, 1953, cap. 13: "La facultad moral' del sujeto del derecho", pp. 313/327, y *"El derecho y los derechos del hombre"*, trad. Pérez Luño, Rialp, Madrid, 1979, cap. IX: "La persona, 'término' de la relación jurídica", pp. 180/193. Y a FABRO, *"Curso de Metafísica"*, trad. Aguer y otros, ed. Fac. Teol. Pontificia U.C.A. y Librería del CRS, Buenos Aires, s/f, p. 77 y ss. En efecto, si se actúa es porque hay un cierto poder para actuar. Cuando dicho poder no se ejercita, no por ello no existe. Así como el arquitecto dormido (no ejerce su hábito de diseñar viviendas, por ejemplo) no deja de tener la facultad de realizarlas. El campo jurídico no se agota en las normas, conductas, signos, cosas. Están también los poderes.

tido por las *conductas* que constituyen su objeto. Son *poderes-para* conductas *jurídicas*. Y conductas jurídicas debidas o bien facultativas. *Dichos poderes son los llamados "poderes jurídicos"*. La ciencia debe tomar nota de este dato, que resulta innegable.

Tenemos, entonces, que *hay poderes jurídicos*, o sea, los DDSS dinámicos.

III. *Confirmación con la argumentación de dos autores*

1. *Kalinowski*

Con simplicidad filosófica muestra *Kalinowski* la existencia de los poderes jurídicos, también en contacto con la experiencia pero a partir de las *normas* jurídicas. Sintetizamos su valioso aporte: es un hecho la existencia de normas jurídicas permisivas. Ellas establecen que el sujeto *puede*, o le es permitido. Esto equivale a decir, tanto según el hombre de la calle como según el jurista, que *tiene el derecho* de realizar una cierta conducta. Esto es verdadero referido a todas las normas permisivas. Y, si la existencia de las normas permisivas es un hecho, también lo es la existencia de derechos subjetivos. La ciencia y la filosofía no pueden negar este hecho. Nos parece válida esta argumentación de Kalinowski, con la salvedad de que, conforme a nuestra posición que considera analogado principa la la CJD (ver *"Aproximación"*, nº IV), preferimos partir de las *conductas*. En nuestra mostración del capítulo anterior hemos tomado ejemplo en esta argumentación de Kalinowski.[6]

2. *Dabin*

La defensa científica de la existencia del DS ha sido enriquecida por *Dabin*, quien hablando del DS en general argumenta así: [7] *Dentro del marco del derecho objetivo ("DO")*: 1. Antes de la creación de la norma de "DO" hay un "DS de creación" de la norma, pues las normas de competencia "están calladas" en cuanto al contenido y a la oportunidad de las restantes normas (pp. 27/29); 2. luego de la promulgación del "DO" hay, además del "DO", un DS a la legalidad; "el sujeto es admitido a disponer de la norma como de su propio bien" (pp. 29/30); 3. se dice que la propiedad "es la cosa", pero la tiene el propietario y no otro; no es lo mismo el titular que el usurpador, y aquél y no éste tiene atribución de las 'vías de derecho', consecuencia del DS (pp. 31/2); 4. Contra *Duguit*, para quien la juridicidad de ciertos actos se adquiere sólo ante el impedimento

---

6 KALINOWSKI, G., *"Logique et Philosophie du droit subjectif"*, en *"Archives de Ph. du Droit"*, t. IX, *"Le DS en question"*, Paris, 1964, pp. 37/43. Los pasajes centrales de su argumentación son éstos: "Le fait qui nous servira de point de départ, c'est l'existence des normes (règles) permissives... les expressions '... peu accomplir...' ou 'est permis' sont des synonymes de l'expression '...a droit d'acomplir'... s'il en est ainsi, les normes permissives confèrent des droits subjectifs. Si l'existence de ces normes est un fait, l'existence des DDSS en est un aussi. Ce fait exige de la parte de la science et de la philosophie du droit le même respect que n'importe quel autre fait de n'importe quelle branche de la science ou de la philosophie..." En la segunda parte de su trabajo se ocupa brevemente del "fundamento metafísico del DS" (pp. 40/43). Ni nuestra argumentación, ni pensamos, la de *Kalinowski*, ignoran que hay PPJJ de ejercicio obligatorio.

7 JEAN DABIN, *"El derecho subjetivo"*, trad. Osset, Rev. Der. Priv., Madrid, 1955.

por un tercero, la libertad jurídica no supone la ausencia de derecho sino al contrario, hay una libertad de acción del sujeto como derecho. Si el individuo está protegido por la norma, ¿por qué negarse a decir que tiene un DS? (pp. 34/5); 5. la vía de derecho se concede no a cualquiera sino al damnificado: sería desconocer la intención del legislador decir que ellas sólo tienen por finalidad la defensa de la regla violada (p. 35); 6. la misma observación se repite respecto de los actos jurídicos, con los cuales las partes se proponen producir efectos jurídicos (pp. 38/52); 7. en el caso del derecho de crédito de origen legal, v.gr., el derecho alimentario: si el obligado no paga no sólo viola la ley sino también un DS del acreedor (pp. 47/64). Consideramos válidas en general hasta aquí las argumentaciones de *Dabin.*

También considera al DS *"fuera del marco del 'DO'."* Mientras a la argumentación anterior la consideraba "técnica", a ésta la considera "filosófico social" (p. 47). Aquí, sin negar la socialidad del hombre, y admitiendo que no hay DS sin "la aparición de otros hombres" (p. 50) se preocupa por afirmar que "en el principio del DS y de la personalidad", está "el principio del DS" (p. 51). Allí desarrollará una distinción entre DS "moral" y DS "jurídico", ambos fundados en dos tipos de normas ("DO"), "norma de justicia" y "norma de derecho" (pp. 61/2), distinción que no compartimos y a la que nos referiremos más adelante (ver infra X), lo mismo que a otros aspectos de su pensamiento.

IV. *Alcance de los resultados obtenidos*

En nuestra argumentación evidenciamos que hay PPJJ o DDSS dinámicos. Nada hemos dicho de los *estáticos.* Nos parece que lo mismo sucede con la mostración de *Kalinowski,* porque habla con acierto de la relación entre un "sujeto de acción" y una acción.[8]

Surge de lo expuesto que en nuestra mostración, lo mismo que en *Kalinowski y Dabin, no se supone necesariamente la admisión del "derecho natural".* No es una argumentación "jusnaturalista" ni "parajusnaturalista". Para admitir nuestra constatación basta en efecto una visión desprejuiciada de la realidad jurídica tal cual se presenta a la experiencia más elemental y cualquier juspositivista puede, en principio, admitirla.

Nos hemos limitado aquí a mostrar la *existencia* del PJ, sin prejuzgar sobre sus *fundamentos antropológicos y metafísicos.* A ellos aluden *Kalinowski* y *Dabin* en sus trabajos citados, este último al hablar de la existencia del DS "fuera del marco del 'DO'."

La constatación realizada, como tal, *no supone* (ni tampoco niega, en rigor) *la adscripción a una posición individualista.* Hemos dicho que *existe* el PJ, sin afirmar que él sea la realidad correspondiente a la principal acepción de derecho. Es cierto, a la vez, que en *"Aproximación"* hemos señalado cuál es la "cosa" (la CJ) a que responde a nuestro criterio la principal acepción. Ni aquélla supo-

[8] No sabemos si *Kalinowski* suscribiría la distinción "estático-dinámico".

ne tampoco el olvido ni el ensombrecimiento de nociones como la de obligación. Tampoco implica que el PJ sea sólo del *hombre individual*, o que se conciba en exclusivo "beneficio *egoísta*", o que siempre sea de *ejercicio facultativo*.

La mostración realizada implica, sin embargo, tomar partido por una cierta *constitutiva dependencia del DS respecto de la norma jurídica* (natural y/o positiva).

En definitiva, sea lo que sea de las posturas negatorias o de los problemas históricos, y dejando de lado por ahora las cuestiones de nombre y de concepción del PJ, aun a quienes quieren negar la existencia del DS ("dinámico") se les impone la necesidad de utilizar una palabra (DS, PJ, o la que sea) para designar "algo" que es un elemento insoslayable del campo jurídico. Y esta necesidad idiomática parece *indicio* de la necesidad de afirmar la existencia de ese "algo", sin implicar la concepción liberal del DS.

V. *Excursus sobre la posible inclusión del PJ en las categorías aristotélicas*

Aunque el estudio de este punto debe ser abordado en otra parte y con más detenimiento, a esta altura de nuestros trabajos nos vemos inclinados a ubicar al *PJ* principalmente en la categoría de *"cualidad"* bajo el subpredicamento *"potencia"*.

Para entender esta ubicación es necesario recordar lo expuesto en *"Aproximación"*, X y XIV, sobre la noción de poder y sobre la no reducción del PJ a relación.

A este respecto cabe recordar que *Aristóteles* consideró las categorías pensando en la sustancia material, sin tener en cuenta, al menos explícitamente, realidades espirituales como las que hacen globalmente al derecho;[9] y también la posibilidad de pertenencia de algo a más de una categoría, según enseñaba expresamente el Filósofo.[10]

Hemos aludido a la especie de cualidad llamada "potencia": "todo lo que es denominado en vista de la potencia o de la impotencia", enseñaba el Estagirita; "se trata del poder activo de la sustancia, es decir, del principio inmediato de las operaciones.[11] Pero ese poder, para ser jurídico, es un poder-para-conductas a su vez cualificadas por las normas: conformes con las normas jurídicas.

En nuestra posición —no se nos escapa— registramos una coincidencia por lo menos nominal con *Grocio*.[12]

---

9 Agradecemos la observación del Dr. SOAJE sobre este punto.

10 ARISTÓTELES, *"Categorías"*, VIII, 33.

11 ARISTÓTELES, *"Categorías"*, VIII, 7. Cfr. GONZÁLEZ ALVAREZ, ANGEL, *"Tratado de Metafísica-ontología"*, Gredos, Gredos, Madrid, 1961, p. 33.

12 GROCIO define al DS como "cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo justamente". Sería su segunda acepción, pues la primera que da es la de D. como "lo justo". (*"Del Derecho a la guerra y de la paz"*, trad. Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, t. I, pp. 47 y 48). Es importante cómo para este autor no es el DS la principal acepción de "D.", sino "lo justo".

VI. *El DS "estático"*

Sea el caso del llamado "Derecho a la vida". O, con expresión que parece más precisa *(Soaje Ramos)*: "DS al respeto a la vida". ¿Hay o no tal DS, entendido como el derecho del inocente (titular) a ser respetado en su vida (actos de omisión) por los demás hombres?

Una de las constataciones primordiales de la experiencia jurídica nos lleva a la respuesta afirmativa: debe respetarse la vida del inocente.

Pero adviértase que *no existe aquí un verdadero poder*, como sí existe en el caso del DS de contratar, o de contraer matrimonio, o de legítima defensa, aun referido a la defensa de la vida. No hay esa relación que señala *Kalinowski* entre un "sujeto de acción" y una "acción". Pues tenemos, precisamente, una situación "estática". Los verdaderos poderes que existirán en relación a la vida serían otros, distintos del mero "DS al respeto a la vida" (V.gr.: accionar en legítima defensa). En los DDSS estáticos sí habría quizá cierta equiparación entre DS y "situación".[13]

"Eso", que existe, ¿cómo qué existe? No es un verdadero PJ. No se trata sólo de la obligación y de la conducta de los obligados. En el que llamaremos "acreedor" hay por de pronto un *título*. Ahora bien, ¿hay *algo más* que un título? ¿Hay "derecho" entendido *como algo real distinto* de la obligación del otro y del título? ¿O es sólo la obligación del otro pero mirada desde el lado del titular?

Queremos insistir en el carácter estrictamente *teorético* del problema propuesto, pues no se trata de negar en la realidad práctica "eso que se llama DS al respeto a la vida". Esta aclaración puede resultar necesaria ante la *mítica inflación ideológica* que existe sobre el DS.[14]

Pensamos que, en rigor, no hay en ellos algo real distinto del título o de la obligación del otro.[15] Y si son diversas nociones superpuestas que designan una misma realidad no parece científico admitirlas.[16] No obstante el uso generalizado hace difícil evitar hablar de "DS". Pero esto a condición de no hacer, por ejemplo, del DS la causa o la razón de la obligación del otro. Ni definir la justicia como dar a cada uno su derecho, en vez de "lo suyo". "Lo suyo" no es su DS. (Ver infra XI, 15).

Sería también un error reemplazar la noción misma de *obligación* por la del *título* del sujeto o por la del DS. Algo de esto habría en el *P. Taparelli* cuando, definiendo el derecho (subjetivo) como "un irrefragable poder según razón".

---

13 V. ROUBIER, *"Droits subjetifs et situations juridiques"*, Dalloz, Paris, 1963; CASTÁN TOBEÑAS, *"Situaciones jurídicas subjetivas"*, Reus, Madrid, 1963; GIUSEPPE SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive"*, Giuffre, Milano, 1944; W. WENGLER, *"La situation des droits"*, Sirey, Paris, 1957.

14 Tomamos de VILLEY, el término "inflación" aplicado al DS.

15 El *título* ¿es distinto de la *relación* que hay en el DS estático? He aquí la cuestión.

16 Como recordábamos en *"Aproximación"*, XII, 2.c., en esta misma posición estaría *Recaséns*, al verlos como mero reverso de un deber jurídico de los demás. Hay que tener en cuenta esta opinión de FERRER ARELLANO: "Siendo necesaria una posible actividad del titular para que quepa hacer una calificación valorativa de licitud, no parece infundada la opinión de Barbero según la cual el crédito no es propiamente un DS". (*"Filosofía de las relaciones jurídicas"*, Rialp, Madrid, 1963), p. 371.

explica el término "irrefragable" como indicando "la fuerza que él tiene de vincular las voluntades de los demás". Esa "vinculación" o mejor ese vínculo es, a nuestro criterio, la obligación; causa de dicha obligación es la norma jurídica, que tiene, sí, "fuerza obligante". Pero el DS como tal no es la obligación ni es la norma jurídica, ni es el título jurídico.[17]

VII. *D. "jurídico" y "Derecho"*

1. La respuesta a la pregunta sobre si el PJ es *"jurídico"* es obvia a la luz de lo expuesto *supra* (II.4) y está implícita en la denominación usada (PJ). Además, los juristas, los iusfilósofos, los jueces y los abogados se ocupan de "lo jurídico"; y son precisamente ellos, y no los sicólogos, ni los músicos ni los botánicos, los que estudian los PPJJ o los DDSS.

2. Ahora bien, ¿son jurídicos como lo son los *delitos* o son jurídicos según "algo más"? No sólo forman parte del campo jurídico sino que, además, son poderes para *conductas lícitas,* no para conductas ilícitas. Son jurídicos en el llamado "sentido 2", explicado *supra,* nº 4. Vale decir que el PJ no puede concebirse como un poder indiferenciado respecto de actos lícitos o ilícitos, ni como algo ya constituido con independencia de si se ha de ejercer en un sentido o en otro. Está constitutivamente determinado por las conductas lícitas. Si tales conductas no son lícitas no habrá PJ. (De ahí el contrasentido que hay en hablar de "abuso del derecho").[18]

3. Pero "jurídico" es el poder, es la norma, lo son los signos, las conductas, etc. De ahí que se suscite aquí la cuestión de si el PJ es la principal realidad jurídica ("analogado principal") o si lo es secundariamente.

La juridicidad, enseña *Soaje* y nos parece verdadero, se da principalmente en la vida jurídica y la vida jurídica se da primero en las *conductas jurídicas,* como la salud en el viviente sano. Sólo *después,* análogamente, se da la juridicidad en el PJ y en el DS estático. Y se da en él *por la relación que tiene con las conductas jurídicas (CCJJ).* Porque la relación que ante todo aparece en el PJ es la que hay entre el sujeto de acción y la acción, como lo recordamos *supra* con cita de *Kalinowski.* Tal relación es tan inmediata que cuesta admitir cómo se pueda negar su juridicidad, o que históricamente ella no se haya visto.

4. Así como el PJ es jurídico por relación a las conductas que son su objeto, también debe afirmarse lo mismo de la nota de "alteridad" propia de lo jurídico. El PJ es para conductas que por ser jurídicas registran ciertas notas, entre ellas la citada, puesta de relieve por *Aristóteles* frente a *Platón.* No hay PJ que no registre alteridad, es decir, relación a otro sujeto jurídico, pero su alteridad es tal por mediación de la conducta jurídica que sí está inmediatamente referida a otro. Y siempre a otro "otro": la comunidad política. (Ver *infra* caps. XIV/XVI).

---

[17] *"Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto". La Civiltà Cattolica,* Roma, 1949, prs. 350 y 665. Dice bien FERRER ARELLANO: "El mandato y la exigencia *son de la esencia de la norma, pero en modo alguno del DS.* De lo contrario, incurriríamos en una inútil e inadmisible *repetición* de la norma. (*"Filosofía"*, cit. n. 16, p. 370).

[18] Ver infra caps. XIV/XVI.

5. Parecido camino al recorrido con "jurídico" cabe se haga con "derecho" respecto del PJ. El analogado principal de "D" es la CJ y dentro de ella la CJD (debida), como hemos explicado en *"Aproximación"*, IV.

Nos parece que hay que afirmar que la NJ es "D" por analogía, debido a la relación de causalidad que tiene con la CJ y que el PJ es "D" también por analogía, en virtud de la relación de potencia a acto que tiene con la CJ ("analogado principal de "D"). Además, está el uso lingüístico del que, por una parte, difícilmente se puede prescindir, y el que por la otra, al haberse impuesto a los hombres, parece constituir un signo de la existencia de aquella analogía.

6. En conclusión nos parece que a la luz de lo expuesto puede decirse del DS dinámico que es "jurídico" y es "derecho" "análogamente".

VIII. *Los nombres*

Corresponde hacer una breve consideración de los nombres con que se suele designar al DS.

1. *"Prerrogativa"*

Una de dichas palabras es "prerrogativa", sustantivo femenino que significa "privilegio, gracia o exención que se concede a uno para que goce de ella, aneja regularmente a una dignidad, empleo a cargo". En sentido figurado es "atributo de excelencia o dignidad muy honrosa en cosa inmaterial". También significa "facultad importante de algunos de los poderes supremos del Estado".[19]

Es muy semejante el significado de la palabra latina "praerogativa". Indica además "el voto de la tribu que votaba primero"; "preferencia"; "nombramiento, elección anterior". Parece provenir de "praerogo", verbo activo: "preguntar antes, anticipadamente, el primero", que se enlaza con el significado anterior de primer voto. A su vez "rogatio"; además de "ruego" y "súplica", significaba la "ley propuesta al pueblo".[20]

Fundado como está el PJ en definitiva al menos,[21] en la naturaleza del hombre, habiendo una única naturaleza humana habrá por lo menos algunos PPJJ comunes a todos los hombres.[22] Por ello, la palabra prerrogativa no serviría para designar siempre al DS, pues tiene un *sentido más restringido*, ligado a *exención* o a privilegio. (Esto vale sea para el PJ, sea para el DS estático).

---

19 *Diccionario Enciclopédico Espasa,* voz "prerrogativa".

20 *Diccionario de la Lengua Latina,* Macchi, 3ª ed., Soc. Ed. Internac., Buenos Aires, 1948, voz respectiva.

21 Decimos así porque el fundamento inmediato puede estar en la norma jurídica *positiva.*

22 Los autores iusnaturalistas que, criticando el excesivo abstractismo de la concepción que anima la "declaración de los derechos del hombre" de la Revolución Francesa, se oponen a la admisión de ciertos DDSS para todos los hombres, tienen esta aporía a solucionar: ¿cómo conciliar dicha crítica con tal iusnaturalismo? Se trata de si la crítica que hacen al iusnaturalismo racionalista no alcanza también, aunque no se lo propongan, al iusnaturalismo "de raíz aristotélica", al negar *toda* enunciación más o menos universal de DDSS. Ver infra XV.8.

2. *"Facultad"*

En el orden *psicológico* el PJ (o sea el DSS dinámico) es una cierta "facultad". Pero ya hemos visto que no se reduce a ser facultad psicológica, pues es una facultad referida a conductas *cualificadas por las NNJJ.*

Ahora bien, dicho PJ puede ser de ejercicio *facultativo:* v.gr., tengo en principio el DS de pasear caminando por la calle. Pero también tengo el DS de educar a mis hijos, y esto es obligatorio. No hay ninguna razón para restringir el DS al caso del ejercicio facultativo, como vimos en *"Aproximación"* VI.3.2., ni al caso de beneficios gratos al titular, ver *"Aproximación"*, VII,4.[23]

De modo que, en cuanto al PJ, si bien psicológicamente es una facultad, tal nombre podría inducir la reducción al ejercicio facultativo, y en ese sentido no sería el más adecuado. Y en cuanto al DS estático, no hay propiamente una "facultad" psicológica.

3. *"Potestad"*

Aquí sucede algo semejante a lo verificado con "facultad", en cuanto desde el punto de vista *psicológico* quizás podrían coincidir. Pero, de nuevo, el DS no es sólo su dimensión o aspecto "físico" o "psicológico". Usamos normalmente la expresión "potestad" para el caso de la "patria potestad" o de la "potestad jurisdiccional". Se usa también la expresión "potestad marital", pero no "potestad de la esposa" o algo equivalente;[24] precisamente quienes defienden una igualdad absoluta entre el hombre y la mujer se resisten a hablar de aquella potestad marital, ¿por qué? Pues porque la palabra "potestad" se utiliza para indicar una *subordinación* hacia el titular del DS que tiene la potestad.

Vale decir que si las potestades son o implican un PJ, no todo PJ es una potestad; esta última es más restringida y no se puede tomar como sinónimo. El PJ funcionaría como el género y la potestad como la especie.[25]

---

[23] Es muy común esta reducción del DS. CATHREIN, por ejemplo, define al DS como "la facultad de poseer o de exigir algo como suyo, y disponer de ello para su propia utilidad, con exclusión de los demás". Más adelante dice: "...podemos, o nos es lícito, hacer o dejar de hacer alguna cosa". No sólo en esto hay una cierta concesión al individualismo: también al ver en el DS que corresponde a la justicia conmutativa "el derecho en el sentido más perfecto". (*"Fil. del derecho"*, 5ª ed., trad. Jardón y Barja, pp. 62 y 65). La misma posición, que desvaloriza la justicia legal o del bien común, se advierte en URDÁNOZ, en *"Introducción al Tratado de la justicia"*, Suma Teológica de Santo Tomás, ed. BAC, t. VIII, BAC, Madrid, 1966, p. 200. Incluso reduce el D. al DS como el "derecho formal y propiamente dicho" (p. 202).

[24] Aunque es de destacar que *Santo Tomás*, habla de la potestad de ambos cónyuges recíprocamente en orden al débito conyugal (Supl., q. 64, a. 1, sed contra) y en el c., potestad de la mujer sobre el marido. Una noción complementaria de la subordinación, para caracterizar a la potestad, estaría en que cuando hay *potestad* habría PJ de exigir al obligado un número indeterminado de prestaciones, no determinados en el caso, por ejemplo, del derecho de crédito. La potestad, entonces, además de la nota de la subordinación, constituiría un "haz" de PPJJ.

[25] Cfr. SOAJE RAMOS, *"El concepto de derecho - El título jurídico"*, Infip, Buenos Aires, 1977, p. 13.

4. *"PJ" y "DS"*

Nos queda registrar las palabras que más hemos usado a lo largo de este trabajo. Ya hemos indicado que PJ designaría el DS "dinámico". "DS" indicaría *también* los casos de DD "estáticos". En el objeto del poder está una actividad; la situación pasiva podría ser indicada como "DS" pero no como "poder". Nos parece también que en el caso de los DDSS estáticos puede, por lo que dijimos *supra* hablarse de una (mera) "situación". Pero cuando hay un verdadero "poder" la palabra "situación" resulta muy pobre.

IX. *Las clásicas doctrinas de la voluntad y del interés*

Nos parece que la trayectoria recorrida nos coloca ahora en condiciones de examinar más de cerca qué sea el DS. Para ello no estará mal que, en primer lugar, y siguiendo en esto lo que suele ser de rigor en el tema, nos ocupemos de registrar las clásicas doctrinas de la voluntad y del interés. Luego, haciendo honor al laborioso, orgánico y medular trabajo de *Dabin* sobre el tema, expondremos su doctrina propia sobre el DS. En el cap. XI formularemos reflexiones personales sobre las tres doctrinas mencionadas.

1. *Doctrina de la voluntad*

Vamos a seguir entonces la tradición exponiendo primero a *Windscheid*.[26]

La "*tarea* del derecho privado" —sostiene este jurista— es sólo la de "trazar los límites de los campos de voluntad de los individuos que viven en común", de definir la medida en que "la voluntad de cada individuo debe ser decisiva para los individuos con los cuales él se enfrenta". A esto lo logra mediante ciertos tipos de normas (p. 217). *Define* al DS como facultad, o como *"un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico"* (p. 222) y condicionado y limitado por éste. Subdivide al DS en dos especies:

a. *"Derecho de realización" de mandatos:* el derecho "a una cierta conducta, acción u omisión"; la regla objetiva ("Rechtsordnung") a base de un hecho concreto, "emitió un mandato de observar una conducta" y "ha puesto ese mandato a disposición de aquél en cuyo beneficio ha sido emitido". Es *facultativo* del titular ejercerlo. Es un caso en que "el orden jurídico se ha desprendido del mandato admitido por él en favor del titular, ha transformado su propio mandato en mandato de éste. El derecho ha devenido su derecho" (p. 220).

---

[26] Anotamos que *Windscheid* es, ante todo, un civilista, que trata estos temas solamente en función de la consideración del ordenamiento normativo jurídico positivo, sea romano, sea específicamente alemán, al cual cita en bundancia. Al comenzar su exposición del tema confiesa humildemente basarse en *Thöl*, citando otras fuentes, entre otras el famoso *Thon*. Hemos consultado principalmente la traducción de los capítulos 27, 37 y 37a del libro I, t. I, de *"Lehrbuch des Pandektenrechats"*, hecha de la 8ª ed. alemana por Jorge Marshall Silva en consulta con el Dr. Otto Erich Langfelder en el vol. *"La dogmática jurídica"*, ed. por la Bibl. del Inst. Arg. de Fil. Jca. y Social dirigida por el Dr. Cossio, Losada, Buenos Aires, 1946. Las citas que siguen son de dicha obra. Un estudio más exhaustivo del asunto exigirá la consulta de *Savigny* que también centra en la *voluntad* la esencia del DS.

b. Derecho de hacer existir mandatos: Se trata, no ya de realizar o ejecutar mandatos, sino que el facultado tiene voluntad decisoria para crear, suprimir o modificar DD de la otra especie. (Derecho de enajenar la propiedad, de ceder un crédito, desistir, etc.).

Windscheid rechaza que la *coacción* sea constitutiva del concepto de DS (p. 222); la diferencia entre ley jurídica y ley moral está en la alteridad de la primera, y en que en la ley moral sólo existe el deber, en cambio en "la ley jurídica el deber existe en virtud del derecho conferido"; la ley moral establece deberes, la jurídica confiere derechos (p. 227). (Primacía del DS).

Frente a las críticas recibidas sostiene que el *fin* no pertenece a la definición del DS; la sustancia de éste "no reside en el interés, sino en los enunciados establecidos por el orden jurídico para la protección de ese interés".

Haciéndose cargo de que el DS puede existir independientemente de toda voluntad real, o aun en cabeza de un incapaz o de quien no conoce que lo tiene, o de que no se lo hayan respetado, hizo el pandectista alemán sucesivas correcciones a su doctrina: primero trasladó la cuestión, de la "voluntad del *titular*" a "un *cierto contenido* de voluntad" (1ª edición), y luego —fue su posición definitiva, en la que sigue a *Thon,* al que por eso expresa su agradecimiento— a "la voluntad del orden jurídico"; si el orden jurídico declara decisiva la voluntad de una persona, es aquél y no ésta al que manda (p. 226). Rechaza, sin embargo, la posición de *Thon,* para quien el DS sólo nace ante el incumplimiento de los obligados.[27]

2. *Doctrina del interés*

Más elevadas son las miras e incluso las citas filosóficas que tiene la obra de *Ihering,* quien quiere distinguir el campo "del *jurisconsulto positivo*" que se

---

[27] *El pensamiento de A. Thon*: Uno de los extremos típicos en la conceptuación del DS es precisamente la posición de AUGUSTO THON, profesor en Rostock, en su *"Rechtnorm und Subjectives Recht"*, trad. it. A. Levi, Cedam, Padova, 1939 (hay 2ª ed., 1951). Quizás las dificultades de la captación de esa realidad tan especial que es el DS. y cierta reducción "judicialista" de lo jurídico fomentan esta posición. Bajo la expresión "DS" hay cuatro conceptos distintos pero sólo uno es DS: *"la expectativa de pretensión"* (p. 2), *que surge ante la ilicitud* (p. 24). Se funda en *Binding y Hegel* y cita a *Bierling.* En el cap. I trata de las *normas del derecho,* que reposa en el *sentimiento* de las sociedades. No admite un "DS de legítima defensa": lo habría si se obligara al agresor a soportarla (p. 25). En el cap. I se ocupa de la ilicitud inculpable. En el III de los derechos públicos y privados. En el Cap. IV trata de los derechos privados singulares. Coincide con *Ihering* salvo que el DS *"es el mismo medio de protección"* y no el interés (pp. 207/210). El cap. V trata de la pretensión al sujeto le es prometida una *pretensión privada,* de uso discrecional (p. 133) para realizar el fin perseguido por la norma, ante su transgresión (. 219). La pretensión es "la *fuerza* prestada por el ordenamiento jurídico de poner la condición preliminar para la entrada en vigor de los imperativos que imponen a determinados órganos estatales de ordenar la prestación de un remedio judicial" (p. 224). Es "asegurar un medio de *obligar a un medio estatal,* a la prestación de asistencia" (p. 228). A veces caracteriza al DS como "expectativa de pretensión" (p. 266). En el cap. VI se ocupa del goce de los bienes: "contra la doctrina dominante", éste no entra en el contenido del derecho (pp. 279/80) el goce no es ni DS ni ejercicio del DS (p. 282). El "D. de la personalidad" consiste en las prohibiciones que tienen por objeto la inviolabilidad de ciertos bienes personales (p. 292). En el cap. VII trata de la facultad y el negocio jurídico; aquélla no integra el contenido del D. (p. 325).

ocupa de describir y de dar "un indicio de la manifestación exterior del derecho", del campo de la *filosofía del derecho*, que nos da "la esencia íntima" de éste.[28]

Según enseña *Ihering*, *Kant* y su escuela "no se elevan", en su definición, "de la manifestación exterior del derecho", o sea de *la opresión*. Con *Hegel*, quien coloca la sustancia del derecho (de todo derecho) en la voluntad, la idea del derecho se ha convertido "en puro formalismo". La fórmula "más breve y precisa" de la esencia del "DO" se expresa diciendo que es "la voluntad general", lo cual "es suficiente para la exposición *dogmática*" y expresa el carácter positivo y real del Derecho, pero "le falta indicar el contenido de la voluntad" (p. 175).

"Los derechos no son el adorno, el objeto de la voluntad, sino su condición; no son el fin, aunque le sirven de medio" (p. 176). Si la voluntad fuese el objeto del derecho, no podrían tener derecho las personas sin voluntad; sin embargo, todas las legislaciones reconocen capacidad a los locos y a los niños (p. 177). Si el DS consistiese en la voluntad, el tutor sería el derechohabiente (p. 178). Advierte y critica Ihering los peligros de la teoría de la voluntad; cualquier convenio, según ésta, podría ser perfectamente válido (pp. 179 y 180). Pero "la filosofía sería impotente para comprender el mundo real", si sólo respondiéramos a aquella cuestión (cómo el loco o el niño tienen DD) diciendo: "pertenece a una disposición positiva" el reconocer DD a los incapaces (p. 177).

Para ubicar quién es el derechohabiente, hay que ver, según Ihering, no quién puede "pretender querer" (voluntad), sino "pretender aprovecharse" *(goce)*, (p. 178), aquél a quien la ley destina la *utilidad* del derecho; la misión del derecho no es otra que la de garantir esa utilidad, pues los derechos no están para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino "para garantir los *intereses* de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines"; su sustancia está en la utilidad, no en la voluntad, que sí es "el objeto y la fuerza motriz de los derechos" (p. 180).

Dos elementos constituyen el principio del derecho: 1) uno *sustancial:* utilidad, bien, valor, goce, interés, no reductibles a la dimensión económica (p. 181). Este elemento, objetivamente, represente un *valor;* respecto del individuo beneficiario, un *interés*. 2) Otro *formal*, que es medio: la protección del derecho, la acción de la justicia. "La cubierta protectora del derecho". La seguridad jurídica del goce. Los derechos son *"intereses jurídicamente protegidos"* (p. 181). Pero habría un tercer elemento: 3) "el derechohabiente tiene por sí mismo la misión de proteger su interés" (p. 190). Como la *persona jurídica* no es capaz de gozar pues no tiene intereses ni fines, no puede tener DS (p. 192).

Dejamos de lado la consideración de las llamadas "doctrinas mixtas" de voluntad e interés"[29] y pasamos a una importante construcción doctrinal sobre el DS, la del jurista belga *J. Dabin*.

---

[28] IHERING, en op. cit., n. 27 al final.

[29] DABIN, *"El DS"*, cit. nº 7, se ocupa en las pp. 90/100 de las "doctrinas mixtas". Algunas, con *Ihering*, insisten especialmente en el interés, el cual determina el titular, pero incorporando la voluntad como medio para realizar el interés. Así el primer *Jellinek*, *Michoud*, *Bekker* distinguen dos sujetos de derecho si el goce y la disposición están en distintas

X. *La doctrina de Dabin*

Es muy meritorio el trabajo de *Dabin:* uno de los pocos orgánicos sobre el DS. Tras dilucidar la cuestión de la existencia del mismo y exponer y criticar las doctrinas de la voluntad, del interés y mixtas (reduce su consideración a los "dogmáticos" del derecho a partir del siglo XIX), concede 30 páginas a una laboriosa justificación de la propia definición,que finaliza en estos términos:

> "Es la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo, y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el derecho objetivo. Pero dentro de estos límites el titular del derecho subjetivo tiene el pleno dominio de su bien".[30]

Justifica la definición en cuatro densos parágrafos, que sintetizaremos:

1. *El aspecto de pertenencia:* Es el "primer paso" del concepto de DS: hay una "relación de pertenencia (y no de adecuación) entre el sujeto y una cosa" (p. 100), que hace de la cosa una propiedad del sujeto (p. 101), la "pertenencia de un interés" (p. 103). (Aspecto objetivo, atributo de la cosa, p. 109). *Ihering* vio bien al indicar este aspecto del *interés,* pero no al reducirlo al "interés de goce" (p. 101). El *goce* a veces está más acá (el usurpador goza de la cosa usurpada) o más allá del DS (el propietario gravado con una "carga" conserva el DS pero no el goce) (p. 102). Se comprende así, contra *Windscheid,* que no consista en la *voluntad* y así se resuelve que pueda tener derechos el incapaz, que no tiene representante y el que aún no conoce tener DD (p. 103). El derecho-habiente no es el que quiere, ni el qu sabe, ni el que goza, ni el que obra, ni el que sufre, sino "el que *tiene como suyo*" (p. 104). El DS consiste en un "habere" que puede recaer sobre: a) cosas exteriores; b) bienes o valores inherentes a la persona física o moral del sujeto (pertenencia directa); c) prestaciones de cualquier tipo (pertenencia indirecta pues la prestación llega al sujeto mediante la obligación del deudor, el cual [el deudor] no le pertenece), que constituyen una "deuda exigible" (p. 104). Puede recaer ese haber sobre oficios y funciones, y no sólo sobre beneficios (p. 105). Todos los DDS implican en cierto modo *propiedad* (p. 106). Esta pertenencia se funda siempre "sobre el DO", "en nuestro caso la regla jurídica positiva", que a veces se limita a comprobar y consagrar una pertenencia que es obra de la naturaleza, y otras es obra más o menos artificial de la voluntad humana, sea de los particulares, sea del legislador (p. 107). La "lista" de bienes y valores susceptibles de pertenencia registra gran movilidad (p. 107).

---

personas; *Hölder* y *Binder* reservan la titularidad al sujeto de la disposición. El "avance" del elemento-voluntad (en relación, por ejemplo, a *Ihering*) pasa a hacerla a ésta determinante en el segundo *Jellinek*: heredero de *Ihering* pero ya más cerca de *Windscheid* (p. 93), y en el civilista italiano *Ferrara* (p. 93). Terciando en la polémica *Michoud-Ferrara, Saleilles* dirá: ni voluntad, ni interés: *el DS es poder* (p. 96). *Dabin* piensa, en definitiva, que todas las teorías mixtas se parecen, y aun se parecen entre sí las de *Windscheid* y *Ihering*, y concluye que, habiendo rechazado que el DS sea interés o voluntad, una vía mixta entre ambos no puede dar una explicación feliz (p. 100).

[30] DABIN, *"El DS"*, p. 130.

2. *El aspecto de dominio:* Es el segundo aspecto, puesto de relieve por *Saleilles:* poder o más bien dominio (p. 108). Como la cosa pertenece al sujeto, éste tiene poder sobre ésta, es su dueño. El riesgo de definir al DS sólo como "facultad", "poder", "dominio", sin afirmar la pertenencia, estaría en confundir el poder con el ejercicio del derecho, o en la aparición de un sujeto de dominio diferente del sujeto de pertenencia, lo que sucedería con *Hölder y Binder* (p. 109): con la consecuencia de que cuando no hay ese poder activo, esa voluntad, como en el caso del pupilo, el sujeto del DS sería el tutor (ib.). Significa "poder de libre disposición de la cosa", acentuando más "poder" que "disposición": ésta es lo opuesto de ejercicio: el autor ejerce los derechos del menor, pero no dispone. El propietario (propiedad de las cosas corporales) tiene "la libertad de hacer de la cosa, en principio, lo que quiera" (p. 111). "En este sentido, derivado por otra parte, el DS se confunde con la *libertad:* es la autonomía del sujeto en la disposición de la cosa que le pertenece", con el corolario de la inmunidad e irresponsabilidad (p. 112). Es "facultad de obrar en dueño" (ib.). Las modalidades de la libre disposición varían según el objeto (p. 113). "El poder de dominio es independiente del ejercicio actual del dominio"; el sujeto de la pertenencia sigue siendo tal aun cuando se viere imposibilitado de ejercer el dominio (caso del "infans", p. 114). La voluntad, entonces, no es elemento esencial en el DS aunque es principio de su dinamismo y de su eficacia (p. 116).

3. *Alteridad (inviolabilidad y exigibilidad).* Analizado el punto de vista interno, pasa al *externo:* la relación del sujeto frente a otros, alteridad o intersubjetividad, que tiene por "base" y por "materia" la relación de pertenencia con el consecutivo dominio (p. 117). Las doctrinas de la voluntad o del interés no subrayan suficientemente este aspecto externo (ib.). La *inviolabilidad* señala que no hay DS sin la obligación correspondiente del respeto de ese DS; la *exigibilidad,* consecuencia del derecho, que existe antes que ella, y que "entra en línea" cuando la inviolabilidad sufre "un choque", es la facultad de exigir ese respeto (p. 119).

4. *El elemento de protección jurídica y el derecho de acción:* Distingue el "plano *moral*" en que hay "derecho completo" con la sola pertenencia- dominio, de la exigibilidad consecutiva, del "punto de vista del *derecho objetivo jurídico*" (regla en vigor del Estado, positivamente formulada"), en que la protección jurídica —comparte aquí la posición de *Ihering*— "se convierte en un elemento indispensable" (p. 121). "El mecanismo de la protección" se constituye "por las vías procesales que conducen ante un tribunal proclamará el derecho, y cuya decisión será puesta en ejecución eventualmente por órganos provistos de la fuerza coactiva" (p. 122). "La protección sigue al derecho; pero engendra un derecho nuevo, formalmente distinto del derecho protegido, que es el derecho, que es el derecho de acción (p. 125). El "derecho de acción" no se confunde con el ejercicio del derecho protegido.

XI. *Algunas observaciones a propósito de las tres doctrinas expuestas*

1. A través de lo expuesto a lo largo de este trabajo y en *"Aproximación"* I/V, se comprenderán nuestros reparos a *Windscheid* por la cierta *univocidad* que establece entre "DO" y DS (especificados por un contenido de voluntad) y la

principalía de la acepción de Derecho como *norma*. Tiene relevancia en este autor, por lo demás, una evidenciada concepción *voluntarista* de la norma, que no es del caso refutar aquí.[31]

2. Es evidente que cada una de las dos clásicas teorías (voluntad-interés) exhibe una "parte de verdad" en lo que expone y en lo que critica a la otra. Hay, en efecto, una apariencia inmediata de verdad en *Windscheid* en cuanto el DS se exhibiría en principio como "algo de la *voluntad*". Pero esto, si vale, vale sólo para los DDSS "dinámicos", esto es lo que venimos llamando *PPJJ*. Porque los DDSS "estáticos" no dicen de suyo relación a ningún poder de actuar, a ningún ejercicio.

Para los DDSS que quedan entonces sin adecuada explicación, *Ihering*, "prima facie", exhibe algo valedero: ¿qué hay en los DSS "estáticos" sino una cierta "situación", "un algo", que bien podría denominarse, con la mayor amplitud, un "interés"? Recuérdese al respecto cómo en el objeto del DS hemos registrado ("*Aproximación*", VI.3.4.) un valor o bien. Pero la expresión y el concepto de "interés jurídicamente protegido" resulta a su vez *demasiado vaga* para explicar los PPJJ. Si tengo un DS dinámico tengo más que un interés protegido: tengo un *poder*, potencia activa, etc. (Ver "*Aproximación*", X, XI).

3. Las dos modulaciones de *Windscheid* (primero "cierto contenido de voluntad", luego, "voluntad de la ley"), a nuestro criterio no salvan las objeciones sino que implican un oscurecimiento de lo que hemos considerado logro, si bien parcial, de su doctrina. Porque abren el campo a objeciones como ésta: aun bajo una visión voluntarista de la NJ, cabría distinguir entre la norma jurídica (un cierto contenido o producto de la voluntad del legislador, un mandato) y el PJ (un cierto poder de la voluntad). Pero, si el PJ queda reducido a la voluntad de la ley, pierde su especificidad. ¿En qué se distinguen, entonces, el PJ de la NJ? Toda respuesta "univocista", nos parece, y hemos tratado de mostrarlo ("*Aproximación*", III) no da cuenta fiel de los datos de la realidad.

Más aún, pareciera que en la última versión de la doctrina, no queda nada del DS fuera de la NJ, como lo vieron bien *Duguit* y *Kelsen*, aunque llevando "agua para su molino".[32]

Así las cosas los logros de ambas teorías, uno unilateral *(Windscheid)* y el otro vago para explicar bajo una sola especie el "DS" *(Ihsering), parecen abonar nuestra tesis de la distinción esencial entre los PPJJ y los DDSS "estáticos", por modo tal que no serían englobables bajo una única definición.*

4. La "parte de verdad" en el pensamiento del famoso pandectista alemán discípulo de *Thon* estaría en que los *PPJJ* dicen relación a un ejercicio mediante

---

31 Decir que la norma es ante todo "algo de la razón" (*Tomás de Aquino*, 1-2,90,1), antes que de la voluntad, supone concebir a esta última como una facultad motriz, no apta para regular, de suyo, los actos humanos.

32 "...cela ne revient —il pas à dire qu'alors on se trouve dans le pur domaine du DO et qu'il n'y a point de place pour un D. du sujet, qu'il y a seulement la conséquance de la décisión de la loi, un reflexe du DO" (Duguit, "*Traité de Droit Constitutionnel*", 2eme. ed., Paris, Fontemoing, 1921, p. 183). Kelsen, "*Teoría General del Estado*", trad. Legaz, Ed. Nacional, México, 1965 p. 77.

actos por parte de los hombres. Como la voluntad es facultad para la acción, o sea es motriz, pareciera que el *sujeto psicológico* de dichos poderes sea la voluntad.

Pero ha de advertirse que el ejercicio del PJ no exige la voluntad (la voluntad en el acto) al modo como se la exige para el llamado técnicamente "acto jurídico". En éste se establecen relaciones jurídicas, se crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan derechos (art. 944, Cód. Civil Argentino), no pudiendo producir por sí "obligación alguna" si no hubiere "discernimiento, intención y libertad" (art. 900, Cód. Civil Argentino), so pena de nulidad (arts. 1037 y ss. C.C.).

Un demente, por ejemplo, puede muy bien ejercitar su derecho de propiedad mediante actos materiales. ¿En qué siguen siendo, sus actos, actos de "la vountad"? [33]

García Máynez señala "el argumento de los derechos irrenunciables", DD que existen e intereses que son protegidos, aun contra la voluntad del titular; mas que el titular no ejercite voluntariamente su PJ no indica, si lo tiene, que no exista el PJ. No hay que confundir el PJ con su ejercicio.[34]

En definitiva, no serían de aplicación al ejercicio del DS las exigencias que en Moral, en Psicología y en Derecho Civil se estudian para que se dé el "acto voluntario".[35]

Nos basta afirmar, entonces, que los PPJJ son poderes *del hombre*, sin decir, para evitar los equívocos que pueden suscitarse con el uso de la palabra "voluntad", que el sujeto de dicho poder esté en la evoluntad. Y si se llega a hablar de que dentro del hombre el sujeto psíquico estricto de los PPJJ es la voluntad, eso se hará con las debidas aclaraciones que hemos hecho.[36]

5. De la aenta lectura de *Windscheid* surge que en las dos especies de DD que prevé en su clasificación, en rigor no están previstos los PPJJ de ejercicio mediante meros *actos materiales*. En efecto, la primera categoría refiere sólo al Derecho a conductas de los demás ("a una cierta conducta, acción u omisión, de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado"). En la segunda refiere al DS respecto de verdaderos "actos jurídicos" ("la voluntad del facultado es decisoria para el nacimiento de DD de la primera especie mencionada" o para "extinción o modificación" de DD).

---

33 Concordamos con DABIN, *"El DS"*, cit., p. 79.

34 GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *"Filosofía del Derecho"*, 3ª ed., Porrúa, México, 1980, p. 368. Ejemplifica con DDSS irrenunciables otorgados por la Constitución o la ley del Trabajo mexicanos.

35 V.gr., TOMÁS DE AQUINO, *"Tratado de los actos humanos"*, 1-2, qq. 6/21.

36 Dice DABIN que el DS no requiere, para existir, iniciativa alguna de la voluntad. (*"El DS"*, p. 77), pues existe antes de toda ejecución, apropiación, violación o intromisión. Esto vale como crítica contra *Windscheid* para los DDSS "estáticos". Pero, ¿vale para los PPJJ? Nos parece, con *Dabin*, que debe distinguirse entre el PJ y su ejercicio; mas, definiéndose el PJ por el ejercicio, si el ejercicio es acto de la voluntad el asiento o sujeto psicológico del PJ es la voluntad, y asentar el PJ en la voluntad no sería confundir PJ con ejercicio (reproche éste de *Dabin* a *Windscheid* en p. 81). Hay que distinguir la *potencia* (la *voluntad*) del *acto* (el *querer* de la voluntad).

Por tanto, mientras el titular en el primer caso no actúe en defensa de su Derecho, no ejercita Derecho alguna ni en rigor *Windscheid* prevé que exista Derecho alguno. (Sería incorrecto entonces atribuirle hacer de la voluntad el sujeto psíquico del DS en ese caso). Parece que tiene razón *Dabin* cuando le critica que confunde el DS con su ejercicio, o que lo hace nacer sólo ante la violación (del DS).[37]

6. Con respecto a la definición de *Ihering*, "supra" hemos indicado que resulta *"vaga"* para definir al DS, al menos en el caso del PJ. Hemos recordado que en el objeto del PJ hay un cierto valor. Y valor es, como hemos dicho, concepto muy próximo a "interés". Pero que haya en el *objeto* del PJ cierto valor no implica que el PJ sólo *sea* en sí valor; hay que evitar, de nuevo, la confusión del PJ con su objeto.

7. Aunque *Ihering* da una noción amplísima de "interés", la contraposición que hace del "querer" con el "gozar" o "aprovechar", inclinándose por esto último para caracterizar al DS, autorizará a criticarle que deja de lado, por lo menos, los DD que Dabin llama "funcionales". O sea, aquellos otorgados preferentemente *en interés* de otra persona; v. gr., la potestad política o la patria potestad. O sea que no siempre el DS está donde está el interés, si el interés se identifica con el goce.[38]

8. Las razones dadas en *"Aproximación"*, VI, 3.5. sobre la acción y la coacción deben recordarse aquí. Cabe preguntarse: ¿A cualquier interés al que se le dé protección jurídica puede llamársele "DS"? ¿Ciertos "intereses" del hombre no serán DDSS solamente porque se le niega la protección judicial? V. gr., la pretensión de realizar actos religiosos públicos en la URSS o en la Francia revolucionaria no constituiría un DS.[39] La posición de *Ihering* parece así incompatible con cualquier iusnaturalismo (que admita la juridicidad del derecho natural).

9. *Dabin* critica a *Ihering* así: si lo principal es el fin y la protección es sólo el medio, ¿cómo esta última cambia la especie de interés?[40]

10. El eminente romanista alemán (Ihering) concebía una contraposición entre el punto de vista del "jurista positivo", que sólo describiría la manifestación exterior del derecho, y el punto de vista del filósofo del derecho, que trata

---

[37] No aparece (ni en *Windscheid* ni en *Dabin*) la voluntad como *potencia*; "la voluntad" es siempre el acto voluntario. Que el PJ deba *distinguirse* de su ejercicio no significa (contra DABIN, *"El DS"*, pp. 79 y 80) que el PJ (DS "dinámico") no se *defina* por su ejercicio, como la potencia por el acto. Con lo que señalamos sobre *Dabin* se ve como más lógico que él explique entonces el DS sólo por la pertenencia-dominio.

[38] "El interés es prejurídico; la protección es postjurídica", sostiene DABIN, *"El DS"*, p. 88. En el docto autor belga late cierto "purismo" que recuerda las posiciones "relacionistas"; no distingue "derecho" de "jurídico", ni se preocupa por la analogía de ambos. Teniendo esto presente, se puede concordar con él, contra *Ihering:* si donde está el interés no siempre está el DS, no puede consistir éste en aquél. *Dabin* da el ejemplo de la propiedad gravada.

[39] No puede compartir esta crítica nuestra *Dabin:* "en el plano del derecho positivo, que es el nuestro, el DS depende fatalmente de la voluntad del Estado, dueño de la ley que crea los DDSS y los protege" (*"El DS"*, p. 84).

[40] DABIN, *"El DS"*, p. 87.

su esencia íntima. Insinúa que para el primero la definición "posibilidad de obligar garantido por la ley" puede ser suficiente; no así para el segundo. Nos parece que, como el filósofo del derecho y el jurista tratan la misma realidad, la misma "cosa", si bien con distintas perspectivas, no puede admitirse la validez de definiciones opuestas sobre ellas.[41]

11. *García Máynez* corrige bien a *Ihering:* porque si no basta que el interés sea políticamente o normativamente protegido, la definición debió ser "interés *judicialmente* protegido".[42]

12. En cuanto a *Dabin*, traigo ante todo a colación aquí lo expuesto "supra" sobre el uso del término *"prerrogativa"*, que él utiliza, y sobre el tema de la *coacción* y de la *acción*, en que defiende una posición divergente de la sostenida por nosotros. (Ver *"Aproximación"*, VI.3.5. y "supra" VIII.1 y X.4). No obstante, polemizando con *Ihering* dice: "...la protección sigue al derecho; pero engendra un *derecho nuevo*, formalmente distinto del derecho protegido, que es el *derecho de acción*".[43] Eso sí es correcto y no parece armonizarse con su defensa de la coacción como esencial al DS.

13. Respecto del uso del término "derecho objetivo": si admitimos como una nota característica de la CJ la objetividad, y si admitimos a ésta (la CJ) como principal acepción de "derecho", aquella expresión referida a la NJ o al ordenamiento normativo no resulta correcta.[44]

14. La palabra "derecho", sea entendida como CJ, sea como DS, implica para nosotros constitutivamente *"alteridad"*. Y el "derecho natural" (en cualquiera de sus acepciones), es verdaderamente "derecho", es desde luego "jurídico"; y no es solamente "moral". Por tanto, no sería legítimo hablar de DS "moral" como contradistinto de "jurídico", como hace *Dabin*.[45] Sí parece legítimo hablar de "poderes morales".

---

41 No nos parece adecuada la expresión "jurista positivo", porque induce a pensar que el jurista o el abogado o el legislador no consideran o no deben considerar el "derecho natural". Es una manera de hacerle perder, a éste, toda virtualidad. La "filosofía del derecho", a su vez, no se reduce al estudio del "derecho natural", como pretendemos demostrarlo con nuestro modo de desarrollarla; también es filosofía del "derecho positivo".

42 García Máynez, *"Filosofía del Derecho"*, cit. nº 34, p. 368. *Kelsen* en *"Teoría general del Estado"*, cit. nº 32, pp. 72/78, critica las doctrinas de la voluntad y del interés: ambas sitúan el DS en un momento *metajurídico* (voluntad, interés), en una instancia psíquica y no en el derecho como contenido autónomo. Pero la voluntad y el interés pueden ser jurídicos, o aun derecho, por analogía. Incluso el D. en su principal acepción, es *conducta*. Y no puede esto criticarse de ser "metajurídico". Kelsen presupone siempre, con una obstinación pareja a su habilidad dialéctica, que el derecho es norma. *Duguit*, en su tarea "destructiva", hace gran uso del arsenal kelseniano. (Cfr. *"Traité"*, cit., nº 32, pp. 183, 188 y passim).

43 Dabin, *"El DS"*, p. 125.

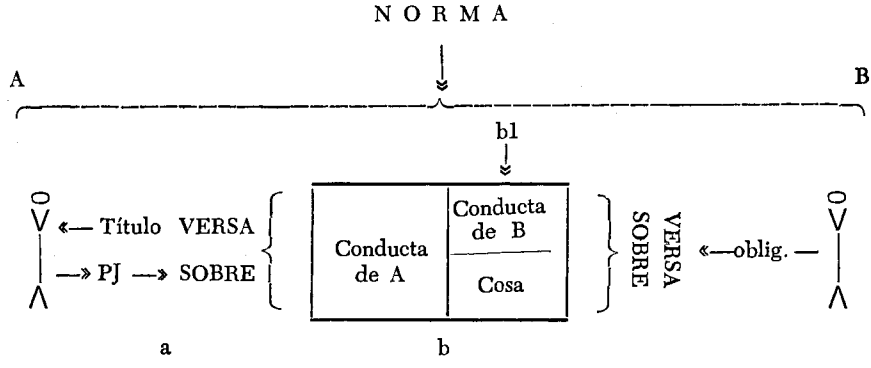
44 La *objetividad* de la CJD registra dos aspectos: a) con relación al título indica que ella está fundamentalmente determinada por el título del otro y no por las circunstancias personales del sujeto; b) con relación al agente indica que ella es tal (CJD), con independencia de la intención virtuoso o no del agente. Ver Soaje Ramos, *"La CJ. El Concepto de Derecho"*, Infip, Buenos Aires, p. 18. La CJF (facultativa) no registra esa adecuación al título del otro (a. y op. cits.), p. 46.

45 Dabin, *"El DS"*, pp. 121 ("DO jurídico") y passim.

15. En su explicación de la noción de *"pertenencia"*, Dabin llega a confundir el DS con "lo suyo" (p. 100; "el DS es, en primer término, lo suyo"). Lo que equivale a confundir el DS con su objeto.

Hay que evitar el equívoco que puede suscitar el hecho de que el DS sea de algún modo "tenido", que sea "mío", o que sea "suyo" de otro. Pero no es *"lo* suyo", o sea, el objeto de la obligación del otro. Estoy obligado a dar a cada uno lo suyo: lo que le pertenece; su DS *versa sobre* eso, pero *no es* eso. Si doy lo suyo a otro, v. gr., al obrero su salario, cumplo con la norma, cumplo la obligación, me adecuo a su título o, si se quiere, en sentido muy vago, no preciso, a su derecho. O respeto su derecho.[46] Pero una cosa es su Derecho y otra el objeto de ese DS.

Sea el DS de exigir el pago de una suma de dinero, y sea el siguiente gráfico, en el que "A" es el titular del DS; "B" el obligado; "a" es el PJ; "b" el objeto del PJ; "c" es la obligación y bl es "lo suyo" de A.



No debe confundirse "a" con "b"; ni obviamente con "bl". Se podría ampliar el gráfico incluyendo en "b" las conductas omisivas debidas de los terceros a esta relación jurídica (v. gr., deben abstenerse de perturbar la conducta de A exigiendo el pago).

16. Nos parece que la palabra "jurídico", en el sentido "2" explicado "supra" nº 4, o sea, indicando la conformidad con la norma, cumpliría en una eventual definición del PJ la función que en Dabin cumplen la palabra "pertenencia" y la siguiente expresión: "en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el DO". Se ganaría en simplicidad, lo que es siempre conveniente en materia de "definición".

17. El temor que *Dabin* expone respecto del término "poder", por la posible confusión entre el DS y el ejercicio del DS, no nos parece justificado, si se tiene en cuenta, aristotélicamente, que el poder es *para* actos pero *no es acto.* (Cfr. al respecto lo que hemos adelantado sobre la voluntad como potencia en Dabin en las notas nros. 36 y 37).

---

[46] Forma parte de la "inflación" del DS el considerar el ordenamiento normativo fundado en él; o definir la antijuridicidad con relación al DS. No parece lo mismo hablar de violación de la norma que de violación del DS; ni de afectación de mi patrimonio que de afectación de mi DS, etc.

18. La noción de "dominio", utilizada por Dabin en su definición, no parece adecuada para dar cabida en ella a los DDSS "estáticos": allí parece haber una pura acreencia, si se quiere una pura "pertenencia", en su lenguaje; pero nada que indique una potencia para un ejercicio, para un acto, para una actividad. Y, dentro de los PPJJ, tal noción de dominio, entendida reductivamente como "libertad", si ésta indica el "dominio del propio acto" puede resultar legítima; pero *no* si indica libertad-moral (o jurídica) *de elección*. Porque existiendo PPJJ para cumplir con obligaciones no hay libertad jurídica de elegir. Lo que sí sucede en la CJ facultativa.

19. Dabin habla de derechos *egoístas*.[47] Dicha palabra tiene, a nuestro criterio, un claro sentido *disvalioso*, que nos resistimos a concederle al DS, pues por definición es conforme a la norma o, mejor, es para actos conformes con la norma, jurídicamente valiosas, o "jurídicos", como hemos señalado. Porque el egoísmo implica desorden, o sea, no cumplimiento de la debida ordenación de la vida social, sino colocación de sí mismo como centro. Admitimos, sí, la existencia de DDSS de ejercicio *facultativo*, o sea, de facultades con respecto a conductas verdaderamente libres en el sentido de la libertad de elección, de las que en rigor no debe el hombre dar cuenta a otros hombres. Pero de acuerdo a lo expuesto no puede calificarse, nos parece, a estos DD, como de contenido "egoísta". Anticipando una tesis que desarrollaremos "supra" caps. XIV y XV, pensamos que, en cuanto se trasunte externamente y con relación a los demás una conducta que implique egoísmo o desorden social, ya entra en el campo jurídico siendo, en principio, susceptible de ser juzgada y reprimida por la autoridad. *Para aplicar esas conductas no hay DDSS.*

20. *"Un bien"*: La definición de *Dabin* incluye la noción de un bien" ("Disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece",... etc.). Debe tenerse presente lo expuesto en *"Aproximación"*, VI.3.4: objeto del DS puede ser en parte un mal, en el caso de la conducta jurídica represiva.

21. *Dabin* no ha tratado el tema de la naturaleza categorial del DS. Mientras la "pertenencia" induciría su encuadre en la relación, el "dominio" lo haría más bien en la cualidad. Habría aquí, de nuevo, un indicio de una distinción *fuerte* a hacer dentro de los llamados "DDSS".

22. Llama la atención en las tres doctrinas que acabamos de considerar, la *ausencia* del tema del *título*. (Dicha ausencia se da, también, en *todos* los autores que hemos citado, salvo en los que mencionaremos "infra" en el cap. siguiente). En nuestra investigación comenzamos pensando, con el criterio hoy más habitual, que *había DDSS*, como *algo real*, y que había una cierta *unidad real* que permitiría arribar a una *noción única*. ¿No hay, en efecto, algo común en el DS de demandar judicialmente o de legítima defensa, por una parte, y por otra en el DS el respeto a la vida o en el Derecho de crédito? Efectivamente, seguimos pensando que hay algo idéntico y real en ambos casos. Pero, ¿en qué consiste ese algo? Se trata del ser "beneficiario", de tener una *acreencia*; lo común en definitiva sería sólo que hay un *título*.

---

[47] DABIN, *"El DS"*, p. 271.

Pero, insistimos, en el primer caso hay verdaderos *poderes*, y en el segundo no. Entre los DDSS "dinámicos" y los DDSS "estáticos" no hay nada en común fuera del título. ¿Porqué entonces englobar bajo una misma especie —como lo hacen *Windscheid, Ihering y Dabin*— "cosas" tan distintas?

XII. *El título jurídico*

1. Las exigencias del desarrollo que vamos siguiendo nos obliga a enfrentarnos, pues, con el tema del título. Hay cierta "inflación" del DS, como hemos dicho, en las doctrinas al uso. Hablamos también del oscurecimiento, que se advierte en las mismas, de la noción de "título" o, agregamos ahora, del tema de la obligación. Tal inflación y tal oscurecimiento son aspectos que están evidentemente relacionado pues parace que si se "desborda" conceptualmente el DS no se deja lugar para los otros temas.

Parece que la noción de título se hace necesaria para explicar adecuadamente el campo jurídico y, concretamente, el DS. En efecto, tomemos una norma, por ejemplo, del Código Civil Argentino. El art. 1909 dispone que "el mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones..." Se establece allí, literalmente, una obligación. Pero la determinación de tal obligación y del correlativo DS no es allí completa. Falta algo: el mandatario está obligado *hacia el mandante*. No basta la mera *norma* para dar cuenta de la realidad jurídica total, ni para determinar el sujeto "pasivo" de la obligación, ni quién tiene el DS, y el objeto concreto de ese DS.

Hay entonces, además de la norma jurídica, algo que hace de *fundamento más inmediato* por el cual una conducta es jurídicamente debida respecto de alguien. En el caso citado como ejemplo, ese fundamento puede ser *el hecho* de que alguien haya dado mandato a otro; este hecho, realizado en forma, convierte a aquél en "mandante".[48]

Si anunciamos otra norma, por ejemplo la que diría "se debe obedecer a la autoridad", que sería una norma jurídica natural, se da una situación similar: no hay la debida explicación de la relación jurídica en concreto sólo con dicha norma: hace falta saber quién es en el caso la autoridad. La autoridad se concreta en una persona mediante el hecho de la designación, elección, sexo, filiación, etcétera.[49]

Es que la relación de justicia implica un cierto ajuste, una proporción, adecuación o "igualdad" del acto (justo) con respecto a otro. Pero no a ese otro en forma absoluta, sino *considerado* en su *título*. El ajuste, la proporción, se

---

[48] En el caso del ejemplo (mandato) habría un cúmulo de circunstancias que constituyen el título. El "hecho" del título que funda el DS al respeto a la vida es la *concepción* y el *ser persona*.

[49] La autoridad en el matrimonio la da el *sexo*. (La opinión actual de los "medios de comunicación" ataca la autoridad del marido. Lo mismo que la nueva ley argentina sobre patria potestad. *San Pablo*, como es sabido, no). Aludimos a la *filiación* para el caso de la transmisión *hereditaria* del poder político.

dicen entre el actor y "algo que hay en el otro". Ese "algo que hay en el otro" es el título.[50]

Esa misma adecuación, proporción o ajuste, debe darse no solamente en casos como el de la rendición de cuentas por el mandatario, en que hay un cierto valor (de signo positivo) en el sujeto destinatario de la conducta jurídica debida, sino también en el caso en que se da un disvalor: la CJD represiva del juez debe conmensurarse también a un título pues la pena que aplique estará, no solamente determinada por la norma jurídica sino también por los "merecimientos" del sujeto destinatario de la pena. Este deberá ser efectivamente destinatario de la pena si cometió un hecho delictivo, y la pena a sufrir deberá ser proporcionada a dicho hecho. Para distinguir ambos tipos de título, *Soaje* habla de "título de *demérito*".[51]

2. *Lachance* ha definido al título jurídico como "el término en función del cual el derecho ajusta el obrar exterior", o como "la razón precisa, objetiva, formal, en virtud de la que alguien es actualmente constituido beneficiario de un derecho", o como "el motivo de la igualdad, considerada, no desde el punto de vista del débito, sino del lado de la persona que con él se beneficia".[52] Y *Taparelli* lo definía como "la verdad que es base demostrativa del derecho".[53]

Tomás de Aquino consideraba el tema al ocuparse de la acepción de personas en relación a la justicia distributiva; no usa "título" sino "dignidad" o "causa". Sería "aquella propiedad de la persona por la cual algo le es debido".[54]

---

50 "...debe distinguirse el sujeto, del atributo que funda inmediatamente la relación de igualdad... El título jurídico es, precisamente, el *motivo* de la igualdad, considerada, no desde el punto de vista del débito, sino del lado de la persona que con él se beneficia" (LACHANCE, *"El Concepto"*, cit., n. 5, pp. 293/4).

51 SOAJE RAMOS, *"El título"*, p. 4. El título *de demérito* no funda un DS: el delincuente no tiene un DS a que le apliquen la pena.

52 LACHANCE, *"El concepto"*, cit., nº 5, p. 294.

53 L. TAPARELLI, *"Saggio"*, cit. n. 17, párr. 343: "Questa verità, base dimostrativa del dritto *(sic)* è quella che suol chismarsi il titolo del dritto"; par. 665: "Ogni dritto nasce da un fatto, da una relazione la cui verità è titolo del dritto: poseedere un dritto vuol dunque dire possedere una relazione da cui nasce tal dritto, o anche più chiaramente possedere certa situazione di fatto, dalla quale consiegue una tal relazione morale generante il tal dritto, il tal potere secondo regione".

54 *Tomás de Aquino*, 2-2, 63, 1, c.: "Consistit enim aequalitas distributiva iustitiae in hoc quod diversis personis diversa tribuuntur secundum proportionem ad *dignitates personarum*. Si ergo aliquis consideret illam *proprietem* personae propter quam id quod ei confertur est ei debitum, non erit acceptio personae, sed causae". La traducción de la implícita noción tomista de título que da *Urdánoz* es así: "...aquella propiedad de la persona por la cual lo que se le confiere le es debido..." (ed. BAC, t. VIII). Como se advierte por el texto del Aquinate, no habla de "título" sino de "dignidad", de "propiedad", de "causa" o de "cualidad". Ejemplifica así: si uno promueve a otro al magisterio por la suficiencia de su saber, al hacerlo atiende a la causa debida y no a la persona; en cambio, si lo designa porque es tal hombre, Pedro o Martín, comete acepción de persona. Más adelante habla de "causa por la cual uno sea digno de un don determinado": "causam propter quam sit dignus hoc dono". La acepción de personas se opone a la justicia distribuitiva, porque "se obra contra la proporción debida" (c., al final). Insiste en la concretidad del título: una cualidad de la persona la puede hacer digna respecto de una cosa pero no de otra, v.gr., el ser pariente la hace digna de heredar (lo que es justo) pero no para ser designado profesor (injusto). (Cuerpo del a.).

Lachance y *Taparelli* parecen sólo contemplar el título "meritorio" y no el "demeritorio", por lo que es más adecuada la noción que da *Soaje:* "razón o fundamento de que la conducta jurídica debida corresponda (o sea debida) con respecto a otro".[55] Aunque cabría tomar en cuenta, de las nociones de *Lachance,* tanto la insistencia en la inmediatez y concretidad del título como que éste *está en la persona,* para cumplir la diferenciación del título respecto de la NJ, puesto que ésta también es, a nuestro criterio, "razón y fundamento".

XIII. *DS y norma jurídica (NJ)*

1. Es en general admitido que *hay una relación,* y una relación *importante,* entre el DS y la NJ. Con todo, y debido a cierta mentalidad al uso, suele temerse por algunos una dependencia del DS respecto de las normas jurídicas, en especial en lo que hace a ciertos llamados "derechos fundamentales", que serían "derechos naturales", "innatos", propios del hombre por ser hombre, etc., a los cuales aquella dependencia los haría contingentes y no debidamente garantizados.

Es evidente, sin embargo, en esta posición, primero que ella supone la reducción de la NJ a la NJ *positiva;* y segundo que no está exenta de incoherencia: porque la afirmación de aquellos derechos se fundaría implícitamente (v.gr., "dignidad de la persona humana") en la naturaleza humana, a la que se reconocería sin embargo una cierta dimensión normativa incompatible con la negación de una ley jurídica natural.[56]

2. Esa relación entre DS-NJ parece ser la de lo causado (DS) a *la causa* (N), o la de lo fundado a *lo fundante.* Lo corrobora el verdadero rito judicial de "fundar en derecho" las demandas, demandas que en definitiva buscan el reconocimiento de DDSS, y se entiende allí por "derecho", fundante de la demanda, la NJ. Este ejemplo de "fundar en derecho la demanda" muestra que sin necesidad de pasar por el reconocimiento de normas jurídicas naturales podemos tener por pacíficamente admitida aquella relación causal entre DS y NJ.

3. Un estudio de la causa y sus distintos tipos permite señalar, como anticipamos en "Aproximación".III, que la NJ es ante todo y principalmente causa formal extrínseca o ejemplar de la CJ.[57] Esa misma relación de causación ejemplar pareciera que se registra análogamente con respecto al PJ, en cuanto éste está, a su vez, determinado por la CJ, pues es poder-para-CCJJ.

---

55 SOAJE RAMOS, *"El título"*, cit., p. 1.

56 Dice bien *Massini* que si se sostiene que los DDSS "derivan de la dignidad de la persona humana; se está aceptando la existencia de una cierta 'naturaleza humana', que es el fundamento de esa dignidad y que tiene una función normativa; en otras palabras, se está aceptando con otro nombre, la realidad de una ley natural". (*"El DS, ¿realidad universal o histórica?"*, en *"Prudentia Iuris"*, IX, p. 31).

57 La solución que nos parece hay que seguir es la antitética del "voluntarismo", cuyos más caracterizados representantes a nivel teológico fueron *Duns Scotto y G. de Occam,* precursores del voluntarismo jurídico a nivel humano, político y jurídico.

4. En el caso del legislador humano, registramos algo similar a lo que ocurre con el artista humano en el orden físico. El mejor artista hace con materiales más precarios mejor obra que el artista menos idóneo, pero *siempre necesita una cierta "materia nada"*, o respetar algo dado. De la misma manera, el legislador humano no puede constituir un DS "de la nada"; debe respetar las normas naturales y tener en cuenta todas las circunstancias. (Además, la NJ positiva no crea, en el PJ, el poder psicológico o la facultad). Acá se verificaría, pues, una analogía con la sentencia de *San Agustín*, referida a la ley, según la cual "la ley injusta no es ley".[58] El "PJ injusto" (*rectus*: el poder para actos injustos) no es verdadero poder jurídico. El "DS-estático-injusto" (*rectus:* el DS a conductas indebidas de los otros), no es DS. No es, pues, verdadero DS cualquier "cosa" que como tal establezca el legislador humano.

Y en cuanto al Legislador Divino habría que decir, si hablamos de los DDSS "naturales", que no hay en el campo jurídico y en lo referente a los DDSS en especial, una "irrupción" de la acción creadora de Dios que sea "nueva" con respecto a la creación de la naturaleza según la Sabiduría Divina. Esto implica, como se ve, un rechazo aun del positivismo teológico, también en el plano de los DDSS.

5. Tras esta brevísima incursión en lo que sería la "metafísica del DS", deseamos reafirmar la distinción entre el DS y la NJ, entre lo causado y la causa, especialmente ante cierto desbordado "normativismo" que tiende a reducir el DS a la NJ. Según esta posición, aquél no sólo sería causado por la NJ sino que estaría *radicado* en ella, estaría "todo" en ella. O al menos estaría todo en ella en un *primer momento*. O: el "plus" que habría en el DS respecto de la norma sería un mero hecho, un mero elemento fáctico, una mera situación o goce o ventaja o cualquier realidad de tipo psicológico que sería ajena al derecho y a lo jurídico. Algunos autores parecen concebir así este tema: la NJ, en un *primer momento*, constituiría el DS, que estaría en ella. Luego vendría un *segundo momento:* ese "DS-en-sí", ya existente, "entraría a jugar" en la esfera social; sería la "puesta en obra" o "en ejercicio", "el descenso social" o "la concreción" del derecho a secas (implícitamente entendido como NJ). Esto tiene especial importancia en el tema del llamado "abuso del derecho": el DS, de suyo social, no constitutivamente referido a los fines de la comunidad política y del ordenamiento jurídico, *existiría ya* en la NJ. Pero en el *segundo momento*, a ese DS tendiente de suyo a la ilimitada expansión, no se le dejaría desarrollar, por obra de la citada doctrina (del "abuso del derecho") todas sus virtualidades.

6. *El DS, la NJ y la interpretación de la NJ*

Puesta la relación importante que existe entre el DS y la NJ, se advierte a su vez la importancia que reviste una adecuada interpretación de la NJ. La interpretación es la tarea de comprensión fiel de la NJ en su función de regular conductas concretas. Dado que la NJ está destinada a regular conductas, la verdadera interpretación de la misma se hará teniendo en cuenta, puesto que se trata de conductas concretas, todas las circunstancias en que están inmersas dichas conductas.

---

[58] "Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit". S. *Agustín, "De Libero Arbitrio"*, c. V, nº 11.

Hoy se pueden considerar superadas las doctrinas que acentuaban rígidamente como único criterio de interpretación la *letra* de las normas, sobre todo de la ley. Y se admite que lo que la ley dice no es lo que resulta de su "fría letra",sino de todo su "sentido", y sobre todo del fin de la NJ y de todo el ordenamiento jurídico normativo.

Pero hay ciertas bases doctrinales que cuentan en general con amplia aceptación, y que abonan permanentemente, a pesar del actual "estado de la cuestión" en materia de interpretación de la ley, una vuelta recurrente a ciertos criterios del tipo "exegético" de la época de la revolución francesa. Así, tenemos la mentalidad *liberal individualista,* que ve la ley como un mero límite, al Estado como un mal, a la seguridad jurídica como un valor de primerísimo rango y que tiende a desorbitar el DS. También registramos en la misma línea la mentalidad *positivista,* en parte mezclada con la anterior y que parece desconfiar de los criterios cada vez más aceptados por la jurisprudencia cuando ésta apela permanentemente a "sentidos", "fin", "resultado justo", etc. Quizá porque ellos remiten a las normas constitucionales y por éstas, en definitiva, nos remiten a un orden normativo suprapositivo. Por evitar una "caída jusnaturalista", a veces a mitad de camino, "retroceden" apelando a la seguridad jurídica.[59]

XIV. *DS y fin*

1. *Un caso:* Vamos a partir de un caso de la más elemental *experiencia* de la vida, según un método caro a los filósofos prácticos más renombrados.[60]

Sea que concedo a un electricista autorización, expresa o implícita, para ingresar a mi domicilio a desempeñar su oficio arreglando las instalaciones respectivas de mi casa.

Como el propietario soy yo, y él no, si no tuviera aquel permiso el electricista no podría ingresar a la casa. En virtud de tal autorización que le concedo tiene DS a aquel ingreso.

Ahora bien, supongamos que ingresa, que no arregla la instalación eléctrica y, estando yo fuera de la casa por varios días, se instala a vivir allí durante ese lapso. Desde luego que sin ninguna necesidad para arreglar la instalación eléctrica que por hipótesis tampoco arregla. Este es el prometido caso de experiencia a analizar.

2. *Análisis del caso:* Parece evidente que existe una *relación* entre el permiso que le otorgo para ingresar, el DS a ingresar y la realización de las tareas encomendadas.

---

59 La apelación a la seguridad, con todo, es muchas veces valedera, como exigida por el bien común político, esto es en definitiva por la justicia general. Nos ocupamos de estos temas en *"Sobre los jueces y los valores jurídicos"*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, nº 5035, 1-3-1978, y en *"Sobre interpretación legal y derecho natural"*, en La Ley, Buenos Aires, 24-12-1981.

60 Repetimos aquí, y ampliamos, nuestra ponencia al Congreso de Filosofía Cristiana, Córdoba, 1983, publicado en *"Filosofar Cristiano"*, 1985, desarrollada luego en *"Hacia una doctrina solidarista del derecho subjetivo"* aparecido en "El Derecho", Buenos Aires, 10-IV-1984.

Pero la relación *es tal* que, sin el cumplimiento de la tarea para la cual se dio el permiso, no puede decirse que *haya* tal DS. El electricista en cuestión no puede sostener ante mí; "Ud. me dio permiso", pues yo le diré: "le di permiso *para* otra cosa"; "*para eso* que hizo no tuvo poder"; "no existe tal poder". Como se ve, realizar la tarea encomendada es algo que resulta *constitutivo* del DS, condición ineludible para que "funcione" y tengan virtualidad el permiso y el DS. Hay una relación constitutiva entre el fin por el cual se otorga el DS y el DS. O, *por lo menos,* debe decirse que cuando el fin por el cual el DS se concede, en forma ostensible y externa es contrariado o no es perseguido por el agente, *no hay ejercicio de tal DS sino de "otra cosa".* Será ejercicio de un poder antijurídico. Una conclusión que consideramos central en este trabajo es, entonces, que *sólo se ejercita un poder jurídico concedido con una finalidad determinada, cuando tal finalidad es perseguida o, al menos, cuando no es abiertamente contrariada.*

3. *Otros casos:* Se dirá quizá que el caso tomado como ejemplo no es apto para ser generalizado, pues hay muchos DDSS cuya finalidad no es notoria como el del ejemplo.

Pero esto nos lleva a la cuestión de si no hay siempre ciertos fines implícitos, que deben ser perseguidos en las conductas de los hombres en la sociedad política y que, por consiguiente, afectan constitutivamente a los poderes para dichas conductas. O sea, en definitiva, si no hay siempre una cierta finalidad ínsita en todo poder jurídico, y que es constitutiva de la esencia del mismo. Daremos respuesta a la cuestión, no sin antes detenernos en otro ejemplo, donde por tratarse de un ámbito más pequeño, quizás se ve mejor la doctrina que sustentamos referida al marco del Estado.

4. *El ejemplo de la sociedad científica:* Descendamos entonces de nuevo a un caso de hipotética experiencia: supongamos una asociación científica, destinada al cultivo, por ejemplo, de una rama de la ciencia. El *fin* que la especifica es el mayor conocimiento y la divulgación de tal rama científica. Este fin es un fin eminentemente *humano,* pues responde a una exigencia propia del hombre, llamado a la sabiduría (en sentido amplio). El fin de la asociación *no resulta ajeno* a los integrantes de la misma: si no, no se asociarían: se asocian porque quieren *participar del bien* de la asociación. A nadie se lo invitaría para que sólo *los otros* se perfeccionen. O para que sólo el presidente o la comisión directiva lo hagan. La asociación es *para todos* los socios.

El fin es *inconmensurable* con el bien de cada socio: el conjunto de los socios organizados obtiene una plenitud mayor, un mayor bien o perfección, que el que puede obtener cada uno aislado o aun la suma de todos los socios. Es por eso que los integrantes se asocian. Cada uno sólo se apropia de una parte y no de todo ese verdadero caudal de sabiduría que la asociación busca y que en parte, si funciona correctamente, va obteniendo. Esa plenitud *atrae a* los socios y, en la medida en que se va consiguiendo, produce *satisfacción* en ellos. Pero esa perfección no se obtiene sino en la medida en que todos o un número determinante de los socios prestan su *concurso:* cuanto más se dé el hecho de que los socios y más socios, trabajen por el fin, mejor se conseguirá éste. Y si un cierto número mínimo no coopera, la asociación no alcanza el fin, no actúa, en rigor no existe.

El concurso ordenado de las actividades de todos para el fin se logra cumpliendo *las normas* que rigen la asociación y las demás normas generales. La exigencia de lograr el bien, además, conlleva la de una cierta *jefatura* y una *organización*, que promuevan y articulen las conductas hacia el fin. Las actividades, las normas la autoridad son para el fin; están en función del fin.

5. *La figura del egoísta y la del solidario:* Supongamos dentro de dicha asociación la existencia de un socio *egoísta*. Al egoísta le interesa "*su* bien" no el de la comunidad. Si le interesa *materialmente* "eso" que es el bien común, le interesa no respetado formalmente como bien común, como superexcelente y eminentemente comunicable a los demás, sino para instrumentarlo en su beneficio, para hacerlo su bien particular, degradándolo. Sin "entregarse" al bien común. Quiere destacarse él y utilizar la asociación en su beneficio; es el "centro de gravedad" de su propio actuar.

Este hipotético pero no inverificable socio, ¿busca en realidad *su* bien? Quiero decir su *verdadero bien*. Estamos tentados de decir: "busca su bien pero no el bien de la comunidad". ¿Qué responder?

Si el bien del hombre estuviera en satisfacer las pasiones, quizá podría llamarse bueno a aquello que lo ayude a perfeccionarse en un aspecto aun a expensas de los demás, a aquello que lo haga convertirse en el "centro", a lo que halague su vanidad, etc.

Pero sospecho que ningún lector pensará en el mismo sentido del viejo *Calicles* platónico que proclamaba "el derecho natural del más fuerte" y la desligación de los fuertes respecto de toda ley, reducida a artificiosa convención hecha por la "clase adversaria", la de los débiles. El bien del hombre no está en dar rienda suelta a las pasiones desoyendo la ley. Habrá que responder que el egoísta no busca, entonces, su verdadero bien. Incluso la incidencia de sus pasiones desordenadas influirá en que alcance en mucha menor medida la sabiduría que intenta alcanzar.[61]

Por el contrario, tenemos la figura del socio no-egoísta, del *solidario*, que conduciéndose según las normas propias de la asociación (y las demás normas) busca el fin de ésta que no le es ajeno, fin que íntimamente anhela, por el cual nació la asociación y por el cual él se asoció. Su "centro" está fuera de sí mismo: se lanza al bien de la asociación. Ama esa plenitud, en este caso plenitud de conocimiento científico, a que la asociación tiende, que en cierta medida y en parte gracias a su esfuerzo, va sucesivamente alcanzando.

La ama como propia, en el sentido de que dicha plenitud no es ajena a él, y en el sentido de que él,en su medida, se apropia de esa plenitud: *es suya*.

---

61 A veces tenemos la evidencia de que nos molesta ("me choca") que nos manden, o tener que limitar nuestra esfera de acción espontánea por la presencia de otros, etc. Pero de esa evidencia, que versa sobre una reacción *instintiva, pasional*, no se puede hacer un "principio" del orden social. Así proceden, a nuestro criterio, quienes de aquella evidencia extraen el principio del "autogobierno", o de la democracia como fundamento del estado, generalmente bajo la mediación "representativa", con más la de los partidos políticos, etc. Nos parece que ahí está la raíz del contrato social rousseauniano. Pero sobre las tendencias sensibles del hombre, no reguladas por la razón, que nos indica la constitutiva socialidad y politicidad del hombre, no se puede fundar una doctrina de la praxis humana.

Pero *no-sólo-suya*, sino suya-y-de-los-demás. Es común. Es bien común. Ama el bien común respetándolo como es, o sea, como inconmensurable, porque tiene una dignidad que excede la parte que cada socio se puede apropiar; por eso es más "bien", es más amable, que el bien particular.

¿Diríamos que el solidario o aun el justo a secas muchas veces *sacrifica su* bien por el bien de los demás?

Si el bien del hombre —de nuevo— estuviera en la comodidad de la vida, en "darse los gustos", en halagar sus pasiones, responderíamos afirmativamente: el padre de familia que de noche debe suspender su sueño para atender el hijo enfermo sacrificaría simplemente *su* bien. Pero hemos visto que el bien del hombre no se agota en aquello. Al cumplir con esas exigencias suprasensibles, en rigor *no sacrifica* el bien humano pleno sino que *lo realiza*. Sacrifica tendencias inferiores, pero no su más auténtico bien humano.

Al respetar y favorecer que los otros se perfeccionen, al cumplir más fielmente las normas de la asociación y al desterrar el egoísmo, se perfeccionará mejor él y se perfeccionarán también los demás.

6. *Las supuestas "tensiones"*

Así consideradas las cosas, *no puede haber tensión* entre el bien de la asociación (el bien común) y el bien particular de cada uno de los socios: al contrario, al perseguir y alcanzar el bien común cada socio persigue y alcanza su bien particular.

¿Cómo va a haber tal tensión, si al no lograrse el bien común nadie puede alcanzar el mejor bien a que cada uno puede aspirar? (En el caso propuesto como ejemplo: la ciencia que busca la asociación). Por eso puede decirse que el sabio no puede existir, por regla general, sin sociedad.

Recuérdese que el fin es común a todos y no el bien del jefe, ni de la mera estructura organizativa. ¿Cómo va a lograr un hombre solo esa sabiduría a que vocacionalmente aspira, pero cuyo logro exige las fuerzas de todos?

7. *Juicio sobre algunas comparaciones habituales*

a) Si por "asociación", como hemos visto, no se entiende el jefe, ni las autoridades, ni las estructuras, no se puede decir que *un socio* es mejor ni más importante que *la asociación*; la asociación no es sino el conjunto ordenado de todos los socios. No se puede decir, pues que "la persona humana" individualmente tomada es más importante que la sociedad, pues la sociedad es aquella persona humana individualmente considerada *más todas las otras* y debidamente ordenadas. La sociedad es un conjunto ordenada de personas humanas. No puede decirse que yo sea más importante que "yo-más-Ud. más los otros..."

Tampoco se puede decir, en rigor, que el fin de la asociación sean los socios particulares, ni los bienes particulares de ellos. El fin es el bien "del nosotros", del cual todos los socios son sujetos destinatarios.[62]

---

[62] El fin de la asociación, su bien común, no es supremo, porque el socio está ordenado a otros fines, bienes comunes. Incluso a Dios, Bien Común Trascendente.

b) En la misma línea argumental, carece de sentido plantearse la pregunta: "¿Qué es mejor, *la persona* (individual, es decir, el socio) o el *bien común?*" El bien de la asociación es el bien de una pluralidad, es bien común; es el bien de los socios en su conjunto; es el mejor bien de cada socio, de cada persona. Cada socio será mejor en cuanto se alcance el bien de la asociación. Será mejor persona en un aspecto porque adquirirá una plenitud que sin la asociación no alcanzaría.[63]

c) Con lo expuesto, resulta obvia la respuesta a esta pregunta: "¿Qué es mejor, el bien *particular* o el bien *común?*" Si el bien común es el mejor bien del socio en su orden, él es superior a la parte de éste de la cual él precisamente participa. El todo es mayor que la parte. Sin bien común no se da el mejor bien particular del socio: sin esa plenitud que dan los distintos talentos, aptitudes, especialidades, cada socio quedaría muy imperfecto, muy incompleto. El se apropia de una parte, solamente, de esa riqueza superior, inconmensurable, que lo excede. El bien común de la asociación es más rico, es "más bien" que la parte de la que se apropia cada uno.

8. *La doctrina de la primacía del bien común y el absolutismo*

Nos parece que todo lo expuesto en este capítulo XIV, al hilo de la experiencia de dos casos de la vida real, es tan obvio que cualquiera que no esté posesionado de un excesivo egoísmo práctico o de individualismo teórico puede fácilmente prestarle su asentimiento.

Queremos ahora, cumpliendo un deber que llamaremos "de justicia académica", citar algunos textos de *Tomás de Aquino* donde se defiende la doctrina que nosotros hemos mostrado analizando el caso de la asociación científica.

a) "La parte ama el bien del todo en cuanto le es conveniente, pero no de tal manera que refiera a sí el bien del todo sino que más bien se refiere a sí misma al bien del todo".[64] Este texto evidencia cómo el fin del todo (de la asociación científica del ejemplo), es propio de la parte, si bien no es sólo de ella. Y cómo el hecho de que sea propio o conveniente no la convierte en centro sino que, por la exigencia y naturaleza del bien, ella se debe referir al bien del todo.

b) "No es de buen gobernante amar el bien de una ciudad para apropiárselo y poseerlo, porque así también un tirano ama el bien de cualquier ciudad

---

63 "En la doctrina concerniente al bc. y a su primacía es preciso comenzar por plantear correctamente el problema respectivo. No se tratta de comprar persona y sociedad atendiendo a lo que cada una es absolutamente, como si fuese ésta la adecuada consideración básica; ...lo mismo ocurre con la prioridad concedida al sujeto destinatario de la perfección en lugar de atribuírsela a la perfección respectiva (no confundir 'ens simpliciter' y 'secundum quid' con 'bonum simpliciter' y 'secundum quid')... Tampoco el problema consiste en determinar si la persona debe amar al prójimo más que a sí misma... el problema ha de ser planteado en la perspectiva fundamental del 'bien propio' (particular) y 'bien común'. En definitiva, persona y sociedad no deben ser juzgados por lo que son absolutamente en sí mismas sino por lo que es su perfección, esto es, por lo que es su bien" (SOAJE RAMOS, "*Politicidad del derecho*", Bol. Estudios Políticos, Mendoza, 1958, pp. 86, 87.

64 2-2, 26, 8 ad 2.

a fin de dominarla, lo cual es amarse a sí mismo más que a la ciudad, porque este bien lo desea para sí y no para la ciudad. Amar verdaderamente a la ciudad es amar su bien para que sea conservado y defendido".[65] Recuérdese lo dicho sobre la forma *egoísta*, que sería la propia del tirano en el texto de Santo Tomás.

c) "La bondad de una parte se considera en proporción a su todo: por lo que San Agustín dice... que es mala toda parte que no es conforme a su todo. Y dado que todo hombre es parte de la ciudad, es imposible que un hombre sea bueno si no está perfectamente proporcionado al bien común; ni el todo puede existir convenientemente sino mediante las partes a él proporcionadas".[66] Recuérdese en especial lo dicho sobre la necesaria cooperación de los socios.

ch) "El que busca el bien común de la multitud, también busca de un modo consiguiente el bien particular suyo... porque el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria... (y) porque, siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud..." [67] No hay bien particular sin bien común. (Como no hay b.c. sin b.p.).

d) "Es manifiesto que cualquier causa es tanto primera y mejor en cuanto a más objetos se extiende. Por donde la que es común, que tiene razón de causa final, tanto mejor es cuanto que a más se extiende. Y, por esto, si el mismo bien es de un hombre y de toda la ciudad, se ve que es mucho mayor y más perfecto procurar y salvar aquél que es el bien de toda la ciudad, que el bien de un solo hombre... Mucho mayor y divino es el amor que se manifiesta a toda la gente y toda la ciudad porque más se asemeja a Dios que es la última causa de todos los bienes".[68] Primacía del bien común sobre el bien particular.

e) "La parte ama naturalmente al todo más que a sí misma, y el individuo naturalmente ama más el bien de su especie que el suyo particular".[69] Esto no quita que *libremente* pueda amarse perversamente —"egoístamente"— el bien particular sobre el bien común. El recto ejercicio de la libertad consiste en respetar las exigencias del bien.

f) "El bien común de la ciudad y el bien singular de una persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según diferencia formal; pues una es la razón del bien común y otra la del bien singular, lo mismo que se distinguen el todo y la parte".[70]

La doctrina de la primacía del bien común, que es como el centro de toda nuestra explicación del DS, *nada tiene de "totalitario" o absolutista*, pues queda dicho y repetido hasta el hartazgo que el bien común no es ajeno al bien de la parte, sino que es propio-suyo-pero-en-común-con-otros. Es el mejor bien del singular. A su vez, en las concepciones *absolutistas* no se concibe bien *común*,

---

65 *"Quaestiones disputatae de caritate"*, a. 2, c.
66 *1-2*, 92, 1 ad 3.
67 *2-2*, 47, 10, ad 2.
68 *"In 1 Eth."*, 2, 30.
69 *1*, 60, 5.
70 2-2, 58, 7, ad 2.

lo que quiere decir *común a sustancias en parte espirituales y libres*, esto es a *personas humanas* con sus exigencias o títulos naturales de justicia.

A las alusiones que en *"Aproximación"*, XVI, 13, hemos hecho al *absolutismo marxista* añadamos ahora una somera referencia a la concepción filosófica *nacionalsocialista*. "Según los filósofos nacionalsocialistas, la realidad no es más que un todo único, orgánico, del cual forma parte el hombre", —enseña uno de los pocos autores que se ocupa de exponer ese pensamiento y no sólo de criticarlo—. "El *todo-ser* está en continua lucha frente al no-ser y al caos. El hombre debe participar, como ideal de su vida, en esta lucha trágica del todo-ser, por la defensa de su existencia y de su unidad. De aquí la concepción de perpetua lucha, implicada en la filosofía nacionalsocialista",[71] que se inspira en *Nietzsche*. ¿Cómo evitar el "anonadamiento" en ese "torbellido de la existencia"? "Aquí surge el descubrimiento de la raza y del Tercer Reich": "el *todo-ser* no es algo abstracto e impreciso, tiene una silueta, una dimensión, una solidaridad perfectamente definidas: *la raza*... Ella forma un cuerpo" (op. cit., p. 333). A su vez, el Estado es la encarnación de la raza. "Es un craso error distinguir entre materia y espíritu; no existe más que una sola realidad. *Unica*, el Todo-ser, en perpetua lucha con el no-ser; el Cosmos, en perpetua lucha con el caos". La misma distinción entre conocimiento y realidad no es real sino que es una "ilusión que hay que superar" (op.cit., p. 334, 336 y ss.). Esta concepción pasa con toda comodidad, "de un existencialismo extremo" "a un panteísmo absoluto, que suprime, a la vez, el problema de un Dios trascendente y deja a la persona humana sin su apoyo; sumergiéndola dentro del *Todo-ser*..." Concluye *Quiles: "el totalitarismo es aquí muy lógico"* (op. cit., p. 339).

De la larga cita que hemos hecho se advertirá por qué afirmamos que en la doctrina citada hay un *"absolutismo político"* [72] y por qué no puede hablarse en él ni de verdadero *bien* ni de verdadero bien *común*: "bien" significa perfectivo) de una *pluralidad de sustancias* espirituales.

Desde luego, no es el caso, entonces, de la concepción de la primacía del bien común, en que no hay "sustancialización" ni de "la raza, o el pueblo, o el Estado, o una determinada forma de Estado", ni de "los representantes del poder estatal u otros elementos fundamentales de la sociedad humana..." ni tampoco elevación de ellos "a suprema norma de todo".[73]

---

71 QUILES, ISMAEL, *"La persona humana"*, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1967, apéndice "La metafísica nacional-socialsita acerca de la persona humana", p. 332. *Quiles* sigue en su exposición a *Ricard, Hayse y Beaumler* (op. cit., p. 330, nº 3), y estos últimos siguen a *Rosenberg*.

72 Preferimos la expresión *"absolutismo* de Estado" a la de *totalitarismo*. Seguimos en esto a *Pío XII*: "El absolutismo de Estado (que no debe ser confundido en cuanto tal, con la monarquía absoluta, de la cual no se trata aquí), consiste de hecho en el erróneo principio de que la autoridad del Estado es ilimitada y de que frente a ésta —incluso cuando da libre curso a sus intenciones despóticas, sobrepasando los límites del bien y del mal— no se admite apelación alguna a una ley superior moralmente obligatoria" (Radiomensaje *"Benignitas et humanitas"*, 24-12-44, en *"Doctrina Pontificia"*, II: Documentos políticos, BAC, Madrid, 1958 p. 879.

73 De nuevo *Pío XII*, discurso *"La Iglesia Católica y el Nacional-socialismo"*, del 2-6-45, en *"Doctrina Pontificia"*, cit. n. 72, p. 891. El texto citado concluye que tal elevación a norma suprema "pervierte y falsea el orden de las cosas creado y querido por Dios".

Ya el solo hablar de "bien común" induce la negación de todo absolutismo. Sólo por crasa ignorancia o mala fe se puede desconfiar de la doctrina tomista como cercana a cualquier absolutismo político.

9. *Personalismo y absolutismo*

La solución *"personalista"*,[74] a su vez, no preserva del "absolutismo", pues éste se da en la medida en que no se respeta el bien común en tanto tal.

> "Por su falsa noción del bien común *los personalistas están en el fondo, de acuerdo con aquellos* cuyos errores pretenden combatir. (Sigue *De Koninck).* Al individualismo oponen y recomiendan la generosidad de la persona y una fraternidad más allá de todo BC, como si el bien común tuviese su principio en la generosidad de las personas, como si no fuese desde luego *aquello por lo que las personas deben obrar.* Al totalitarismo oponen la superioridad de la persona-todo y un bien común reducido al estado de bien particular de las personas. Su protesta se hace, no en nombre de la persona en tanto que ciudadano, sino en nombre del ciudadano en tanto que persona, *como si la persona no fuese más grande en el orden del BC que en el orden de su bien personal".*[75] De hecho —continúa Koninck— *el personalismo hace suya la noción totalitaria* del Estado. Bajo los regímenes totalitarios[76] el BC se ha singularizado y se opone como singular más potente a unos singulares pura y simplemente sometidos. *El bien común ha perdido su nota distinta y se torna bien extraño".*

El Estado, entonces, aparece como un *verdadero mal, en tensión* permanente con la persona; pero es que se ha *desfigurado la auténtica noción de Estado:*

> "Ha sido subordinado (el BC) a ese monstruo de moderna invención que se llama el Estado, no el Estado entendido como sinónimo de sociedad civil o de ciudad, sino el Estado que significa una ciudad erigida en una suerte de persona física".

Un "otro ajeno" (agregamos nosotros, H.H.). Entonces, "lo debido al bien común se convierte en debido al bien singular, a un singular que ordena todo a sí". (O sea, volvemos a agregar, el Estado como ese "otro ajeno" y no como un "nosotros"). El Estado, en la concepción personalista, nos enseñaba el ilustre maestro canadiense,

> "pierde incluso toda ordenación a un bien común superior. El estado... es un poder extraño a los individuos, un poder de alienación contra el cual los súbditos deben incesantemente defenderse". He aquí la consecuencia: "Esta concepción totalitaria establece entre la persona y la sociedad una *tensión,* un *conflicto inevitable;* una *competencia* en la cual algunos sociólogos pretenden ver un principio de fecundidad. La sociedad, pues, es abiertamente *totalitaria* cuando el Estado adquiere la libertad

---

[74] V. gr., *Maritain* en su segunda etapa en materia política.

[75] Preferimos "particular" a "personal" o "propio", porque el bien común es (el mejor bien) "personal", o "propio", precisamente, aunque no circunscripto a ser bien del individuo.

[76] En nuestra exposición, pensando que el Estado es un "todo" (de orden), hemos preferido hablar de 'absolutismo" antes que de "totalitarismo" (ver n. 72).

por la victoria sobre los individuos; abiertamente *individualista* en tanto que los individuos dominen al Esado. *Pero tanto en un caso como en el otro, la concepción de la ciudad es personalista y totalitaria*".[77]

La falta de captación de la auténtica doctrina del bien común, hace que

"lo social, sobre todo el Estado, que es su expresión cumplida, cobraría un carácter *odioso,* como de realidad inferior y puramente coactiva cuya sujeción habría que tolerar como mal inevitable",

confirmaba entre nosotros el P. Julio *Meinvielle.* Y concluía:

"Bajo la objeción del totalitarismo, *Maritain* no ha podido librarse del extravío moderno que no encuentra otra manera de evitar la desorbitación del Estado, sino ampliando exageradamente a la persona humana y sus derechos, así como los totalitarios no conciben otra manera de poner remedio a la anarquía producida por la glorificación de la persona humana, sino amplificando al Estado. Unos y otros están trabajados por un *monismo* jurídico absurdo".

Rechaza luego *Meinvielle* que haya que optar entre *Kant o Hegel,* entre el individuo y el Estado y la ilimitación de los derechos subjetivos, para concluir:

"los derechos surgen limitados a individuos, sociedades y Estados, conferidos inmediatamente por la misma ley natural, participación de la ley eterna".

La concepción maritaineana, enseña, es

"una mechura kantiana en el pensamiento tomista".[78]

10. *Doctrina de la primacía del bien común y dignidad de la persona*

Pero, ¿la doctrina defendida preserva verdaderamente la dignidad del hombre? Nos parece que estas dos citas ilustran muy bien la respuesta:

"Desde el punto de vista práctico, la dignidad y la perfección de un ente se han de apreciar... por el fin o bien al que está ordenado y por su dotación de medios para alcanzarlo. Su perfección será proporcional a la extensión de su tendencia natural referida, por sobre su bien singular en cuanto tal, a un bien común. En la misma medida en que un ser es perfecto, comporta más relación al bien común y actúa más principalmente para este bien, que es mejor no sólo en sí mismo, sino también para ese ser. Entre los seres del universo, las personas tienen un estatuto

---

[77] CHARLES DE KONINCK, *"De la primacía del bien común entre los personalistas"*, trad. Artigas, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pp. 117/119. Los subrayados son nuestros.

[78] MEINVIELLE, JULIO, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana"*, Nuestro Tiempo, Buenos Aires, 1948, "El personalismo... en el planteamiento mismo del problema ha partido, en cierto modo, de la noción totalitaria del Estado; en consecuencia, ha destruido la noción de comunidad como unión accidental de las personas y la noción misma de bien común como bien de todas las personas, miembros de la comunidad". (SOAJE, *"Politicidad"*, cit. n. 63, p. 113). Recuerdo que en el discurso cit. en n. 72, *Pío XII* equiparaba de algún modo la dignidad del hombre, del Estado y de la autoridad: "...la dignidad del hombre es la dignidad de la imagen de Dios; la dignidad del Estado es la dignidad de la comunidad moral querida por Dios; la dignidad de la autoridad pública es la dignidad de su participación en la autoridad de Dios" (op. cit., p. 877). Nada de ver al Estado o a la autoridad como un "mal", como hace el liberalismo.

práctico peculiar; están más ordenadas al b.c. y pueden actuar expresamente para él, como quiera que son capaces de conocerlo como b.c. por medio de su inteligencia y amarlo bajo la misma formalidad por su voluntad libre. La persona tiene su dignidad en razón del fin que puede y debe alcanzar..." [79]

Y *Millán Puelles* enseña:

"Lejos de ofender a la dignidad de la persona humana, el subordinarse al BC es la manera de respetar la dignidad de todas las personas... Es hacer que la vida social sea provechosa a todas las personas y no exclusivamente a una o a varias... El admitir tal primacía (no es) supeditar a las personas al despotismo de la sociedad, sino al contrario: hacer que la sociedad, la convivencia funcione como un medio provechoso para todas las personas que conviven. Y es preciso, además, comprender que la subordinación al BC no sólo es compatible con la dignidad de la persona humana, sino que *es también la consecuencia más natural y lógica de dicha dignidad.* A diferencia de los animales, que únicamente atienden a su respectivo bien particular, toda persona humana tiene capacidad para apetecer el BC, abriendo su voluntad a unos valores más amplios que los que sólo pueden beneficiarlo particularmente... Querer el BC sólo pueden hacerlo las personas... Querer el bien privado... no es de suyo ninguna imperfección. La imperfección consiste en querer 'solamente' el bien particular, excluyendo el común o desentendiéndose de él... Subordinarse al BC es, realmente, elevarse, romper las ataduras que al ligarnos al bien particular impiden que éste se integre en el de todos, que es objetivamente un bien más alto... El solo querer el puro y simple bien particular (es) una degradación, un verdadero rebajamiento de una voluntad que por naturaleza está capacitada para un bien superior y mucho más intenso. Y en lo que atañe a la dignidad 'moral' de la persona humana, no se ve que el querer el BC sea, por cierto, lo indigno moralmente, a menos que se confundan la dignidad moral y el egoísmo, y no se acierte a ver que el querer y procurar el bien de todos es magnanimidad y no bajeza".[80]

11. *Recapitulación. Los DDSS en la asociación del ejemplo*

A través del ejemplo de la asociación científica (parágrafos 3, 4, 5, 6) nos hemos remontado mediante la consideración de comparaciones recordadas luego en el parágrafo 7 a una doctrina general sobre el tema del bien común, aludida sólo someramente y mediante la cita de tres de sus más caracterizados exponentes, poniéndola en comparación sea con la concepción absolutista (par. 8), sea con la doctrina personalista (par. 9), sea con el problema de la dignidad de la persona humana (par. 10). Pero nuestro tema es el DS, y aún no hemos rebasado el marco de la asociación de nuestro ejemplo, si bien las citas efectuadas anticiparon partes de nuestra solución del asunto.

Dentro de la asociación científica, pues, parece evidente que los socios estarán *obligados*, en principio, a realizar aquellos actos exigidos por las normas y que conducen al fin de la misma. Les estará *permitido realizar*, obviamente, esas conductas, y todas aquéllas que conduzcan al fin o que, al menos, no lo

---

[79] SOAJE, *"Politicidad"*, cit., pp. 91/92.

[80] ANTONIO MILLÁN PUELLES, *"Persona humana y justicia social"*, 4ª ed., Rialp, Madrid, 1978, pp. 54 a 57.

impiden (habrá, pues, PPJJ de ejercicio obligatorio o de ejercicio optativo, como hemos recordado en *"Aproximación"*). Tendrán, pues, poderes legítimos o poderes jurídicos o DDSS (dinámicos).

Les estará *prohibido*, expresa o implícitamente, todo acto exterior que vaya contra los fines de la asociación y contra la normal relación entre los socios. Si en una reunión a un socio se le concede en un determinado momento el uso de la palabra, los demás deben, en principio, esto es, mientras cumpla con el objeto de su DS al uso de la palabra, escucharlo guardando silencio. No es que el DS a hablar de los otros socios quede "suspendido", ni que haya que "transar" entre los derechos de los socios, ni arribar a un "compromiso" de ningún tipo ni que "su derecho" llega hasta donde llega el derecho de los demás. En el momento en que el socio, en esas condiciones, habla, *los otros no tienen DS a hablar*, y el orador sí. Nada más.

Ha de recordarse, aquí, lo que expusimos en *"Aproximación"*, VI, sobre el objeto del DS, en especial en el punto "4": determinación por su objeto máximamente considerado con todas sus circunstancias. A su vez, dentro del objeto entendido en sentido largo, tenemos el objeto y el fin. Lo que dijimos en aquel lugar referente al objeto y a la determinación del DS por él, vale muy especialmente para el fin.

Debe recordarse que, así como el derecho, en su principal acepción, registra la nota de *"alteridad"*, también el DS. Carece de sentido, pues, hablar de DDSS sin una esencial referencia a otros hombres. Si se une lo expresado en relación al fin y al objeto, la determinación según máxima concretidad de cada DS, la nota de alteridad y lo expresado en *"Aproximación"*, VI, 3.4. (cierto "valor"), se entenderá mejor la siguiente proposición: en definitiva, *los DDSS resultan de una cierta participación en la comunidad*. "Infra" volveremos sobre el particular.

Contrapartida necesaria de los DDSS son las *obligaciones* que tienen los demás socios de respetar las conductas que sean ejercicio de los poderes, o de realizar las conductas positivas exigidas con respecto al titular de los DDSS, en su caso. No habrá obligación, claro está, de respetar conductas ilegítimas de los demás socios.

En definitiva, dentro de la asociación *no puede haber verdadero PJ de realizar conductas egoístas* (recordar "supra", 5: "el egoísta y el solidario"), en tanto y en cuanto dichas conductas egoístas entren en la consideración jurídica, o sea, tengan la necesaria exterioridad, la alteridad y la relación con la justicia propia de la CJ. El PJ para conductas jurídicas egoístas no existe, no es PJ. Si el bien de la asociación exige que cuando uno habla los demás escuchen, si alguien perturba la reunión impidiendo al socio hablar, no puede decirse que ejercite un verdadero DS.

Sucede en el DS lo que ocurre con las virtudes: las virtudes, y los PPJJ, son algo práctico, en sí mismo *valioso*, de lo que no puede hacerse mal uso, como sí se puede hacer de algo no constitutivamente determinado por su objeto valioso. De un arma o de una silla, que ya están constituidas en su forma como tales, se puede hacer buen o mal uso, pues el uso no le añade nada específica-

tivo en cuanto "arma" o "mesa". Pero de una virtud no se puede hacer buen o mal uso, porque la virtud, como tal, produce infaliblemente el acto bueno.[81] Y análogamente se dirá lo mismo del DS en cuanto al uso *jurídico*. Porque los PPJJ lo son *"para"* conductas. No existe el PJ como algo no relacionado, como la potencia al acto, con conductas, y con conductas socialmente valiosas que apuntan a fines valiosos.[82]

12. *De la asociación científica al Estado*

Lo que hemos expuesto sobre la doctrina del bien común, sobre la asociación científica y sobre los DDSS en ella en relación con la doctrina del bien común, *puede extenderse*, como de algún modo ya se ha hecho con las citas efectuadas, *al Estado*. Con la ventaja de ver mejor el asunto al verlo "en pequeño", y sin los prejuicios que a menudo rodean la consideración del mismo en el marco estatal.

Queda dicho (ver "supra", nº 9) que el Estado no es considerado aquí ni como "aparato de poder", ni como "el gobernante" o "los gobernantes", sino como la "comunidad perfecta o soberana", para utilizar una vieja definición. En ese sentido, cada uno de nosotros integra el Estado, que no es ajeno a nosotros sino que es un "todo" no substancial integrado por todos de orden (las distintas sociedades que lo componen) y en definitiva por sustancias que son cada hombre. El fin que persigue el estado es un bien común dotado de una especial riqueza y plenitud: es el bien común político.

Ahora bien, los PPJJ, dentro del estado, tienen una *constitutiva referencia al bien común político*. "Constitutiva" significa esencial, de tal modo que las conductas contrarias al BCP no pueden considerarse ejercicio de un PJ sino de "otra cosa". Con lo expuesto se puede entender muy bien lo que dice *Lachance* referido al *poder moral* y al *título jurídico*:

> "Y, por supuesto, un fin tenido por malo por la razón, ya sea individual o colectiva, aniquila todo poder moral; deja subsistir, cuando más, el poder físico o la fuerza".[83] "...*Todo título jurídico*, en definitiva, posee valor sólo en relación con el bien común y (que) el título de la persona privada es el título de una parte frente a otra".[84]

La misma doctrina en lo sustancial en *Olgiati*:

> "La afirmación de todo DS se hace siempre en nombre del "id quod justum est" y *siempre se relaciona con la polis*, que tiene la misión de ayudarlo y tutelarlo".[85]

---

[81] SANTO TOMÁS, en *1-2*, q. 55, a 4 defiende esta noción de "virtud": "buena cualidad de la mente por la que se vive con rectitud, *de la cual nadie hace mal* uso, y que Dios obra en nosotros sin nosotros". En el ad 5 distingue: se puede hacer mal uso de ella como *objeto*, v.gr. al odiarla o enorgullecerse de la virtud, pero no en tanto *principio*: "nadie puede hacer mal uso de la virtud de tal manera que el acto de virtud venga a ser malo". Sobre cómo el acto humano se especifica por algo externo a él como es el fin, ver *1-2*, 7,2, dif. 1 y ad 1 y c.; *1-2*, 7,4, ad 2; *1-2*, 18, 2, c; *1-2*, 18, 4; ad 2.

[82] El PJ es también jurídico-2 en cuanto es para conductas *lícitas*. Del PJ no se puede hacer mal uso *jurídico*. (Sí podría hacerse mal uso moral).

[83] LACHANCE, *"El derecho"*, p. 186.

[84] LACHANCE, *"El concepto"*, p. 299.

[85] OLGIATI, FRANCESCO, *"El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino"*, trad. Giorki, Eunsa, Pamplona, 1977, pp. 340 y 341. El subrayado es nuestro.

No hay, pues, ni "tensiones", ni "conflictos", ni "abusos", ni "suspensiones" de derechos subjetivos, como es común oír. Esa constitutiva referencia al bien común político hace que no pueda haber dos DDSS que entre sí registren alguna forma de oposición. Porque el DS, exigido por el bien común, importa necesariamente conductas jurídicas debidas de los demás. Si no hay tales conductas jurídicas debidas, en concreto, no habrá tal DS. Sería contradictorio, en una consideración concreta, un *poder jurídico* que *no pudiera* ser ejercido. (Poder-que-no-puede). Porque a la vez habría algo debido (por el otro, si digo que hay DS) y no debido (por el otro, si digo que no hay DS) a la vez.

Para entender correctamente esta posición, es necesario —se insiste— en la consideración de máxima concretidad. A veces se compara un PJ, concretamente considerado, con un supuesto PJ opuesto fruto de una consideración abstracta, o "en principio", o entendido como un "haz de DDSS". (ver "*Aproximación*", VIII). Así, por ejemplo, sea el caso que en determinado momento estoy amenazado por un incendio y la única posibilidad de salvarme de él es rompiendo una pared perteneciente a un vecino. Se dirá: el vecino tiene "DS de propiedad" sobre su pared. Pero, ¿es legítima o no es legítima mi conducta consistente en romper la pared y salvar mi vida? Evidentemente sí. Luego, tengo el poder jurídico de actuar, tengo una verdadero PJ. ¿Qué pasa con el DS del propietario? Pues que, dejando la consideración abstracta de su "haz de derechos" englobados bajo la epresión "DS de propiedad", aquí y ahora, sobre este muro, no tiene "DS de propiedad" frente a mí para evitar que yo se lo rompa y salve mi vida. Podemos dar otros ejemplos: tengo DS de propiedad sobre un inmueble, ¿significa que puedo entrar y "gozar" de él? En principio sí (consideración abstracta), pero no si está alquilado (art. 1515, Cód. Civil; consideración concreta). No hay "conflicto de derechos" entre yo propietario y el inquilino. Es un típico "falso problema" el de los "conflictos de derechos".[86]

XV. *La politicidad del derecho subjetivo y algunas dificultades contra ella*

1. "El derecho es armonía vivida en el bien común" *(Lachance)*. Lo expuesto nos lleva, como de la mano, a establecer como una nota esencial del DS su *politicidad*. Entendemos por politicidad, pues, la constitutiva referencia del PJ al bien común político.

Al camino mostrativo seguido hasta aquí, partiendo de la base de un análisis empírico en torno al DS, y recordando someramente la doctrina de la primacía del bien común, podemos agregar ahora otras "vías".

2. Que el hombre es *"animal político"* es una verdad sabida, justificada entre otros por *Aristóteles*.

Que haya una constitutiva relación entre el *derecho* (cualquiera sea la acepción en que esta palabra se considere) y el *hombre*, es una verdad no menos

---

[86] Sobre este tema nos hemos ocupado en *"Estudio sobre Taparelli"*, Infip, Buenos Aires, 1984, p. 65 y sobre el "abuso" en *"Abuso del derecho y derecho subjetivo"*, El Derecho, 9-V-1986. Señala *Messner* que "el verdadero deber sólo puede ser uno en cada caso, porque en el orden de la naturaleza, determinado por el ser, no pueden entrar en conflicto los fines" (*"Etica social"*, trad. Barrios y otros, Rialp, Madrid, 1967, p. 52.

conocida y aun menos discutida que la anterior.[87] Siendo pues el hombre animal político y animal jurídico, el derecho tendrá una relación importante con la politicidad.

3. El *fin* del derecho, en efecto, como *"ipsa res iusta"*, es el bien común político. Dice *Lachance:*

> "Si se considera que el bien que encarna el fin integral del hombre, aquél que se aprecia apto como para hacerlo un hombre completo, no es el bien particular sino el bien común, se ve que este bien es aquél en el cual el derecho encuentra su justificación, su razón de ser. El D. no es para sí mismo, sino que está ordenado para hacer posible y conveniente la vida en sociedad, y también para hacerla efectiva, aportando todo para realizar el bien "común".[88]

Y un preclaro defensor de esta nota de "solicitud", *Olgiati*, dirá:

> "Bien común y derecho no son dos nociones que puedan separarse. Decir BG no es ya decir únicamente individuo o grupo de personas o familia o sociedades menores, sino politicidad: el derecho 'proprie respicit ordinem ad felicitatem communem'." [89]

Y tras recordar cómo la norma jurídica y el acto justo tiene constitutiva referencia al bien común, concluye:

> "En pocas palabras: también para el concepto de derecho, como para cualquier otro concepto, es preciso mirar al ser y a sus leyes racionales. La politicidad es una de esas leyes, que proceden de la intrínseca naturaleza del ser humano. Ahora bien, si el Estado procede 'ex ipsa natura hominis', lo esencialmente necesario para realizar dicha finalidad, que es el Estado, brotará también de las íntimas exigencias de la misma naturaleza del hombre. El derecho, por tanto, está en función de la politicidad".[90]

Siguiendo a *Lachance y Olgiati, Soaje* muestra la politicidad del derecho tras una analítica de sus distintos elementos: la materia próxima del derecho, *la acción humana:* sólo hay derecho en sentido pleno en el seno de la comunidad política; sólo es "apta para la juridicidad" "la acción humana socialmente relevante y asequible por medios sociales". *El "otro":* aquel a quien refiere la CJ (alteridad), el "otro", "es siempre por lo menos la sociedad política y con frecuencia también la persona singular".[91]

---

87 WERNER GOLDSCHMIDT, *"La ciencia de la justicia"*, es una excepción parcial a esa relación hombre-derecho, derecho-hombre, en cuanto admite "recipiendarios parapersonales" (p. 362); que lo son en especial los animales (p. 363); entre quienes habría justicia (p. 364), como habría injusticia respecto de un cuadro en sí mismo (v.gr., contra la "Mona Lisa", p. 364). Aunque para ello admite que "cada cosa posee su subjetividad" (p. 365), y que en donde hay un cuerpo siempre hay "conciencia" y un espíritu de la tierra" (sic., p. 366). Y niega la distinción irreductible entre "espíritu y cuerpo", que "no son sino formas diversas de aparición de un ser elemental" (p. 366). (Aguilar, Madrid, 1958). Esta posición ,nos parece, sería incompatible no sólo con la concepción jurídica *tomista,* sino con toda antropología o metafísica que podamos llamar congruente con el espiritualismo cristiano.

88 LACHANCE, *"El concepto"*, p. 97.

89 OLGIATI, cit., p. 229.

90 OLGIATI, cit., p. 230.

91 SOAJE, *"Politicidad"*, cit., pp. 79/82.

La forma ejemplar, la ley jurídica: "el orden al BC es lo que primaria, principal y propiamente tiene en vista la ley". *La causa formal* y *los títulos jurídicos*: "la medida última según la cual han de apreciarse el derecho y el título correspondiente es el bien común".[92]

Hasta aquí nos hemos referido al D. como CJ.

4. Ahora bien, si el PJ es "d." por analogía, en virtud de su relación con la CJ, y si la CJ registra la nota de la politicidad, también, a su manera, en la medida de su relación con la CJ el PJ será "político". Con el alcance precisado "supra".

Antes de considerar eventuales dificultades a nuestra posición, queremos rescatar una frase de *Olgiati* que esclarece el sentido de la misma:

> "La terminología tomista, cuando habla de politicidad y de juridicidad, lo hace siempre en función de la finalidad intrínseca al ser humano".[93]

A lo expuesto podría quizá *objetarse* si el PJ no queda diluido en nuestra presentación en la contingencia y variabilidad de las circunstancias, de modo de incurrir en un *relativismo jurídico*, toda vez que se lo hace depender, constitutivamente, del fin y de las circunstancias.

Respondemos que hay que distinguir entre "cierta relatividad" y "relativismo". Las relaciones que aquí están en juego son las que van entre *el hombre*, su *poder* para conductas (DS), sus *conductas jurídicas*, reguladas por las *normas jurídicas*, y los *otros* (alteridad), consideradas todas las *circunstancias*, y en definitiva *el bien común político*. Acorde con el rechazo de todo racionalismo, nuestra posición rechaza los "códigos" de normas jurídicas naturales o de DDSS naturales, que no respetan los elementos cambiantes de la realidad. Pero no negamos que haya ciertas *conductas* jurídicas *naturalmente justa*, ni ciertos *poderes* jurídicos que no son tales en virtud de una determinación humana sino por naturaleza, ni ciertas *normas* jurídicas naturales (iusnaturalismo).

De la misma manera, se admiten, en el contenido del bien común, ciertos elementos universales, que se deben dar siempre y en todas partes, como que en todas partes y siempre existe una naturaleza humana. Pero a la vez se admiten aspectos contingentes, dependientes de las circunstancias geográficas, históricas, etc. En torno a aquel contenido fijo e inmutable de lo que sea bien-para-el-hombre se puede construir, sí, una "teoría de la felicidad", y aun una verdadera ciencia política, que no rechace el amplísimo margen de contingencia que hay en la vida política.[94]

La "verdad sobre el DS", pues, por ser verdad, si en él hay aspectos relativos, los debe registrar, pues es "conformidad de la mente con la cosa", y la "cosa" contiene relación. Es aprovechable aquí la intuición de *Josserand* sobre

---

92 SOAJE, *"Politicidad"*, cit., pp. 82/83.

93 OLGIATI, cit., p. 231.

94 La legítima tendencia de rehuir el racionalismo en materia política, no debe inducirnos a caer en un empirismo o "contingentismo" que niegue ciertos principios ciertos de la politica, con un contenido objetivo.

"la relatividad de los derechos".[95] Pero "relativo", esto es, que "dice relación a otro o es portador de una relación" ([96]) a doctrina que admite la existencia de relaciones, no es "relativismo", considerar "como norma de la verdad no es el objeto acerca del cual se emite un juicio sino cualquier otra cosa".[97]

5. *Otra dificultad: "estatalismo" o "positivismo" contra los derechos subjetivos naturales.*

El tipo de dificultad obedece a una *orientación iusnaturalista individualista*. En esta posición, la acentuación de la primacía del BC es vista como yendo en desmedro de los derechos naturales o de una concepción iusnaturalista.

Nos parece que, como está muy emparentada con la anterior, queda respondida con lo respondido en ella. Debe recordarse, además, lo expuesto "supra" en XIV.8.: el bien común no es ajeno al hombre, sino que es el mejor bien del hombre. La dificultad nos da ocasión de recordar la defensa que hace de esta doctrina *Olgiati:*

> "La politicidad del derecho, en suma, no implica el hecho de la existencia anterior del Estado, como condición para que exista el derecho. No significa en modo alguno que el derecho no pueda darse más que en la societas perfecta ya existente, y que no haya derecho más que cuando el Estado crea sus normas; ni que los DDSS dependan del reconocimiento de la sociedad y del Estado. Quiere decir tan sólo que el derecho —cuyo concepto se reduce al concepto de justicia— *expresa, inmediata o mediatamente, una ordenación al bonum commune', es decir, posee una orientación finalista intrínseca hacia la 'societas perfecta'*. Por esta razón, Santo Tomás sintetizaba de este modo sus ideas sobre la juridicidad: 'just politicum est jus simpliciter'; y no puede hablarse de derecho más que en cuanto se da 'similitudinem quandam politici juris'." [98]

6. *Una posición que ilumina, por contraposición, la nuestra*

Un autor liberal, Carlos *Nino*, expresa en una reciente obra suya una contraposición radical a la de la politicidad del derecho subjetivo. Aludiendo a los DDSS dice, sin más, que "constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común".[99] Nada más opuesto para esclarecer, por oposición, lo que queremos señalar al hablar de "politicidad del DS". El DS encuentra su medida, su existencia y su justificación en el bien común.

---

[95] Que "haya relación" no significa que el DS se reduzca a relación. Cfr. JOSSERAND, LOUIS, *"De L'esprit des droits et de leur relativité"*, 2eme. ed. Dalloz, París, 1939 y su obra anterior *"De l'abus des droits"*, ed. A. Rousseau, Paris, 1905.

[96] BRUGGER, *"Diccionario de Filosofía"*, trad. Vélez Cantarell, Herder, Barcelona, 1962, voz "relativo", p. 406.

[97] SANTELER, en *"Dic."* Brugger, cit. n. 96, voz "relativismo", p. 405.

[98] OLGIATI, cit., p. 237, con citas del *Com.* de ST a la Etica Nicomaquea (ver pág. 228). Ver una crítica de *Urdánoz* a OLGIATI-DELÓS-LACHANCE en *"Introducción"*. cit. n. 23. pp. 222/3. Nos parece que los textos citados de *Olgiati* y *Lachance* le dan adecuada respuesta.

[99] CARLOS NINO, *"Etica y derechos humanos"*, p. 37.

[100] En cuanto que la ausencia del tratamiento de las declaraciones podría ser mirada como alguna forma de desvalorización del DS.

7. *Una última dificultad y observaciones sobre las "declaraciones de derecho"*

Nuestra posición puede suscitar alguna dificultad o desconfianza en quienes dan un lugar preferente, al considerar el DS, a las "declaraciones de derechos.[100] Concretaremos en 9 observaciones una somera consideración de este punto.

1. Hay que rechazar todo "absolutismo del DS", o sea, la doctrina individualista, que hemos sintetizado en otros lugares.[101] Tal doctrina considera al DS como la *principal acepción* de "D", concibe a los DDSS como dotados, de suyo, de una *ilimitada expansión*, sólo restringida en un momento posterior al esencial, sea por la norma jurídica, sea por los derechos de otros, con los que estaría en tensión. Muchas de las aludidas declaraciones —no todas— incurren en tal posición.

2. Las citadas declaraciones suelen mostrar cierto *"racionalismo"* o *"abstractismo"* que prescinde de la circunstancia concreta en que queda el DS. Ciertamente que algunos o muchos DSS mencionados en las citadas declaraciones deben ser admitidos con la prevención de que ellas son, como las normas jurídicas naturales, "abiertas", o sea que no explicitan por sí solas adecuadamente todo su contenido.[102]

3. Algunos DDSS, quizá *ni siquiera* con la advertencia del punto anterior *puedan ser armitidos como DDSS naturales.* Así, por ejemplo, un DS indiscriminado a propagar las propias ideas públicamente cualquiera ellas sean.[103]

4. Las declaraciones suelen concebir muchos DDSS como verdaderamente DDSS naturales, en forma indebida. La restricción que la concepción aristotélica tomista hace del DN, entendido como ordenamiento normativo jurídico natural, a *pocos principios* y a algunas conclusiones, implica que no puede darse un "código natural" de DDSS.[104]

5. Muchas declaraciones dan como fundamento último de los DDSS al hombre; son ateas. Una concepción, como la que defendemos, que funda los DDSS en las NNJJ, positivas y naturales (ver "supra", cap. XIII), y la ley jurídica natural en la ley eterna, se contrapone a aquélla en forma radical.[105]

---

101 La expresión "absolutismo del DS" la tomamos de JOSSERAND (*"De l'esprit"*, cit. en n. 95, nº 240). Ver nuestro *"Abuso del derecho y DS"*.

102 El "DS al respeto a la vida", por ejemplo, no es absoluto. El ilegítimo agresor no conserva tal DS. De modo que la fórmula "todo hombre tiene DS a la vida" es, así formulada, "abierta" o "incompleta".

103 Véase, por ejemplo respecto de algunos de estos supuestos derechos, las encíclicas *"Quanta Cura"* (Pío IX) y *"Libertas"* (León XIII). Aun los que no admiten en principio nuestra tesis de que no hay un DS natural absoluto a propagar ideas públicamente, cualquiera sea su contenido, llega un momento en que admiten alguna forma de censura o represión de dicha propagación. Al llegar a ese momento ya su principio cae, dejó de serlo. No nos podemos extender aquí en esto. El problema, entonces, está en el límite...

104 Discrepamos, en estricta doctrina, con que se habla de "derechos humanos", pues todo DS es humano. Además, la alusión a "derechos humanos" parece ser un recurso lingüístico para no hablar de "derechos naturales".

105 Cfr. CARMELO E. PALUMBO, *"Derechos humanos y la doctrina social de la Iglesia"*, Gea, Buenos Aires, 1981.

6. La insistencia en los DDSS puede ser, sino se incurre de suyo en el absolutismo individualista de los DDSS, psicológica y pedagógicamente *anárquica*. La ley busca guiar a los ciudadanos al bien común; si por hipótesis pensamos en que una ley ejercita su función pedagógica acentuando unilateralmente los verdaderos deberes y otra ley acentúa sólo los verdaderos derechos, nos parece que los ciudadanos educados en el deber serán mejores ciudadanos. Es que la insistencia unilateral en los DDS suele estar ligada a una actitud egoísta y, además, antropocentrista.

7. En la misma línea, se suele implicar en los DDSS concebidos por tales declaraciones, la doctrina de que la dignidad de la persona se tiene, simplicitar, por el solo hecho de ser hombre. Se olvida que a la dignidad máxima el hombre la adquiere en la persecución de los fines rectos conforme a las normas. Es en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, y no en el mero "tener derechos" que se llega a la dignidad mayor a que el hombre está llamado.[106]

8. Pegarse excesivamente de las "declaraciones", como si ellas significaran sin más un avance en el cumplimiento concreto y efectivo de la justicia, además de no ser cierto puede implicar, de nuevo, cierto error intelectualista sobre las declaraciones y aun sobre los hombres. Estos no obran mal ni sólo ni principalmente porque no conozcan cuáles son sus derechos u obligaciones, sino por razones "morales". Las "declaraciones" y su actual abundancia, pueden sí significar una cierta conciencia especial en el hombre moderno, pero hasta aun una "mala conciencia", precisamente cuanto menos se respetan los DDSS. Otras cosas del orden moral, político y jurídico, y no tanto las declaraciones, echaríamos de menos hoy, ante la grave crisis espiritual que afecta al mundo.[107]

9. Algunas de tales declaraciones —no todas—, insisten exclusivamente en los derechos subjetivos de ejercicio optativo y de contenido individual de los individuos: suelen faltar los derechos de los individuos dotados de un contenido social, los derechos de ejercicio obligatorio, los derechos de las comunidades humanas, los derechos de la Patria o del Estado.

En conclusión, no habría oposición entre la doctrina defendida y una "declaración de DDSS" que tenga debidamente en cuenta las nueve precisiones formuladas.

XVI. *Conclusión*

1. *Denominación de la doctrina esbozada*

A través de todo lo expuesto ha quedado vislumbrado que una recta doctrina del DS debe insertarse a su vez en una recta doctrina sobre la sociedad política. *Leclercq* expresa muy bien un aspecto de esta última:

---

[106] En el mal uso de la libertad, que es obrar sin derecho, el hombre puede hacerse *indigno*.

[107] "El misterio de la Navidad proclama esta inviolable dignidad humana con un vigor y con una autoridad inapelable, que supera infinitamente a la que podrían alcanzar todas las posibles declaraciones de derechos del hombre" (Pío XII, "*Benignitas et humanitas*", cit., n. 72, p. 884).

"La cooperación representa en la vida social el principio del movimiento. La sociedad no tiene solamente por objeto garantizar la libertad en la igualdad e impedir que los hombres se perjudiquen unos a otros, sino que se propone *organizar la vida colectiva de modo que conduzca al progreso;* organizar el trabajo en común de manera que se haga del conjunto de los hombres un todo que colabore a una obra común, que es la obra de la civilización continuada de generación en generación...

"...La impresión del *inmenso beneficio de la vida colectiva* es universal; es la impresión de un bien común que supera a los bienes individuales, de un bien común en el que todos participan y que excede de lo que cada uno podría adquirir por sí solo... No basta aceptar los límites que impone la libertad de los demás. Debe aceptarse *la disciplina social, que coordina las actividades de todos para procurar el bien común... El deber de cada uno se inscribe en el deber común*".

"Desde este punto de vista, la finalidad social sobrepasa considerablemente a los conceptos de igualdad y libertad, dando lugar a *una empresa constructiva que reclama la colaboración de todos*".[108]

Dentro de ese marco es que están los DDSS. Que tienen realidad pero no entendida como manifestaciones del hombre desligado, en lucha, "hostis", sino como "socius".

Una palabra con que se podría denominar esta concepción sería "solidarista", a condición de que se la depure de la connotación "positivista" que le viene de su adopción por autores como *Duguit*.[109] Recordemos también, en el uso de este término, a *Josserand*.[110] Entre nosotros se ha ocupado de la solidaridad como valor jurídico Carlos *Cossio*, y su aporte es por cierto aprovechable en este tema,[111] así como lo es el de *Mosset Iturraspe*, que califica certeramente con este término toda una orientación en materia civilística[112] o el de *Bidart Campos* en un trabajo de 1968.[113] Carlos *Sacheri* enunciaba, a su vez, estos "tres principios básicos del orden social": 1) La primacía del bien común; 2) el principio de solidaridad; 3) el principio de subsidiariedad, enseñando sobre el segundo principio citado: "La idea de solidaridad encierra un valor sustancial que merece ser destacado, como el *hacerse cargo los unos de los otros*".[114] La concepción aquí esbozada podría llamarse, pues,por contraposición a la concepción individualista o liberal, *"solidarista"*.

---

108 LECLERCQ, *"El derecho y la sociedad"*, trad. Antich, Herder, Barcelona, 1965, pp. 156/7.

109 Ver el contenido de una conferencia suya dada en Buenos Aires, 1911, en SPOTA, *"Tratado de Derecho Civil"* (Introducción. Concepto del derecho, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I, vol. I, p. 166, nº 42).

110 JOSSERAND, op. cit., n. 95.

111 La "solidaridad" integra el "plexo axiológico jurídico", como valor de autonomía del tercer plano. Se valora a "la coexistencia como sociedad", que "se presenta como la actuación funcional de relativos cuya vida asociada ha alcanzado la suprema unidad del 'nosotros' como destino y como empresa". "...Consiste en soportar en parte el destino personal de otro, sin más fundamento para ello que la cercanía vital en que ambos se encuentran al convivir" (COSSIO, *"El derecho en el derecho judicial"*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 11967, pp. 212/3). No nos podemos extender en analizar el texto.

112 JORGE MOSSET ITURRASPE, *"Justicia contractual"* (Ediar, Buenos Aires, 1977).

113 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *"Inndividualismo y solidarismo"* en *"Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille"*, *Depalma*, Buenos Aires, 1968, pp. 89/112.

114 CARLOS A. SACCHERI, *"Santo Tomás y el orden social"*, aparecido en *"Verbo"*, Buenos Aires, mayo de 1975, nº 152.

Pero al hablar de "principio de solidaridad" *Sacheri* lo hacía precisamente exponiendo la doctrina de *Santo Tomás* sobre el orden social. Se nos ocurre pensar entonces si la doctrina defendida puede llamarse "doctrina *tomista* del DS". Nos parece que lo que se ha expuesto no es nada más que un intento de conformar una explicación de DS a la luz del derecho entendido principalmente como "la misma cosa justa" y de la primacía del bien común político, nociones esencialmente tomistas a las que hemos intentado mantenernos fieles. Pero sabido es, como ya lo hemos recordado, que *Santo Tomás* no tematizó expresamente el DS. Si le llamamos "tomista", pues, que esto sea sin entenderlo como aludiendo al "tomismo histórico". Esperamos las opiniones de los entendidos sobre este asunto y en general sobre los resultados a que hemos arribado.

2. *Alcances de la investigación realizada*

Concluimos aquí la publicación de algunos resultados de una investigación que abarca principalmente los citados trabajos "*Aproximación*", "*Abuso del D. y DS*" y el presente.[115] No consideramos a estos resultados como definitivos, ni como la exposición de una doctrina orgánica del DS. Para ello faltaría abordar en forma sistemática:

1º) Una "*historia del DS*",[116] y una *clasificación* y *análisis* de las *posiciones divergentes*, v.gr. la doctrina liberal del DS, su historia y sus principios, sea en sus aspectos políticos, sea en sus aspectos jurídicos.

2º) Una respuesta más definitiva que la esbozada aquí sobre los DDSS *estáticos* y su naturaleza.

3º) Una consideración *metafísica* del DS y correlativamente de otras nociones jurídicas, aquí sólo esbozada (*norma* jurídica, *conducta* jurídica, *título* jurídico, *relación* jurídica, etc.), con especial referencia a las *causas* y al tema de la *analogía* así como su aplicación a dichos objetos y a sus relaciones.

---

115 Como resultado de la misma investigación han de considerarse, además de los citados: el "*Estudio sobre Taparelli*", cit. en n. 86 (uno de sus 3 caps. destinado al DS): "*Hacia una doctrina solidarista del DS*", cit. en n. 60; "*Sobre los derechos humanos y sus fundamentos*", La Ley, 4-V-81, p. 3; "*Sobre libertad política y bien común*", en "*Moenia*", I, Buenos Aires, 1982, pp. 60/98; "*Acerca del DS (reflexiones sobre un caso judicial)*", La Ley, 5-VII-82; p. 1; "*Valor de la vida y doctrina del DS*", La Ley, 1983-D, Sec. doctr., p. 810; "*EL DS al heroísmo*", La Ley, 10-IX-1984, p. 11.

116 Esa historia debe tener, desde luego, en cuenta los trabajos de *Villey* sobre el tema, en especial lo referente al Derecho Romano. El profesor Di Pietro, tiene inédito "*El problema del DS en el Derecho Romano*", un trabajo muy rico que nos facilitó para nuestros trabajos y leyó luego en la sección Fil. Jca. y Política del Instituto de Fil. Práctica; —le agradecemos y esperamos verlo publicado—. *Jean-Pierre Schouppe* hace una buena historia del problema en "*La concepción realista del derecho*", en "*Persona y Derecho*", nº 11, Navarra, 1984, pp. 555/633. No puede dejarse de lado, entre otros, "*La 'moralis facultas' nella filosofia giuridica di F. Suárez*", Sei, Torino, 1957, de *Darío Composta*, un estudio muy completo sobre el DS en Suárez.

4º) Una alusión más intensiva que la aquí efectuada, al *sujeto de los DDSS* y el tema de la *"persona moral"*.

5º) Una *clasificación* de los DDSS, aquí no tematizada.

6º) Y, finalmente, una *definición* del DS, o mejor dicho dos: *DS estático y dinámico.*

Desde luego, no queremos que la construcción doctrinal que se ve como necesaria venga a reincidir en una nueva "inflación" del DS.

3. *Síntesis final*

Con todo, creemos haber contribuido a asentar o probar estas conclusiones u observaciones básicas para una recta doctrina del DS.

1º) La principal acepción de D. es "la misma cosa justa"; en la interpretación que seguimos: "la conducta jurídica debida", (*"Aproximación"*, I/V) que no es una mera *relación*. Y el DS es "jurídico" y "D." por *analogía* ("supra" VII), sin consistir tampoco en una relación.

2º) Una serie de distinciones al hilo de una analítica del "objeto" del DS (*"Aproximación"*, VI/XIV).

3º) En especial la distinción entre DS *estático* y *poder jurídico* (*"Aproximación"*, XII).

4º) Deben tomarse debidamente en cuenta las *doctrinas negatorias* del DS, con todos sus matices y, en su caso, con sus razones. (*"Aproximación"*, XV y XVI).

5º) Es necesario admitir, en sede sistemática, esto es filosófica y esencial, la *realidad*, la *noción* y el *nombre* del DS ("supra" II, III, IV, VIII).

6º) Pero ello en un contexto centrado en la *primacía del bien común político*, y rechazando:

a) sea el *absolutismo político* y sus consecuencias explícita o implícitamente negadoras del DS. (*"Aproximación"*, XVI y "supra", XIV y XV);

b) sea el *"absolutismo de los DDSS"* propio del Liberalismo político-jurídico;

c) sea posiciones del tipo de las de *Villey* que *parecen reducirlo* a una categoría propia sólo de una doctrina limitada a un período histórico.

7º) De ahí que *no pueda hablarse* de "abuso" del DS", ni de "tensiones", "choques", suspensiones o conflictos de DDSS. (*"Abuso del Derecho y DS"* y "supra" XIV).

8º) Porque la *diferencia fundamental* entre la doctrina "tomista" o "solidarista" del DS y la doctrina dominante sobre el mismo no consiste como se suele sostener, en el uso o función del DS. Para nosotros consiste *en la noción misma de DS, constitutivamente determinada y configurada,* esencialmente, entre otras cosas, por su congruencia con el fin ("supra" XIV y XV), esto es por el *bien común político.*

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

Prof. Fil. del Der. UCA - Rosario
Instituto de Fil. Práct., Bs. As.
Investigador Independiente CONICET

DERECHO NATURAL Y LEY NATURAL

Relaciones y diferencias
(Visto en torno a la cuestión sobre el fundamento del derecho)

SUMARIO: PLANTEO DE LA CUESTIÓN: *¿Si el derecho natural es parte de la ley natural?* — II. EL SENTIDO DE LOS TÉRMINOS: II.1) *El derecho;* II.2) *La ley;* II.3) *Naturaleza.* — III. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO: III.1) *La fuente de lo justo;* III.2) *La ley natural moral;* III.3) *¿Existe una ley natural jurídica?;* III.4) *El concepto de derecho natural.* — IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN: *¿Si el derecho natural es parte de la ley natural?*

Es común incluso entre autores de raíz aristotélico-tomista la expresión que señala al derecho natural como parte de la ley natural, distinguiéndose solamente por una cuestión de extensión.[1] Mientras el derecho natural abarca una parte de la moral (aquella que se refiere al bien ajeno al que ordena la justicia), la ley natural comprendería toda la moral, incluso aquella parte que pertenece al derecho natural por su especificidad propia.[2] A primera vista en esencia serían la misma cosa (ley o norma) diferenciándose sólo cuantitativamente, en tanto el derecho natural sería una parte del todo que representa la ley natural.

Pero si esto es así, como podemos conciliarlo con aquella clásica definición del derecho (a la que todos los realistas suscriben) como lo justo, como el "to-di-kaion" aristotélico, como "ipsa res iusta" en el lenguaje de Santo Tomás. Porque, si por un lado decimos que el derecho natural es parte de la ley natural estamos afirmando que es ley, y por otro si afirmamos que el derecho es una "res", una cosa, objeto o término del acto de una virtud (la justicia) sostenemos que no es ley sino una cosa distinta; sería más bien un ente real (de realidad accidental respecto del hombre) y no un ente de razón como la ley aunque mantenga con ésta una estrecha vinculación. En consecuencia, ¿el derecho es una res o una norma?, ¿to-dikaion o nomos?, ¿lex o iustum?

---

[1] Expresión utilizada especialmente por los moralistas, aunque no exclusivamente, pues hay muchos juristas que también la usan.

[2] Dentro del derecho reconocemos dos aspectos. En primer lugar un aspecto objetivo por el cual el derecho siempre es moral por ser el objeto de una virtud (la justicia); la moralidad existe en la misma cosa justa; y un segundo aspecto subjetivo que sería amoral, pues no considera el ánimo con que el agente cumple con lo justo, limitándose solamente al acto exterior. La amoralidad del derecho no reside en la cosa que por ser justa es necesariamente moral, sino en el sujeto que puede realizar lo justo aún sin tener ánimo virtuoso, circunstancia que el derecho no considera por ser ajena a su especificidad propia.

El mismo Santo Tomás señala que "la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando sino cierta razón del derecho",[3] a la que podemos llamar derecho por una derivación del lenguaje en virtud de su relación de causalidad respecto de aquel, siendo derecho solamente en sentido analógico como trataré oportunamente. Ahora bien, esto que se admite pacíficamente en la relación entre ley y derecho, no se ve con la misma claridad cuando a los términos les agregamos el calificativo de "natural"; porque si la ley no es el derecho en sentido estricto, ¿puedo seguir sosteniendo que el "derecho" natural es parte de la "ley" natural y que por lo tanto es ley, sin caer en una contradicción lógica que haría tambalear todo el edificio?. En otras palabras, ¿"la Lex naturalis en Sto Tomás, no es otra cosa que la ética y toda la ética. Entonces, ¿qué es el ius naturalis? ¿coincide con la ley natural o se distingue de ella? y en el supuesto que se distinga, ¿se trata de una distinción cuantitativa?. En suma, ¿es el ius naturae distinto cualitativamente de la lex naturae, o se trata de un minus respecto al plus, una parte respecto al todo, lo que se llama una especie en relación al genero?".[4]

A mi juicio esta cuestión sólo puede dilucidarse si la consideramos a la luz del sentido o significado de los términos, dentro del contexto que resulta el tópico de fondo respecto al fundamento del derecho; sólo así nos daremos cuenta si existe contradicción o ésta es sólo aparente.

II. El sentido de los términos

II.1) *El derecho:* "Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas. El nombre de medicina, por ejemplo, se usó por primera vez para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarlo, después pasó a significar el arte de curar. Así también este vocablo "derecho" originariamente se empleó para significar la misma cosa justa pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se dicierne que es lo justo; después a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien comparece en derecho; finalmente es llamada derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia aun cuando lo que resuelva sea inicuo".[5]

Como podemos apreciar en este texto del aquinate, el derecho no sería un término unívoco, ni equívoco, sino análogo; realizando una analogía de atribución, que es aquella donde el término se aplica propia y estrictamente a un ente, a partir del cual se deriva su utilización a otros que se relacionan con aquel, ya sea en forma denominativa o extrínseca (reciben sólo el nombre), o, real o intrínseca (reciben también algo de la esencia).

En consecuencia, el analogado principal del término derecho es "lo justo", la misma cosa justa, que es el término (entendido como punto final) u objeto

---

[3] Santo Tomás, *S. Teol.* 2-2, Q. 57, art. 1º, sol. 2º.

[4] Olgiati, Francesco, *El concepto de jurídicidad en Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, pág. 263.

[5] Sto. Tomás, *S. Teol.*, 2-2-, Q. 57, art. 1º, sol. 1º

del acto de la virtud de la justicia. Dentro de un esquema realista, el objeto determina el acto y éste a su vez determina a la virtud que es su principio intrínseco, reconociendo a la ley como principio extrínseco (formal y eficiente).

Ahora bien, en el caso de la justicia, vemos que su acto, y por ende su objeto (el derecho), puede ser realizado con independencia respecto de este principio interior que sería la virtud, prescindiendo del ánimo con que lo realiza el agente, lo que se conoce como amoralidad subjetiva del derecho. En otras palabras, el derecho puede ser realizado con virtud o sin virtud; mientras que en el primer caso encontramos los dos principios (la virtud y la ley), en el segundo aunque el acto sea voluntario (deliberado), el principio del acto es solo exterior (la ley), que ejerce su causalidad a través de la coacción que garantiza el cumplimiento de lo justo a pesar de la falta de virtuosidad. La virtud y la coacción tienen una relación proporcional inversa, pues a mayor virtud, hará falta menor o ninguna coacción y a menor o falta de virtud se necesitará mayor coacción, donde en los extremos tenemos a la sola virtud que no toma en cuenta la coacción (aunque reconoce la causalidad externa de la ley) por un lado y la sola influencia de la coacción por el otro, mientras que entre ambos vemos a la virtud y la coacción combinarse para producir el acto.

A partir de esta acepción propia y principal de la palabra derecho, se irán derivando otras por vía de atribución, entre las que se encuentran como las más importantes a la ley y a la facultad jurídica (analogados derivados intrínsecos), en tanto y en cuanto media entre ellos y el analogado principal una relación de causalidad, al ser la ley causa del derecho, y la facultad jurídica o "derecho subjetivo" una consecuencia o efecto. Dado que la analogía del derecho no es el tema específico de este trabajo, a fin de profundizar el mismo se puede consultar la numerosa bibliografía existente.[6]

En suma, en la relación jurídica (alteridad propia del derecho), que podemos definir, como, el vínculo jurídico que une a dos personas, a través de objetos que se encuentran referidos u ordenados a ellos (o a uno de los sujetos), según cierta igualdad, ya sea aritmética o proporcional; podemos apreciar, que la juridicidad le viene por el objeto (ya se trate de cosas, acciones, obras u omisiones siempre que sean exteriores), y no por los sujetos; lo que no quiere decir que las cosas en sí mismas sean portadoras o sujetos de derechos, dado que los sujetos siempre son personas;[7] las cosas no son sujetos de derecho, *son los derechos*, lo justo, pero no tomadas en sí mismas, sino en tanto se refieren a una persona. A fin de determinar la juridicidad, lo importante justamente, es la

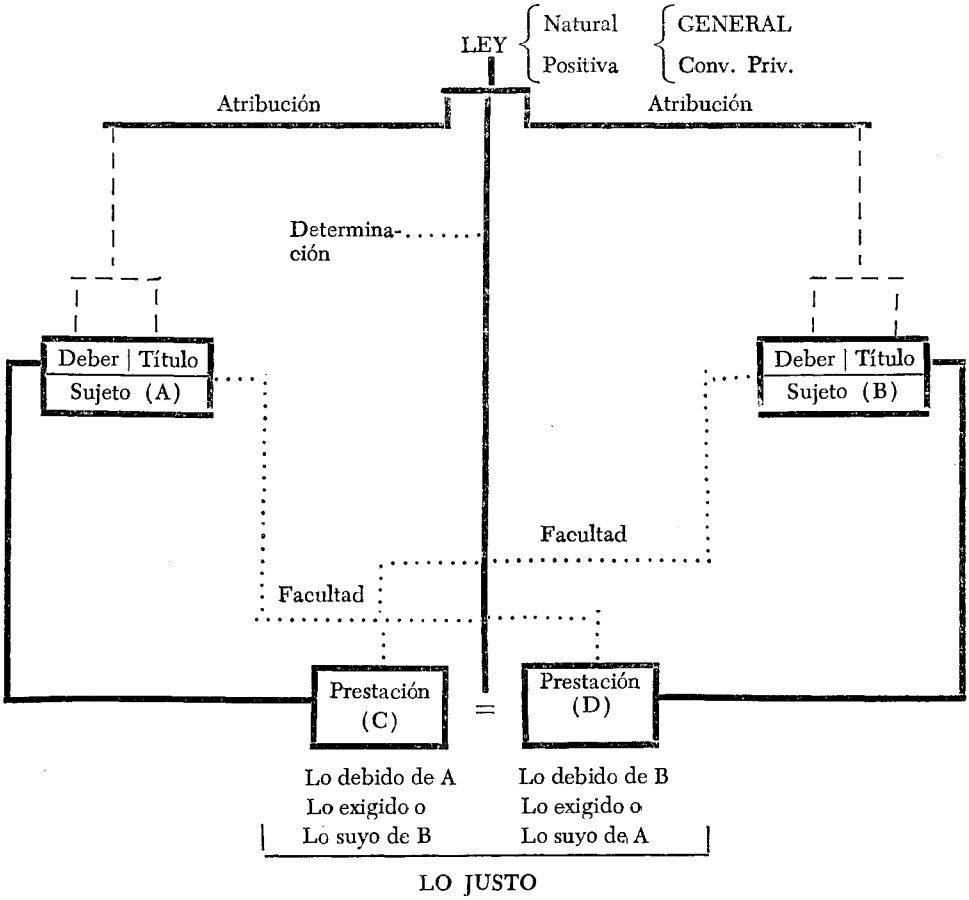
---

[6] LACHANCE, LOUIS, O. P., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás;* KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho;* MASSINI, CARLOS I., *Sobre el realismo jurídico;* VIGO, RODOLFO L., *Las causas del derecho;* QUINTANA, EDUARDO M., *Notas sobre el concepto de derecho.*

[7] Es muy discutido el tema de la titularidad del derecho respecto a las obligaciones "proepter rem" que siguen a la cosa, o a ciertos derechos reales como las servidumbres de un fundo respecto a otro, situaciones donde parecería que la titularidad de los derechos se encontraría en las cosas mismas; sin embargo a mi juicio no es así porque siempre existe un sujeto, sea determinado o indeterminado sobre el que pesa el interés jurídico, ya se trate de una persona de existencia física o de existencia ideal (lo que comúnmente se llaman personas jurídicas, aunque en realidad las personas físicas también lo son, de ahí que utilice el término "de existencia ideal" como más apropiado para marcar la diferencia).

referencia u *ordenación* que una cosa exterior, tiene respecto a una persona que revista el carácter de titular, en virtud de alguna causa. En este sentido podemos concluir, que el dercho es un *objeto relacional* (objeto o término de una relación, que le da el carácter jurídico a la misma), que tiene una existencia accidental respecto al hombre, que es la substancia donde reside, siendo justamente un *accidente de relación.*

Podemos apreciar mejor lo que es la relación jurídica en el siguiente gráfico; tomando como base una relación de justicia conmutativa;



II.2) *La ley:* como vimos, la ley es uno de los analogados derivados del derecho (por analogía de atribución intrínseca), al realizar respecto de este una doble causalidad: a) *es causa formal extrínseca* o *ejemplar,* dado que la forma que hace que el derecho sea lo que es, le viene desde fuera, pues existe "a priori" de la realidad, en la ley (razón divina o humana), como cierta regla de prudencia, la ley determina al derecho;[8] b) *es causa eficiente o fuente:*

[8] SANTO TOMÁS, *S. Teol.,* 2-2, Q. 57, art. 1º, sol. 2º.

pues pone al derecho en existencia, prescribiendo que se cumpla con lo justo, al ser uno de los atributos propios de la ley el imperium. "Como principio formal, hace que el obrar lleve tal o cual determinación; como principio eficiente, la ley hace que el derecho se realice. La causalidad eficiente sirve de soporte a la causalidad formal".[9] *Lex statuit ius,* la ley estatuye o establece el derecho.

Ahora bien, ¿qué es la ley?. Santo Tomás la define como, *"cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad".*[10] Podemos apreciar que en esencia, *la ley es norma* (nomos), regla de conducta, medida de los actos, y como tal reside en la razón. Sin embargo, sin negar esta esencialidad, el aquinate reconoce otra manifestación de la misma, no ya en sentido estricto o propio, sino más bien participado de aquella noción esencial, en tanto la ley reside de alguna manera en lo reglado y medido por ella, y en este segundo modo derivado o impropio, la ley no reside en la razón, sino en las cosas o materia regulada por la misma.

De lo dicho, se desprende que la ley, además de ser un analogado del derecho, realiza en sí misma una verdadera analogía. En otras palabras, la ley entendida como tal (y no como derecho), es también un término análogo que se puede predicar a distintas realidades. "Esto permite transformar el concepto de ley, que tiene un origen en la ley humana, en un concepto trascendentemente analógico, es decir, en un concepto que se extiende analógicamente a la ley humana y a Dios".[12]

En consecuencia, podemos señalar distintas realidades que realizan el concepto analógico de ley:

a) *La ley eterna:* Es la razón divina que dirige todos los actos y mociones de las creaturas. Se trata de una ley cósmica que rige todo el orden creado, teniendo a Dios como legislador.

b) *La ley natural:* Es la participación de la ley eterna en la creatura racional; es una ley fundamentalmente moral que como tal reconoce su fundamento en el plano ontológico, o sea, en el ser. El legislador también es Dios.

c) *La ley divino-positiva:* Es la ley revelada por Dios, que manifiesta aquellas cosas que el hombre no puede alcanzar por su sola razón, o precisa aquellas otras, que si bien el hombre las puede conocer, es conveniente que sean reafirmada debido a la debilidad humana. Su núcleo está configurado por la ley antigua o Torah promulgada especialmente en el monte Sinaí y la ley nueva o evangelio proclamada esencialmente en el monte Tabor. Se trata fundamentalmente de una ley de carácter religioso.

d) *La ley humano-positiva:* Es la ley que dicta el hombre para regir sus actos exteriores y relaciones jurídicas, derivándose de la ley natural por vía de conclusión o determinación. Se trata de una ley jurídica.

Todas estas realidades participan de la noción de ley, pero no de la misma manera: si bien todas tienen los atributos propios de la ley, tenemos que reco-

---

9 LACHANCE, LOUIS O. P., op. cit., pág. 193, Ed. Buenos Aires, 1953.
10 SANTO TOMÁS, S. *Teol.*, 2-1, Q. 90, art. 4º, resp.
11 SANTO TOMÁS, S. *Teol.*, 2-1, Q. 91, art. 2º, resp.
12 KALINOWSKI, GEORGES, op. cit., pág. 152, Ed. A. Perrot.

nocer que la ley eterna es la ley por excelencia de la que se derivan todas las demás. Sin embargo, como señala Santo Tomás, el concepto de ley tiene su origen en la ley humana a partir del cual extendemos el término a las demás. En otras palabras, si tomamos en cuenta el contenido, todas las leyes se derivan de la ley eterna; en cambio, si consideramos el uso del término ley, lo encontramos originalmente en la ley humana extendiéndolo por analogía a las demás, porque esta originalidad no significa una preeminencia en el orden de la causalidad, sino más bien una precedencia en el orden conceptual.

Por otra parte, si decimos que la ley humano-positiva es jurídica, se nos plantea la cuestión acerca de la juridicidad o no de las demás, especialmente de la ley natural, tópico que trataré más adelante.

II.3) *Naturaleza:* En el planteo de la cuestión usamos dos veces el término natural acompañado de los sustantivos derecho y ley. Ahora bien, este adjetivo natural, es en realidad un sustantivo, "naturaleza", que nosotros adjetivamos para atribuírselo a esos términos, siendo por lo tanto una proyección del concepto de naturaleza sobre esas realidades. "Si adjetivamos el concepto y hablamos de natural (lo que nos resultará útil en el caso del derecho natural) ya que de lo que se trata en el fondo es de adjetivar (natural) una sustantividad que es el derecho, el problema no es menos engorroso, habida cuenta que debe intentarse establecer una dialéctica de lo natural que permita clasificar los diversos procesos que ocurren entre los seres con respecto a la relación que guardan con su naturaleza".[13]

En consecuencia, para precisar exactamente el sentido del adjetivo natural, es necesario que lo veamos en su sustantivación como naturaleza. Podemos distinguir distintas acepciones o sentidos del término naturaleza, como ser el originario como nacimiento; o como principio engendrante transmisor de su propia naturaleza; como sujeto de todo cambio o materia; como forma; como principio intrínseco de operaciones en orden a su fin; como lo dado o creado; como espontaneidad, etc. De lo que podemos concluir que el término naturaleza es también análogo.

La acepción principal, es aquella que la considera como esencia en su aspecto dinámico, en tanto principio intrínseco de operaciones en orden a su fin (las demás en alguna manera se relacionan con esta). "Todos los seres tienen una finalidad intrínseca que resulta de un principio de operación. A ese principio de operación llamamos naturaleza. Entendemos por naturaleza un principio de acción y de pasión intrínseco a cada ser y común a todos los seres".[14]

La esencia es lo que hace que el ser sea lo que es, y la misma la podemos apreciar desde un aspecto estático como estructura del ser en su configuración interna, o desde un aspecto dinámico que se desprende de aquel, donde la misma esencia es principio de operaciones del ser, por el cual el ser se mueve a sí mismo, siendo el operar una manifestación de su propio ser. *El operar sigue al ser* dicta el tradicional principio de la filosofía perenne; cada ser obra según su

---

13 PORTELA, JORGE, *Derecho Natural*, pág. 77. Edit. Legislación Ordenada, S.R.L.

14 LÓPEZ VALDIVIA, RIGOBERTO, *El fundamento filosófico del derecho natural*, pág. 84. Ed. Tradición, México.

forma y este actuar no es otra cosa que la actualización de las potencialidades o virtualidades de la sustancia en orden a su propio fin, que es la perfección o desarrollo pleno de su propia naturaleza. "El despliegue de toda naturaleza consiste en el tránsito de una forma potencial a una forma actualizada. En el orden humano este tránsito pasa por su inteligencia y su libertad. Por eso su crecimiento intelectual y moral no es automático, no está sujeto a necesidad. El hombre puede colaborar con la tendencia natural que lo impulsa a conocer la verdad y a obrar bien, u obstaculizarla",[15] lo que no puede hacer es apartar de sí las consecuencias de su obrar, por las que tendrá que responder.

Tampoco se puede desconocer aunque no sea el objeto directo de nuestro estudio, el dato que nos brinda una sana teología respecto al desorden que introdujo el hombre en su naturaleza a través del pecado original que lo inclina a obrar mal, y que hace necesaria la intervención de la gracia juntamente con la voluntad humana (a través de las virtudes) a fin de lograr la superación de ese estado de naturaleza caída, en orden a su perfección, circunstancia que no se logra sin tensión, sin lucha. Sin embargo, a pesar de esta enfermedad, el hombre puede encontrar en su naturaleza directivas de su obrar, siguiendo aquellas inclinaciones que lo perfeccionan; porque si bien la naturaleza humana se encuentra caída, lo que hace necesario ese combate interior, de ninguna manera está destruida como sostenía Lutero, y aun en ese estado, encontramos en ella un orden teleológico que se complementa con aquel otro sobrenatural que lo sostiene y al que estamos llamados.

En suma, en este sentido de principio intrínseco de operaciones, la naturaleza es causa eficiente o fuente del operar, pero no se trata de una eficiencia ciega, sino ordenada por una finalidad también intrínseca a la que tiende la misma naturaleza. En consecuencia, como dice aquel otro gran principio de la filosofía de todos los tiempos, *el fin es el último en el orden de la ejecución* (y en este orden es efecto de la causalidad eficiente), pero, *es el primero en el orden de la intención* (de la inteligibilidad), y como tal es causa de las causas, incluso de la causalidad eficiente, porque todo agente actúa por un fin que es el que lo mueve a obrar. "Nos hace ver en la naturaleza la raíz del primer movimiento de los seres hacia su propio fin: es decir, la tendencia radical que los impulsa a la búsqueda de la propia perfección. Para que una cosa pueda ser natural a un determinado sujeto se requieren dos condiciones: *el origen* íntimo o causalidad intrínseca dado por la inclinación o tendencia espontánea; *la finalidad* colocada en aquellos bienes que exige el sujeto para su propia perfección. Por lo tanto es natural lo que se encuentra en el punto de confluencia de los dos requisitos ya descriptos: *génesis y fin*".[16]

Como vimos, cada uno de los términos que forman las expresiones con que designamos a estas dos realidades que llamamos derecho natural y ley natural, pueden tener varias acepciones, por lo que se hace necesario que al usarlas tengamos en cuenta en que sentido las utilizamos, y precisar lo más posible los mismos, de lo contrario la cuestión se nos saldría de quicio y podríamos llegar

---

[15] QUINTANA, EDUARDO M., op. cit., pág. 14.
[16] GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, pág. 87, Ed. Eudeba.

a conclusiones erradas. A continuación trataré de dilucidar el problema planteado a la luz de las precisiones señaladas y dentro del contexto del tema de fondo (subyacente en toda la aporía) sobre el fundamento del derecho.

III. El fundamento del derecho

III.1) *La fuente de lo justo:* Aquí se nos presenta el gran tema de fondo, consistente en saber en que se funda el derecho, de donde surge. Esto nos pone especialmente frente al tema de la causalidad eficiente o fuente del mismo; sin embargo, no podemos analizarla aisladamente sin tomar en cuenta las demás causas (especialmente el fin que mueve a la causa eficiente) porque en definitiva todas confluyen en el mismo ser (en nuestro caso el derecho) configurándolo desde dentro y desde fuera, lo que hace que todas las causas estén estrechamente vinculadas entre sí.

Santo Tomás en su doble aspecto de teólogo y filósofo, trata del tema del fundamento del *"ius"* o más precisamente del *"iustum"*, en dos partes distintas de la Suma Teológica: 1) En el tratado de la ley (junto con el fundamento de la moral, de la que el derecho forma parte aunque se distinga por cierta especificidad propia) lo hace especialmente como teólogo, partiendo de las alturas de la ley eterna, causa primera de todo lo creado y *descendiendo* a través de las distintas causas segundas hasta sus últimas consecuencias; 2) En el tratado de la Justicia (especialmente en la cuestión sobre el derecho) usa un método inverso, más filosófico, al partir de las manifestaciones concretas del ser, en nuestro caso la realidad justa, para ir *ascendiendo* a partir de allí en el orden de la causalidad hasta su fundamento. De ninguna manera quiere decir que ambos caminos sean contrapuestos dando posibilidad a la existencia de alguna contradicción, sino que más bien se trata de métodos complementarios que confluyen en la noción misma de ser entendida en toda su amplitud (tanto respecto a la realidad finita como a Dios).[17]

Ahora bien, el segundo sería el método propio del jurista o del filósofo del derecho, que no puede desconocer que el fundamento último de su objeto excede los límites de su propia ciencia, teniendo que recurrir al auxilio de una ciencia superior como es la teología a la que se subalterna dentro de una adecuada integración del saber. Sin embargo, sin negar esto, el filósofo sólo puede alcanzar esas alturas partiendo de la realidad concreta que es su objeto inmediato. Este es el camino que trataré de recorrer a partir de aquí, por eso

[17] Michel Villey en *El derecho, perspectiva Griega, judía y cristiana*, Ed. Ghersi, sostiene que en el tratado de la ley, el aquinate no se refiere al derecho (y por lo tanto tampoco a su fundamento) sino a la ley moral (ver págs. 49 a 63). Si bien es cierto que Santo Tomás no habla del derecho en sentido estricto en el tratado de la ley, pues lo trata específicamente en el tratado de la justicia al referirse a su objeto; y que la principal preocupación que mueve el aquinate al escribir el tratado de la ley es fundamentalmente moral y no jurídica al ser un teólogo y no específicamente un jurista; sin embargo, no excluye el problema de la juridicidad y de su fundamento al considerarlo parte integrante del gran problema sobre el fundamento del orden moral del que el derecho forma parte. Por otra parte, también habla de la ley humano-posiiva que es jurídica e incluso toma de ésta su definición de ley, de lo que se concluye que si bien el tema moral es el principal del tratado, el problema del fundamento del derecho forma parte de aquel.

elegiré para comenzar un texto del tratado de la justicia y no del tratado de la ley.

En consecuencia, el aquinate luego de definir el derecho como el objeto de la justicia en el art. 1º de la cuestión 57; en el art. 2º trata específicamente del fundamento (en este caso inmediato) del *"iustum"* (lo justo), distinguiendo para eso entre lo *"iustum ex natura rei"* (lo justo natural) y lo *"iustum ex condictio"* (lo justo positivo): "Según lo expuesto, el derecho o lo justo es algo adecuado a otro conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto, y esto es el derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye entre personas particulares, o por convención pública, v.gr., cuando todo el pueblo consiente que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa su persona. Y esto es derecho positivo".[18]

Algunos autores tomistas importantes; como por ejemplo Urdánoz, sostienen que en el art. 2º citado, el Santo utiliza el término derecho en su acepción derivada de ley o norma: "apenas sale de esa cuestión en que define el derecho como objeto de la justicia; y ya casi se olvida de este primordial sentido objetivo para acomodarse al uso latino que llamaba ius a la ley en general o sistema de leyes".[19] Si esto fuera cierto tendríamos prácticamente resuelta la aporía que nos planteamos al comienzo, pues el derecho natural y la ley natural se identificarían en su esencia normativa, diferenciándose solamente por una cuestión de extensión, al ser el derecho natural sólo una parte de la ley natural que abarca todo el campo de la moral.

Personalmente pienso que no es así, y se me hace que se trata de una interpretación forzada del texto tomista, en consideración a las siguientes razones: 1) No se entiende como después de precisar el término derecho como objeto de la justicia, a pesar de señalar su riqueza analógica, lo use en el artículo siguiente en un sentido diverso sin advertirlo, lo que llevaría al riesgo de interpretaciones contradictorias, no siendo éste el estilo del santo cuya finalidad es más bien definir con claridad. 2) Para reafirmar más el sentido objetivo en que utiliza el término derecho en este texto, al comenzar la respuesta en el art. 2º vuelve a definir al derecho como "algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad"; o sea, como lo justo. 3) Por otra parte continúa diciendo: "una *cosa* puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera atendida la naturaleza misma de la cosa... Segunda por convención o común acuerdo"; de lo que se desprende que en todo momento el aquinate utiliza el término derecho como sinónimo de cosa, de *res* y no de norma, a la que correspondería más bien los términos "naturaleza" (entendida como ley en sentido material que se formaliza a través de la ley natural moral como veremos más adelante)

---

18 Santo Tomás, S. *Teol.*, 2-2, Q. 57, art. 2º resp.

19 Urdanoz, Teófilo O. P., *Introducción a la cuestión* 57, en S. *Teol.* ED B.A.C., vol. VIII, pág. 185.

por un lado y "convención o acuerdo" ya sea público (ley) o privado (convenio privado).

A estas razones, podemos agregar un análisis de la fuente del texto en cuestión, que la versión de la B.A.C. que el mismo Urdanoz comenta cita como tal al Libro V, lección 12 de la "Etica a Nicómaco". de Aristóteles (ver nota al pie de página en el comienzo del art. 2º de la cuestión 57, edic. B.A.C., pág. 234) que dice: "Mas lo justo político, parte es natural y parte legal. Natural, porque en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de que se piense de esta o de la otra manera. Legal, porque en un principio es indiferente que se proceda de esta o de aquella manera; pero una vez establecido deja de ser indiferente".[20] Conviene aclarar que Aristóteles utiliza la expresión "lo justo" (To-Dikaion) para designar al derecho y la palabra "legal" para referirse a la ley positiva, que es la única que Aristóteles llama ley,* y así lo señala Santo Tomás en su comentario al texto aristotélico: "Dice, pues primeramente, que lo justo político se divide en dos: uno, es lo justo natural, y otro lo justo legal. Esta división es la misma que la que ponen los juristas, cuando establecen que el derecho o es natural, o bien positivo, porque *llaman derecho a lo mismo que Aristóteles denomina lo justo.* Isidoro expone en el libro de las Etimologías, que se dice derecho como si se dijera lo justo".[21] En consecuencia, surge evidente que en todo el texto el aquinate utiliza la palabra derecho como lo justo y no como norma.

En suma, podemos distinguir una doble fuente de lo justo: natural y positiva, donde lo justo o derecho natural no se identifica estrictamente (aunque si analógicamente) con la naturaleza entendida como norma directiva del obrar, sino más bien con el objeto determinado o establecido por ella, o sea el resultado o efecto de la norma natural que sería la fuente. De la misma manera lo justo o derecho positivo no se identifica con la norma positiva, sino más bien con lo determinado por ella. En ambos casos hay que distinguir la norma de lo normado por ella; porque en realidad, el derecho ya sea de origen natural o positivo no existe en abstracto sino en concreto, por lo que no podemos hablar en sentido estricto (aunque sí analógicamente) de la existencia de un derecho natural o de un derecho positivo, sino que más bien tendríamos que referirnos a distintos justos o derechos (en sentido objetivo) concretos determinados en cada caso, por la naturaleza o por la ley positiva.

De lo dicho se desprende que *la naturaleza es fuente de lo justo,* es como veremos causa eficiente principal del derecho, en tanto que como principio intrínseco de operaciones marca las tendencias o inclinaciones en orden a un fin también intrínseco a ella, que no es otro que la perfección de la misma a través del desarrollo pleno de todas las potencialidades ya en germen en ella desde

---

[20] ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco,* libro V, lección XII.

* Esto no quiere decir que Aristóteles desconozca la existencia de un logos universal (ley no escrita) al modo de Heraclito, que se manifiesta a través de la naturaleza; sino que cuando habla en sentido estricto de ley o "nomos" (por ejemplo, en el Libro V de la Etica) se refiere exclusivamente a la ley positiva que puede ser escrita o no escrita (costumbres, tradición) y no a la naturaleza a la que llama "physis", y mucho menos al concepto de ley natural, que le es ajeno (es patrístico) por carecer del concepto de participación propio de la ejemplaridad de origen platónico.

[21] SANTO TOMÁS, *Comentarios a la ética a Nicómaco,* L. V, lec. 12.

su origen. En este aspecto, el orden natural es un orden teleológico ordenado por el principio de finalidad que le da un lugar y un sentido a cada ser dentro del cosmos. Este orden natural se complementa con un orden positivo que se deriva de aquel y ambos forman el orden jurídico por el cual cada uno recibe lo suyo; que si bien se encuentra especificado por la cosa justa comprende también otros elementos como la ley por ser causa de ese orden y las facultades jurídicas, consecuencias de lo justo objetivo.

De esta manera podemos afirmar junto a Cicerón que "debemos buscar la naturaleza del derecho en la naturaleza del hombre",[22] a lo que podemos agregar que *el derecho se funda en la naturaleza del hombre tomado en sí, bajo su aspecto social y en la naturaleza de las cosas* (por las que el derecho se instrumentaliza) *no tomadas en sí, sino en tanto se ordenan al hombre.* En otras palabras, puedo decir con Villey que el derecho se funda en la naturaleza de las relaciones sociales aptas para recibir la juridicidad y de las instituciones y cosas mediante las cuales se instrumentalizan. Y en esto tiene absoluta razón el profesor francés, que sin embargo, en su empeño por evitar cualquier contagio o confusión de su doctrina con la del derecho natural moderno de origen racionalista, niega la relación que existe entre la naturaleza de las relaciones y grupos sociales (donde se encontraría el derecho) y la naturaleza del hombre con sus inclinacions (que sería individual y por lo tanto fundamento de la moral pero no del derecho), olvidándose que las relaciones y grupos sociales se fundan también en la naturaleza del hombre, en este caso no individual, sino social (en realidad no se puede hacer una división tan tajante entre el ámbito individual y social de la persona humana) al ser accidentes de la sustancia hombre. De lo contrario no se podría explicar el origen natural de la sociedad y tendríamos que caer en alguna explicación de tipo contractualista que es justamente lo que Villey quiere evitar.[23]

En consecuencia, como complemento de esta causa eficiente principal o fundamento recientemente descripto, tenemos que señalar la función que ejercen las fuentes positivas, que serían la causa eficiente instrumental del derecho, en este caso de lo justo positivo, incluido aquello justo natural que es positivizado al ser reconocido por el ordenamiento jurídico positivo, que en este caso no constituye sino que meramente declara la existencia de un derecho ya determinado por la naturaleza.(*) Entre las fuentes positivas tenemos que señalar principalmente a la ley jurídica (humano-positiva) que se deriva de la ley natural, ya sea a modo de conclusión, o a modo de determinación; junto con otras fuentes secundarias como pueden ser las costumbres, la jurisprudencia, etc.

Habiendo llegado a este punto, se nos plantea la cuestión de saber si la ley natural y la noción de naturaleza se identifican o se distinguen. En otras palabras, tenemos que ver si cuando hablamos de ley natural o de naturaleza de las cosas nos estamos refiriendo a lo mismo o a cosas distintas. Me referiré a este particular en el punto siguiente.

---

[22] CICERÓN, *Tratado de las leyes*, Lib. I.

[23] VILLEY, MICHEL, *El Derecho, Perspectiva griega, judía y critiana*, pág. 63, Ed. Ghersi.

* Justo positivo *per accidens*.

III.2) *La ley natural moral:* Santo Tomás se plantea la aporía en el artículo 2º de la cuestión 91, del tratado de la ley, cuando se pregunta si se da en nosotros una ley natural, a lo que responde: "La ley puede considerarse de dos maneras, ya que es regla y medida: como está en quien mide y regula y como está en lo medido y regulado; porque lo medido y regulado lo está en cuanto participa de la regla y medida".[24] Como vemos el aquinate señala una doble "existencia" de la ley: una primera que podemos llamar *ley en sentido estricto, propio o formal,* en tanto la consideramos como regla y medida de las cosas, y como reglar y medir es propio de la razón, de esto se concluye que en este primer sentido la ley reside o existe en la razón, en conformidad con la tradicional definición de ley dada por el santo en la cuestión 90; sin embargo, agrega un segundo modo o existencia, que es la que tiene la ley en lo reglado y medido por ella, lo que nos permite llamarla ley, no ya en sentido estricto, sino más bien en *sentido amplio, impropio o material,* en cuanto consiste en la materia regulada por la ley que participa de esta manera de la regla de la razón; en este segundo sentido la ley no reside en la razón, sino en las cosas, que serían "lo legal".

Y continúa el texto: "...Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la providencia están sujetas a la regla y medida de la ley, como antes dijimos, es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás creaturas el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia en cuanto el mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente al debido orden de sus actos y de su fin. Y tal participación de la ley eterna en la creatura racional es lo que llamamos ley natural".[25]

Del texto se desprende que la ley natural es ley en sentido participado, en tanto es relfejo de la ley eterna, y en el lenguaje tomista podemos decir que participa de aquella como lo reglado y medido (naturaleza) participa de la regla y medida (la ley eterna que reside en la razón divina ordenadora), llevándola "impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines". En este sentido ley natural y naturaleza se identificarían, correspondiendo tanto a las creaturas irracionales y al hombre al modo de tendencias primarias del ser que guían y orientan sus actos al cumplimiento de sus respectivos fines según su naturaleza. Sin embargo, al final concluye que solamente llamamos ley natural a la participación de la ley eterna en la creatura *racional,* excluyendo por tanto a los irracionales, lo que nos llevaría a una aparente contradicción, que en realidad no es tal, como trataré de explicar.

En el mismo texto sostiene: "entre las demás creaturas, el hombre está dirigido de una manera más excelente"; pues mientras las demás creaturas cumplen necesariamente esta ley que es física y óntica; en cambio el hombre que asume la naturaleza de los seres inferiores, le agrega una nota propia de su naturaleza específica racional, sometiéndose de una manera consciente y libre. O

---

24 SANTO TOMÁS, *S. Teol.*, 2-1, Q. 91, art. 2º, resp.
25 SANTO TOMÁS, *S. Teol.*, 2-1, Q. 91, art. 2º, resp.

sea, que sin dejar de ser óntica por estar en las raíces mismas de su ser, el hombre le agrega a la ley una *dimensión moral.*

Como las demás creaturas, el hombre tiene inclinaciones o tendencias propias de su ser, y que como tales marcan los principios de su obrar en orden al cumplimiento de su fin; estamos aquí todavía dentro del plano ontológico. Pero a diferencia de las demás creaturas, el hombre puede *conocer* por medio de su inteligencia esas inclinaciones, aprehendiendo el orden intrínseco que hay en ellas y *expresarlas en fórmulas, en forma de preceptos de deber ser,* por medio de los que dirige su obrar. De esta manera, la razón humana que es medida por las cosas (aquí encontramos la verdad), en este caso por sus propias inclinaciones, se transforma en regla y medida de sus actos en orden a su fin; de aquí viene la expresión "recta razón", que significa que la razón está previamente conformada con la objetividad del ser. Así lo expresa Santo Tomás: "En cuanto el mismo cae bajo la dirección de la providencia (es medido) y a la vez dirige *del ser al deber ser,* y como dice el principio fundamental de una auténtica ética realista, *el obrar sigue al ser,* "todo deber ser se funda en el ser, la realidad es el fundamento de lo ético, el bien es lo conforme a la realidad".[26]

De acuerdo a esto, podemos hablar siguiendo a Kalinowski, de una doble existencia en la ley natural: una implícita en la naturaleza (ontológica) y una segunda explícita en el precepto (gnoseológica y moral); sin embargo esta doble existencia a que hacemos referencia aquí (en la realidad y en la razón; en el ser y en el conocer) no quiere decir que se trate de dos leyes naturales, sino que se refiere más bien a dos "momentos o aspectos" de la misma ley natural, uno óntico y otro deóntico.

A diferencia de los irracionales, solamente en el hombre se dan estos dos momentos de la ley natural; por lo tanto sólo en el hombre se da la ley natural en toda su amplitud. Como dice el aquinate: "Es doble el modo como algo puede someterse a la ley eterna: en primer lugar, se puede participar de la ley eterna por el conocimiento. En segundo lugar por acción o pasión, en cuanto participa de ella como un principio de movimiento. Y en este segundo sentido participan de la ley eterna las creaturas irracionales. Pero como la creatura racional tiene algo en común con los irracionales, y algo propio en cuanto es racional, por ello está sometido a la ley eterna de ambas maneras. Porque por una parte, como ya hemos dicho, conoce en su conciencia la ley eterna, y por otra en cuanto naturaleza, siente la inclinación hacia todo lo que es concorde con la ley eterna".[28]

Por eso, Santo Tomás, si bien distingue estos dos modos de participar de la ley eterna, reserva el término *"ley natural"* para la ley moral (que incluye lo ontológico por fundarse en él) que se da en *el conocimiento* que tiene el hombre de sus propias inclinaciones naturales; por lo que sólo en el hombre la ley natural además de ser lo reglado y medido por la ley eterna, se transforma en regla y medida de su obrar. En consecuencia, la ley entendida en su sentido estricto como ordenamiento de la razón (regla y medida de los actos) sólo se

---

26 PIEPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad,* pág. 15, Ed. Rialp.
27 KALINOWSKI, op. cit., pág. 73.
28 SANTO TOMÁS, S. *Teol.,* 2-1, Q. 93, art. 6°, resp.

da en la razón divina como ley eterna y en la razón humana como ley natural, o positiva, mientras que en los irracionales sólo por analogía podemos utilizar el término ley en tanto participan como lo reglado y medido, de la ley eterna. "Que aún los animales irracionales participan a su modo de la razón eterna, como también la creatura racional. Pero porque la creatura racional participa de ella intelectual y racionalmente, por eso la participación de la ley eterna en la creatura racional se llama propiamente ley, por ser la ley algo de la razón, como se ha dicho (Q. 90, art. 1º). Mas, en las creaturas irracionales dicha participación no se da racionalmente, por lo que no puede hablarse de ley sino por semejanza".[29]

En suma, si bien los términos ley natural y naturaleza se relacionan estrechamente, no se identifican totalmente, porque la ley natural en sentido estricto, se refiere a la ley moral que se da en el hombre, por el conocimiento que éste tiene de sus propias inclinaciones, reconociendo como fundamento de la misma a la naturaleza humana; mientras por otro lado, el término naturaleza es más amplio porque puede aplicarse con propiedad a todos los seres y no limitarse solamente al hombre como en el caso de la ley natural. Todos los seres tienen naturaleza como principio intrínseco de operaciones, pero sólo el hombre convierte este principio en una ley formal.

Por último, nos queda por considerar el tema referido al contenido y extensión de la ley natural. Respecto al primero, ya hemos adelantado el principio que señala el aquinate en cuanto, *"así pues, según el orden de las inclinaciones, hay también un orden de los preceptos de la ley natural"*.[30] De esta manera se le da un contenido a aquel principio formal de hacer el bien y evitar el mal en que se funda la ley natural, pues será bueno todo aquello a lo que el hombre tenga inclinación natural (ya sea en común con los irracionales o específica debido a su naturaleza racional) y por el contrario será malo lo que obstaculice el normal desarrollo de estas inclinaciones. Ahora bien, lo dicho nos lleva a considerar el alcance o extensión de estos preceptos elaboradas por la razón humana en su faz práctica; y al respecto podemos señalar que a diferencia de la razón especulativa que trata sobre cosas necesarias, y por lo tanto tiene el mismo grado de certeza en sus principios como en sus conclusiones; la razón práctica (que es la misma razón especulativa, que por extensión se convierte en práctica desarrollando una función distinta) se refiere a cosas contingentes como las operaciones humanas, que como tales están sujetas a cambio, y por lo tanto no existe el mismo grado de certeza en los principios generales y en las conclusiones particulares. Así como en los principios generales encontramos certeza, la misma se va perdiendo a medida que nos alejamos de aquellos, y nos sumergimos en la realidad concreta sometida a circunstancias cambiantes.

En conclusión, la ley natural moral está compuesta por preceptos generales, primeros principios orientadores del obrar, nucleados a partir del primer principio de hacer el bien y evitar el mal, pero que al mismo tiempo hacen necesario un sin fin de determinaciones particulares, ámbito propio de la ley positiva y del actuar prudencial. Por eso, si bien la ley natural es inmu-

---

29 SANTO TOMÁS, S. *Teol.* 2-1, Q. 91, art. 2º, sol. 3º
30 SANTO TOMÁS, S. *Teol.*, 2-1, Q. 94, art. 2º, resp.

table y la misma para todos en los primeros principios, no lo es a medida que nos alejamos de estos.

III.3) *¿Existe una ley natural jurídica?:* Si nos manejamos dentro del plano del deber ser propio de los preceptos de la ley natural, se nos plantea una nueva cuestión, que consistiría en saber si además de la ley natural moral abarcadora de todas las virtudes, existe una ley natural jurídica reservada exclusivamente al campo de la justicia, y en caso afirmativo, si se trata de dos leyes distintas, o si la jurídica es una parte de la moral.

Hay varios autores de raíz tomista que hablan de la existencia de una ley natural jurídica o de justicia; entre ellos puedo citar a Graneris,[31] o Vigo.[32] Sin embargo, por otra parte, podemos señalar a Olgiati que dice: "La lex naturalis es una. Y es una, porque la razón natural es una y porque, además, todos los preceptos se unifican en el precepto: hacer el bien y evitar el mal, lo mismo que en el orden especulativo todas las ciencias se fundamentan en el principio de identidad, de no contradicción".[33]

Por un lado, considero al igual que Olgiati que la ley natural es una, esencialmente moral, y que en ningún momento el aquinate habla de dos leyes naturales; pero por otra parte, a decir verdad, tampoco Graneris o Vigo hablan exactamente de la existencia de dos leyes naturales, sino que más bien sostienen que la ley natural jurídica es una parte integrante de la ley natural moral. En consecuencia, como primer conclusión podemos decir que la ley natural es una y que es esencialmente moral, aun cuando trata sobre lo jurídico que forma parte de ella.

A mi juicio la confusión se produce por la misma terminología utilizada, y que en el fondo esta contradicción es sólo aparente. Porque el hecho de hablar de parte o de ley natural jurídica da a entender a primera vista, la posibilidad de considerar esta ley independientemente de la ley natural moral, y no es así; por eso me parece más apropiado hablar de *aspectos jurídicos de la ley natural moral*, y no de parte o de ley natural jurídica, aunque con las salvedades del caso puedan utilizarse.

Lo que realmente sucede es que si bien la ley natural es moral, tiene al mismo tiempo connotaciones jurídicas, por lo que sin dejar de ser moral reconoce aspectos o implicancias jurídicas en algunos de sus preceptos; de lo que se desprende la existencia de preceptos que tienen ese doble carácter: moral (genérico) y jurídico (específico). "La ley natural tiene carácter moral en cuanto procura la prefección del hombre. Esto no impide que muchos de sus preceptos, sean preceptos de justicia".[34]

Ahora bien, en este sentido la juridicidad se encuentra en la materia regulada por la ley natural, en cuanto ésta consiste en actos u operaciones exteriores referidos a otro (que incluye las cosas que se utilizan), en los que se encuentra incluida algún tipo de igualdad; y respecto de éstos los regula en

31 GRANERIS, op. cit., pág. 66.
32 VIGO, op. cit., págs. 108/111.
33 OLGIATI, op. cit., pág. 264.
34 KALINOWSKI, op. cit., pág. 70.

su doble aspecto moral y jurídico, pero no de la misma manera. La ley natural considera lo jurídico, o el derecho como objeto de la virtud de la justicia, y por tratarse de una ley interior que reside en el fuero de la conciencia, no puede dejar de considerar juntamente con el objeto, el ánimo con que actúa el agente.

La ley natural regula o determina lo justo natural desde la moral, o en la moral; así si alguien cumple con lo justo natural espontáneamente por la sola *"fuerza interior"* de la ley natural, necesariamente tiene que obrar *"ex-animo"*, pues este constrenimiento interno no quita el mérito; caso contrario, ante la ausencia de virtud, tenemos que recurrir al auxilio de la ley positiva que a la coerción moral propia de toda ley (que no sea contraria a la ley natural), le agrega la *coacción exterior*, que se trata de un atributo o accidente propio (no esencial) que se le añade a la ley positiva, para que de esta manera garantice el cumplimiento de lo justo a pesar de la falta de moralidad subjetiva o ánimo justo, como lo señala el aquinate en la cuestión 58, art. 3º, sol. 2º.

Esto no quiere decir que la juridicidad venga exclusivamente a través de la ley positiva como sostienen los positivistas; al contrario, desde una perspectiva realista, encontramos en la naturaleza la fuente primaria y principal de lo jurídico, que es complementada por la ley positiva como causa instrumental del derecho. Graneris señala la distinción entre una juridicidad o positividad "ex forma" o "ex causa"; la primera consiste en la determinación de los elementos necesarios de la juridicidad: "debitum alteri ad aequalitatem" (debito, alteridad, igualdad), en cambio la segunda se refiere a la intervención del legislador positivo aportando alguno de estos elementos o incluso los tres. "Para la juridicidad de una norma es indispensable que se den los tres elementos: es indiferente que provengan de una fuente o de otra. Si provinen de la naturaleza, tendremos la positividad *ex forma;* si provienen del arbitrio del legislador, tendremos también la positividad *ex causa*. En las dos hipótesis tenemos juridicidad. En otras palabras: positivo puede ser sinónimo de determinado (positivum ex forma) o de arbitrario (positivum ex causa; libere positivium). En el segundo sentido es positivo el derecho que solemos llamar positivo; en el primer sentido es positivo también el derecho natural, en sus primerísimos preceptos".[35]

En suma, a diferencia de la ley positiva que contempla lo jurídico, prescindiendo del ánimo con que lo realiza el agente; la ley natural que también lo considera, no puede hacerlo sin tomar en cuenta la virtud perfectiva del sujeto a la que regula a través del acto. Esto no quiere decir que el ánimo virtuoso forme parte de lo jurídico, sino simplemente que la ley natural por ser una ley moral tiene que tomar en cuenta a la virtud en toda su amplitud; ya sea en el elemento objetivo que sería lo jurídico o el derecho, como en el subjetivo consistente en el ánico o intención necesaria para perfeccionar al sujeto que obra.

III.4) *El concepto de derecho natural:* Después de este largo y fatigoso recorrido hemos vuelto al punto de partida; pues tenemos que plantearnos, si estos aspectos jurídicos de la ley natural o lo que algunos autores llaman ley natural jurídica, podemos asimilarlo al concepto de derecho natural. Si la res-

[35] GRANERIS, op. cit., pág. 79.

puesta es afirmativa, ya tenemos resuelta la cuestión, porque en ese caso el derecho natural sería una parte de la ley natural (su parte jurídica); en cambio si contestamos que no, tenemos que ver que tipo de realidad es el derecho natural y cual es su relación con la ley natural.

Al respecto podemos citar a Graneris: "Ciertamente, siendo el *ius* no una cosa cualquiera sino una *cosa justa* y siendo la justicia, igualdad o medida, ese entrelazamiento de cosas debe ofrecer ya a una mirada atenta, líneas congénitas, aptas para dirigir a quien deba moverse en este terreno. Son líneas trazadas sobre las cosas por la misma naturaleza y, por lo tanto, en cuanto deben servir de guía a los pasos del hombre, presentan los caracteres de la *ley naturalis apropiada al reino de la justicia*. Existe así una *lex naturalis iustitiae*, que en el modo de pensar y de hablar de los juristas romanos debería equivaler al *ius naturale* y en el lenguaje tomista (de impronta griega) se relaciona al *ius naturale* como el continente al contenido, como la forma a la materia".[36]

En consecuencia, como ya dijimos hay que distinguir entre la norma y lo normado por ella, entre la regla y lo reglado; en otras palabras, entre la ley (continente, causa formal extrínseca) y lo determinado por ella (el contenido, la cosa justa). Por lo tanto, si aceptamos esta distinción, *el derecho natural no se identifica con la lex naturalis iustitiae*, siendo más bien lo establecido por ella, su materia u objeto. Y es así, que a diferencia de la ley natural que como vimos es una, podemos hablar de varios *justos o derechos* determinados por la naturaleza, porque en realidad, el concepto de derecho natural, se refiere a estas cosas justas por determinación de la naturaleza, (y no a un conjunto de principios normativos propio de la ley natural), por lo que habría tantos justos naturales como realidades naturalmente justas existan, a las que sin embargo, podemos aglutinar bajo la expresión "derecho natural". Y en tal sentido abarcaría tanto las cosas que son justas tomando las mismas en forma absoluta (derecho natural primario), como aquellas otras que son justas tomando en cuenta sus consecuencias, que es un acto propio de la razón humana (derecho natural secundario o de gentes).[37]

De lo dicho podemos esbozar una primera conclusión: *Si utilizamos los términos en sentido estricto o propio no podemos identificar al derecho natural con la ley natural o con parte de ella, pues se trata de realidades distintas; una cosa es la norma o la regla (ley) y otra lo determinado por ella, que sería su materia u objeto (derecho).*

Ahora bien, en lo que respecta a la recuperación del sentido estricto del término derecho en la doctrina realista moderna, es justo reconocer la obra realizada por Villey poniendo especial énfasis en la distinción entre los conceptos de derecho (cosa justa) y de ley (norma) ya se trate que tengan su origen en la naturaleza misma o en el arbitrio humano. Sin embargo, en su afán muchas veces no ve la esencial relación que existe entre ambas realidades excluyendo prácticamente a la ley del mundo jurídico, especialmnte a la ley natural moral. Como bien dice Carlos Sanz, si Villey manejara el tema de la analogía del

---

36 GRANERIS, op. cit., pág. 66.
37 SANTO TOMÁS, S. *Teol.*, 2-2, Q. 57, art. 3º, resp.

derecho y de su subalternación respecto de la moral (por el objeto y por el fin) seguramente no caería en este error.[38]

Por eso, la situación cambia si consideramos los términos en toda la extensión que permita su riqueza analógica; y de esta manera, si bien concluimos con razón que derecho y ley no se identifican y por lo tanto no puedo considerar al derecho natural como parte de la ley natural, estas dos realidades se encuentran estrechamente vinculadas por una relación de causalidad, en virtud de la cual puede admitirse un intercambio de nombres (llamando derecho a la ley y viceversa), al ser utilizados, no en un sentido estricto, sino en *sentido impropio*, derivado o analógico. En consecuencia así como la ley o norma participa de la analogía del término derecho, siendo un analogado derivado del mismo; el derecho entendido en su sentido estricto como lo justo, en cierta manera participa de la analogía del término ley, al poder ser considerado ley en sentido impropio o material, en tanto que como lo reglado y medido participa de la regla y medida.[39] Por otra parte, esto coincide con la definición de lo justo o "To-Dikaion" que realiza Aristóteles identificándolo con lo *igual* (aquello adecuado a otro según cierta igualdad), y con *lo legal* (aquello ordenado por la ley); por lo tanto, para el estagirita lo justo es tanto igualdad como ley, entendida en sentido material como lo legal, o sea, como la materia regulada por la norma, que sería la ley en sentido formal o el *nomos* en el lenguaje aristotélico. Por eso Aristóteles sostiene que es justo aquel que observa la igualdad y la ley[40]

Se puede apreciar mejor lo dicho en el siguiente gráfico:

	Derecho	*Ley*
Lo justo	en sentido estricto o propio	en sentido material o impropio
La norma	en sentido analógico o impropio	en sentido formal o propio

Conviene aclarar que aquí no utilizo la distinción entre ley formal y material, en el sentido en que se usa en el derecho positivo para distinguir la ley sancionada por el congreso y promulgada por el poder ejecutivo, de toda otra norma; sino más bien en el sentido filosófico que ya vimos a fin de diferenciar la norma como continente o forma, de lo regulado por ella como contenido o materia.

En suma, lo justo o el derecho es al mismo tiempo objeto de la justicia (lo igual) y de la prudencia (lo legal), en cuanto la ley es un acto de prudencia, y lo justo es el objeto de la ley en tanto es lo determinado por ella, dejando a

[38] SANZ, CARLOS, Nota de traductor a *El derecho, perspectiva...*", de Michel Villey, Ed. Ghersi, pág. 65.
[39] SANTO TOMÁS, S. *Teol.*, 22-1, Q. 91, art. 2º, resp.
[40] ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, Lib. V, lección 1ª.

salvo el papel fundamental que le cabe a la prudencia particular en la determinación de lo justo concreto, al combinar las pautas dadas por la ley general con las circunstancias particulares de tiempo y lugar a fin de realizar lo justo. Relacionado con esto vemos la función que ejerce la equidad como rectificación de la ley general cuando la aplicación de la misma a un caso es injusta, no por deficiencia de la ley, sino por la naturaleza particular del caso que no puede ser contemplado debidamente por la ley dado su carácter general. En esta circunstancia se rectifica la ley positiva recurriendo a un juicio de equidad fundado en la naturaleza misma de las cosas.

Conclusión

A lo largo del trabajo ya he adelantado la conclusión del mismo, sin embargo creo que es conveniente puntualizarlo en este momento. Al respecto podemos señalar que si utilizamos los términos en sentido estricto o propio no podemos identificar al derecho natural con la ley natural o con parte de ella, al tratarse de realidades distintas; una cosa es la ley y otra el derecho, siendo necesario diferenciar la norma o regla de lo que es determinado por ella. Ahora bien si consideramos los términos en toda su extensión analógica podemos llamar derecho natural a la ley natural o a parte de ella, siendo necesario aclarar que lo hacemos en sentido impropio o analógico por derivación del lenguaje.

Es importante, por tanto, señalar en qué sentido usamos las palabras a fin de evitar confusiones y precisar lo mejor posible los conceptos que queremos transmitir. Por eso personalmente, prefiero hablar de aspectos o connotaciones jurídicas de la ley natural o simplemente de ley natural, reservando el término derecho natural para referirme a la *res iusta* determinada por la naturaleza.

De lo dicho también se desprende que el fundamento o fuente del derecho es la naturaleza, que en tanto se participa de la ley eterna como un orden de tendencias o inclinaciones (que incluye los bienes o cosas a las que están ordenadas) la podemos considerar ley en sentido impropio o material, que se formaliza en el hombre a través de la ley natural moral; siendo su causa principal que instrumentaliza su eficiencia a través de la ley humano-positiva. De esta manera hay que tener en cuenta no sólo la naturaleza humana en cuanto encontramos en ella ese orden de tendencias que se formaliza en nu orden de preceptos, sino también la naturaleza de las cosas o bienes por medio de los cuales satisface esas inclinaciones naturales. En suma, hay que tener en cuenta la naturaleza del hombre bajo su aspecto social, o sea, la sociabilidad considerada como accidente propio (de relación) del hombre, que es la substancia donde reside.

Daniel Alejandro Herrera

Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires

LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO EN DIGESTO 1, 2, 2

Prefacio

El texto que se leerá a continuación es la versión escrita de una conferencia pronunciada sobre la base de una breve guía esquemática. Al darle ahora esta forma, hemos procurado preservar el orden y los contenidos considerados en la exposición oral. En cuanto a la bliografía, omitimos deliberadamente las citas de aquella que creemos por demás conocida, limitándonos a registrar la que ilustra aspectos controvertidos o de dudosa interpretación.

I. Objeto

En el Libro I, ítulo 2, Ley segunda del Digesto se transcriben tres relatos que se refieren respectivamente:

1º Al origen y progreso del derecho;

2º Al origen y nombre de las magistraturas; y,

3º A la sucesión de los juristas en el tiempo.

Aunque integrados en un todo, que se pretende homogéneo, cada uno de estos relatos constituye un tratado independiente, inteligible en sí mismo, susceptible de aprehenderse sin necesidad de recurrir a ninguno de los otros dos.

La finalidad de esta exposición es presentar la siguiente tesis:

1º El primer relato, relativo al origen y desarrollo del derecho, se basa en una cronología corta, diferente a la cronología del segundo relato, relativo al origen de las magistraturas.

2º En estos dos relatos la apreciación de ciertos hechos no es la misma.

3º El segundo relato, relativo al origen de las magistraturas, coincide en general, para el lapso 509/287 a. C., con el cuadro de los acontecimientos actualmente aceptados.

4º El primer relato, relativo al origen y desarrollo del derecho, se aparta del cuadro histórico aceptado para el referido lapso y presenta, a su vez, algunas llamativas analogías con las conclusiones de los romanistas suecos.

Aclaramos que, por no guardar relación con el tema, se prescinde aquí del relato tercero, referente al orden de aparición de los más célebres jurisconsultos.

II. Una reconstruccion aceptada

Durante los últimos treinta años los estudiosos del pasado romano han podido establecer dos series de datos correspondientes al lapso comprendido entre la consagración del tempo de Júpiter Capitolino (509 a. C.) y el dictado de la lex Hortensia (287 a. C.). La primera serie de datos se refiere a un conjunto de fechas seguras, y la segunda, al cuadro de los acontecimientos histórico jurídicos correspondientes a dicho lapso.

Con relación a tales puntos de partida, entendemos oportuno prevenir:

a) El acuerdo de los estudiosos es prácticamente total respecto de las fechas.

b) En cuanto concierne al cuadro de los acontecimientos históricos, el acuerdo ya no es tan pleno.

c) Finalmente, en cuanto se refiere a detalles e interpretación de los hechos, las diferencias aumentan.

1. Consideremos, primero, las fechas establecidas. Todas son antes de Cristo; en adelante se ahorra la aclaración.

509. Dedicación del templo de Jupiter Optimus Maximus (Capitolio. Tríade patricia: Júpiter, Juno, Minerva).

493. Dedicación del templo de Ceres (Aventino. ríade plebeya: Ceres, Líber, Líbera).

466. Dedicación del templo de Semo Sancus (Quirinal. "Júpiter de los juramentos").

450. Lex XII *Tabularum.*

431. Dedicación del templo de Apolo (Campos Flaminios. "Apollo medicus").

366. Dedicación del tempo de la Concordia (Foro romano. Cabecera del Capitolio).

287. Lex *Hortensia.*

Hemos adelantado que el acuerdo respecto de las fechas, precedentemente encolumnadas, es "prácticamente total" siendo aceptadas por la mayoría de investigadores actuales. Huelga decir que, para ciertos casos, se habían formulado también otras propuestas. Así, para Franz Leifer, la fecha presunta de la consagración del tempo del Capitolio es el 507 (Studien zum antiken Amterwesen. I. Zur Vorgeschichte des römischen Führeramts. Klio, Beiheft XXIII. Leipzig, 1931, ps. 99 y ss.); y para Ernst Kornemann, la dedicación del templo de Apolo corresponde al 430 (Internat. Monatsschrift. Die. Anfänge der römischen Republik, 1920, S. 491). Se ha señalado, agudamente, que "disentir es característico de los expertos"...

2. Consideremos ahora el cuadro aceptado de los acontecimientos.

C) Del 509 a 493

Abolición de la monarquía.

Establecimiento de la magistratura ordinaria, investida del poder general de mando (imperium), anual y responsoble.

Institución de la dictadura, para supuestos de excepción y ejercicio máximo de seis meses.

Preponderancia abusiva del patriciado.

Estallido del conflicto patricio-plebeyo.

1ª Secesión de la plebe (494).

Institución de los tribunos, "magistrados privativos de la plebe".

B) Del 493 a 450

"Serrata del patriziato": estricta exclusión de la plebe de la magistratura suprema (se opera en el terreno de los hechos, sin fundarse en derecho).

Separatismo y desconfianza recíproca de patriciado y plebe.

Decenviros con imperium consular.

Lex XII Tabularum.

C) Del 450 al 366

Crisis del poder decenviral.

2ª Secesión de la plebe (449).

Restablecimiento de las magistraturas.

Plebiscito Canuleoio (445).

Institución de los tribunos militares con potestad consular (444).

Institución de los censores (443).

Toma e incendio de Roma por los galos (390). Crisis económica.

Reacción patricia y respuesta plebeya: desorden y anarquía.

Leges Liciniae-Sextiae (367).

a) Restablecimiento del consulado como magistratura suprema. Distribución entre ambos estamentos: cada año un cónsul patricio y un cónsul plebeyo).

b) Debilitamiento del consulado: 1. Institución de un pretor patricio (función jurisdiccional); y, 2. Institución de dos ediles curules patricios (policía y jurisdicción sobre mercados, abasto y juegos).

D) Del 366 a 287

Constitución de la nobleza patricio-plebeya.

a) Extinción de los linajes patricios originarios (para esta época sólo sobrevive un tercio).

b) Matrimonios mixtos (patricios y plebeyos distinguidos).

c) Acceso de la plebe a la totalidad de las magistraturas.

Desintegración de la plebe originaria. Extinción del *esprit de corps:*

a) Satisfacción de las aspiraciones de los plebeyos ricos.

b) Formación de una "conciencia de clase" de los plebeyos pobres.

Lex Ogulnia (300). La plebe accede a los altos colegios sacerdotales.

Transformación del conflicto patricio-plebeyo (religioso y político) en conflicto entre ricos y pobres (social).

Metamorfosis del concepto de "plebs": comienza a aplicarse ahora a los "pobres".

Afianzamiento de la plutocracia y auge de la usura: crisis del problema de las deudas de los pequeños y medianos campesinos.

3ª Secesión (287), pero sólo de la "nueva plebe".

Lex Hortensia. Los plebiscitos son equiparados a las leyes.

III. El relato relativo al origen y nombre de las magistraturas

Con relación al objeto específico de esta exposición, entendemos conveniente considerar en primer término al segundo relato, aquel que se refiere al origen y nombre de los magistrados, en los fragmentos que van del 16 al 27, que corresponden al lapso en estudio (509--287). Utilizamos el texto castellano de la edición bilingüe del Digesto (traducción de B. A. Rodríguez de Fonseca, Madrid, Imprenta de Ramón Vicente, 1872) respetándolo totalmente, incluso en las aclaraciones del traductor, no contenidas obviamente en el texto latino originario, y que, por otra parte, no afectan los temas considerados.

El fragmento transcripto encaja perfectamente con la enseñanza oficial romana.

> § 16. Expulsos los Reyes se nombraron dos Cónsules, y se estableció ley para que residiese en ellos la suma potestad. Se llamaron Cónsules porque aconsejaban y miraban con particular cuidado por la República; pero para que no se apropiasen del todo la potestad Real, se estableció ley para que se apelase de ellos, y no pudiesen castigar con pena capital á ningún ciudadano Romano sin el consentimiento del pueblo; y solo les quedó facultad para poderlos corregir y mandar ponerlos en prisión pública.

En nuestros días se discute si los primeros magistrados supremos se llamaron "cónsules" y el origen de esta palabra (se han propuesto otras denominacio-

nes y otras etimologías). Se rechaza, por otra parte, que el derecho de apelación legalmente establecido se remontara tan alto, negándose toda verosimilitud a la ley de *provocatio ad populum*, votada en el 509 según las fuentes clásicas, y a la cual alude inequívocamente Pomponio. En este aspecto, la crítica actual se aparta de la tradición.

> § 18. Aumentada después la ciudad, suscitándose continuas guerras, y haciendo los pueblos vecinos algunas mas temibles (tal vez pidiéndolo el caso), les agradó nombrar un Magistrado de mayor autoridad; por cuyo motivo se instituyeron Dictadores, de los que no habia apelación, y podian tambien castigar con pena capital. No era lícito durar en este Magistrado mas tiempo que seis meses, porque tenia suma potestad.
>
> § 19. A la manera que á los reyes se les daba por acompañado el Tribuno Celerum, así también á estos Dictadores se les asociaban los *Maestros equitum* (esto es) Generales de la Caballería; el qual oficio casi venia á ser como el que ahora tiene el Prefecto del Pretorio, y se tenian por Magistrados legítimos.

Perfecta correspondencia de los fragmentos que anteceden con la tradición antigua y la reconstrucción actualmente aceptada.

> § 20. En aquellos mismos tiempos, casi diez y siete años despues de la expulsión de los Reyes, la plebe se apartó de los padres, y creó en el monte Sacro Tribunos que fuesen sus Magistrados plebeyos. Fueron llamados Tribunos porque antiguamente estaba dividido el pueblo en tres partes, y de cada una se elegía el suyo, ó porque se creaba por voto de las tribus.
>
> § 21. Igualmente para que hubiese quien guardase las casas, en que la Plebe, ponía todos sus estatutos, nombraron á dos de ella, á quienes pusieron el nombre de Ediles.

Estos fragmentos no sólo concuerdan con tradición romana y crítica actual, sino que el fragmento 20 suministrara un dato de notable precisión. Destaca, en efecto, que la 1ª Secesión de la plebe ocurre "casi diez y siete años después de la expulsión de los Reyes".

Hemos señalado "ut supra", en el cuadro histórico aceptado en nuestros días, que la abolición de la monarquía corresponde al año 509 y que la 1ª Secesión de la plebe se produce en el 494. Ambas fechas están separadas por quince años. Pero como los romanos, a diferencia del uso actual, cuando establecían la diferencia entre dos fechas comenzaban a contar incluyendo el punto de partida, tenemos que entre ambos eventos, de acuerdo a ese modo de contar, habrían transcurrido dieciséis años. El texto dice "casi diez y siete años", lo cual equivale a decir "dieciséis años y meses", que se han cumplido evidentemente en el 494. La concordancia cronológica se presenta impecable.

> § 22. Tomando mas aumento el Erario público, para que hubiese quien lo cuidase, fueron nombrados los Qüestores (esto es) Tesoreros, á cuyo cargo estubiese el dinero; y se llamaron así porque habian sido creados á fin de que lo cobrasen, y guardasen.

Lo expuesto sobre la cuestura en tal fragmento no difiere de lo transmitido por la tradición, ni de lo que la crítica actual ha tratado de desentrañar al respecto.

§ 23. Y porque (como ya hemos dicho) se les habia prohibido á los Cónsules sentenciar á muerte á los ciudadanos sin el permiso del pueblo; por tanto nombraba este Qüestores, que sentenciasen las causas capitales, y estos se llamaban *Qüestores parricidii*, de los que también hace mención la ley de las doce Tablas.

El origen de los *quaestores parricidii* y sus precisas funciones es oscuro. Mommsen los incluye entre los comisarios reales de la monarquía (Histoire romaine. rad. francesa de M. De Guerle, Paris, Flammarion, s/f. v. I, p. 80), aunque evidentemente con otras funciones, por cuanto es el propio *rex* quien "decide soberanamente de la vida y de la muerte" (op. v. cits., p. 79). Nada obsta que una vez abolida la realeza, la institución haya sido reorganizada como enseña Pomponio. En cuanto al "permiso del pueblo" —requerido evidentemente por la apelación— nos remitimos a lo expuesto al comentar el fragmento 16.

§ 24. Habiendo agradado también que se hiciesen leyes, se propuso al pueblo que todos depusiesen sus Magistrados, porque los diez varones nombrados por un año, prorrogándose a sí mismos el gobierno, y procediendo en él injustamente, sin querer permitir que se eligiesen otros en su lugar, con el fin de estancar en sí el gobierno del Estado con sus parciales, con su prolongada y cruel dominación, pusieron las cosas en tales términos, que se separó el exército de la República. El principio de esta retirada se dice haberlo ocasionado un tal Virginio; quien habiendo advertido que Apio Claudio (contra el derecho que este mismo trasladó del antiguo a las doce Tablas) habia declarado sierva á su hija, y pronunciado á favor del que, habiéndole él puesto engañosamente para este fin, la habia pedido por esclava, y ciego del amor á la doncella; por todo habia atropellado justo ó injusto, indignado de que para con la persona de su hija se quebrantase la antiquísima observancia de este derecho; pues Bruto, que fue el Cónsul primero en Roma, declaró las vindicias, según la libertad, en la persona de Vindicio, siervo de los Vitelios, que había dado el aviso de la conjuración tramada para la entrega de la ciudad; y juzgando también que la castidad de su hija debia preferirse á su vida, ia mató con un cuchillo que tomó arrebatadamente de la mesa de un carnicero, con el fin de evitar con su muerte la afrenta del estupro; é inmediatamente que hizo la muerte, y reciente aún la sangre de su hija, se acogió á sus camaradas militares, los quales dexando sus antiguos Capitanes, todos trasladaron sus vanderas al Monte Aventino desde el Algido, en donde á la sazon estaban las Legiones por causa de la guerra. Despues se fué tambien á él toda la plebe de la ciudad, y con el consentimiento del pueblo, parte (esto es de los diez varones) fueron muertos en la carcel, y así recobró de nuevo su estado la República.

Este difundido fragmento parece escrito al dictado de los coautores del cuadro histórico actualmente aceptado.

Es sabido que al agotarse el debate crítico en torno de la ley de las XII Tablas, la autoridad de la tradición ha sido finalmente acatada, si bien con las siguientes excepcione:

a) Existió un solo colegio decenviral;

b) Las XII Tablas no fueron sometidas a los comicios por centurias, por cuanto constituyen un supuesto de "lex data"; y,

c) El episodio sentimental de Virginia debe ser descartado; en todo caso, constituye un ejemplo esquemático de un proceso jurídico de *vindicatio in libertatem.*

Basta leer el fragmento para advertir que Pomponio alude a un solo cuerpo decenviral, que por sí mismo se prorroga el gobierno; y que ni insinúa, siquiera, una posible intervención de los comicios por centurias. Vale decir que también Pomponio se apartó aquí de la tradición antigua, adelantándose de este modo a la crítica de nuestro tiempo en el punto.

Concede en cambio el mayor espacio al romance de Virginia, resaltando el amor de Apio Claudio por aquella. Tal episodio, y otros semejantes, han perturbado siempre a los críticos y atrofiado su incuestionable sagacidad para descubrir el verdadero camino desde unas pocas huellas. Así, han descartado a Helena y explicado la guerra de Troya por intereses mercantiles; pero Homero refiere que la ciudad de Príamo comprende que aqueos y troyanos "padezcan tantos males por tal mujer, pues terriblemente a las diosas inmortales se parece en su rostro". Y los griegos de todas las épocas siguientes nunca dudaron de esto: "Helena bien valía una guerra". En otros tiempos y en otras circunstancias, en su hora más gloriosa, Julio César lo arriesgó todo en Alejandría por Cleopatra. Ocurre que, desde una sensibilidad fenicia, no se pueden alcanzar las profundidades del alma greco latina.

Felizmente, no es toda la crítica: uno de los romanistas más finos, después de pasar dura revista a los elementos sospechosos de la tradición, se abstiene expresamente de pronunciarse sobre el episodio de Virginia, el cual "en definitiva, es bastante más creíble que todo lo demás" (Arangio Ruiz, V., "Historia del Derecho Romano". Trad. de la 2ª edic. italiana por F. de Pelsmaeker e Iváñez, Madrid, Reus, 1963, p. 69).

> § 25. Después pasados algunos años desde la publicación de las leyes de las doce Tablas, conteniendo la plebe con los Senadores, por querer aquella que de los suyos también se creasen Cónsules; como los Padres lo rehusasen, se resolvió crear Tribunos Militares, parte de la plebe, y parte de los Patricios, con potestad consular, y estos se constituyeron sin número determinado, porque unas veces hubo veinte, otras mas, y algunas menos.

El núcleo de este fragmento concuerda con tradición y cuadro histórico aceptado. La indeterminación del número de tribunos militares, porque algunas veces hay más y otras menos, es extremo que resulta de los Fastos, y respecto del cual dista de haber acuerdo actual para explicarlo. Hacemos constar, sin embargo, que la cantidad básica de "veinte" tribunos militares, excede en mucho las conocidas por las restantes fuentes antiguas.

> § 26. Habiéndoles después agradado también que se creasen Cónsules de la plebe, comenzaron á elegirse de uno y otro cuerpo: y entonces para que los Padres se diferenciáran en algo, se eligieron dos Ediles Curiales del número de ellos.
>
> § 27. Llamando la atencion de los Cónsules las guerras con los pueblos vecinos, y no quedando en Roma quien pudiese determinar las causas, se decretó crear también un Pretor, que se llamó Urbano, porque administraba justicia en la ciudad.

Ambos fragmentos patentizas las innovaciones de las leyes Liciniae-Sextiae (367). Existe aquí plena concordancia.

El fragmento 28 se refiere a la institución del pretor peregrino, correspondiente al año 242, que excede el límite de esta exposición, que alcanza hasta

la lex Hortensia (287). Detenemos aquí, pues, el examen de eeste segundo relato.

Como es dable apreciar, el desarrollo de los fragmentos 16 al 27 inclusive, concuerda con las fechas establecidas y el cuadro de acontecimientos históricos aceptado por la doctrina dominante. Verdad es que Pomponio se atiene a la tradición antigua en lo referente al derecho de apelación legalmente establecido al abolirse la realeza, extremo que la crítica actual rechaza, y que se expide sobre los "quaestores parricidii" en términos sobre los cuales la crítica de nuestro tiempo mantiene suspendido el juicio. Pero ello no obsta a la concordancia general del conjunto, que tampoco puede considerarse menoscabada porque establezca en "veinte" —sin respaldo conocido ni "prima facie" aceptable— el número básico de los tribunos militares.

El fragmento 17 —relativo a la institución de los censores e inobjetable en cuanto a su contenido— deliberadamente excluido de las transcripciones efectuadas, constituye una ostetnsible anomalía por su orden de inserción en el relato, entre el fragmento 16, referente al establecimiento del consulado, y el fragmento 18, referente al establecimiento de la dictadura.

Que la censura fue establecida en el año 443 es cosa que admite naturalmente hasta el propio Ettore Pais, campeón indiscutido de las objeciones (Histoire romaine. Trad. francesa de J. Bayet. En: Historia Générale, dirigida por G. Glotz, Paris, Presses Universitaires, 1926, t. I, p. 163). Por los que se registran como 25 y 26. Cuando en el Digesto se señalaba alguno de estos problemas, era de práctica responsabilizar a Triboniano, a la comisión redactora, a sus escribas, o a los copistas del texto original. Esta solución es sólo una posibilidad entre otras; prevalece ahora una mayor reserva en la atribución de responsabilidades. Lo cierto es que existe un chocante error en la inserción del fragmento 17, y que no sabemos cómo se originó.

Sea como fuere, la errónea ubicación del fragmento 17 no enerva lo precedentemente expuesto en cuanto a la armonía del relato sobre el nombre y origen de las magistraturas con el cuadro actualmente aceptado de los acontecimientos históricos, toda vez que ofende a la inteligencia arriesgar que para Pomponio la censura habría sido establecida antes que la dictadura...

IV. El relato relativo al origen y progreso del derecho

Consideraremos ahora el primer relato, aquel que se refiere al origen y progreso del derecho, en los fragmentos que van del 3 al 8 inclusive, que corresponden al lapso en estudio (509/287).

Este breve fragmento plantea una pluralidad de cuestiones. Al respecto observamos:

> § 3. Después de expulsos los Reyes por la *Ley Tribunicia*, quedaron sin observancia todas estas leyes, y volvió el pueblo á gobernarse y usar mas bien de derecho incierto y costumbre, que de ley establecida: en este estado permaneció casi veinte años.

a) En cuanto a las presuntas leyes de la época de la realeza, cuyo recopilación constituiría el *ius civile Papirianum*, todo sigue en tinieblas. Para la hipó-

tesis de que hayan efectivamente existido, en la actuación se impone la opinión de que se tratarían de *"leges regiae"*, emanadas del *ius dicendi* del *rex*, y no de *"leges cuiatas"*.

b) Que suprimida la monarquía tales leyes hayan sido derogadas por una *"Ley Tribunicia"*, es punto tan tenebroso como el anterior. Los comicios tribados son muy posteriores, y hay que retorcer la interpretación para aventurar que esa ley, que alude claramente a las tribus, hubiera podido emanar de los comicios curiados, y menos aún de los centuriados.

c) En cuanto a que el pueblo "haya vuelto" a gobernarse y usar de derecho incierto y costumbre —un retroceso de la comunidad toda en su ordenamiento jurídico— no es imposible, pero nada sabemos. La crítica interpreta, en cambio, que es clara la naturaleza consuetudinaria del derecho anterior a las XII Tablas, que precisamente se trataba de reemplazar por uno escrito (Heurgon, J. Roma y el Mediterráneo Occidental. Trad. de A. Antelo. Barcelona, Labor, 1976, p. 190, con referencia expresa a este mismo fragmento en Nº 81, p. 250).

d) Que en este estado haya permanecido unos veinte años, calculados desde la abolición de la monarquía, perturba al cuadro aceptado de los acontecimientos históricos, que no registra en el 489 suceso alguno que pueda tener relación con el punto.

> § 4. Después para que esto no continuase por mas tiempo, tuvieron por conveniente nombrar diez varones con pública autoridad, para que traxesen de las ciudades de Grecia leyes, y Roma se fundase en ellas; las que grabadas en tablas de marfil colocaron en el sitio público llamado *Rostra*, para que mas claramente se pudiesen entender; y por aquel año se les dio a estos diez varones suprema potestad en la ciudad, para que, si fuese necesario, corrigiesen y interpretasen las leyes, y que de ellos no se apelase, como se hacía de los demás Magistrados. Estos mismos varones advirtieron que á estas primeras leyes les faltaba algo, y por esto al año siguiente añadieron otras dos á las mismas tablas: y así por esta casualidad se llamaron *leyes de las doce tablas*. Algunos dixeron que quien aconsejó á los diez varones á su promulgación fue Hermedoro de Efeso, que estaba desterrado en Italia.

Aquí se imponen varias precisiones:

a) La redacción del primer párrafo autoriza a interpretar que los propios decenviros fueron facultados para traer las leyes griegas, por sí o por otros. Sin embargo, de acuerdo a la tradición antigua, la "embajada" que viajó a tal fin a las ciudades helenas precedió a la institución de los *decenviri legibus scribundis*.

b) Las famosas "Tablas", según las varias versiones, habrían sido de "madera", de "madera de encina", de "cobre", de "bronce". Pomponio dice que fueron de "marfil", distinguiéndose en esto de las demás referencias antiguas.

c) También se aparta de la tradición Pomponio al atribuir la totalidad de la tarea legislativa a un solo colegio de decenviros, extremo que comparte la crítica de nuestro tiempo. Esta postura se mantiene coherente, como hemos visto, en el posterior fragmento 24.

> § 5. Establecidas estas leyes, como naturalmente suele suceder que la interpretación pida la autoridad de los sabios, comenzó á ser nece-

saria la disputa y conferencia de los de la audiencia. Esta disputa y este derecho, que no consta por escrito, compuesto por los Prudentes, no toma su nombre de alguna parte propia, como las demas partes del derecho se señalan por sus nombres particulares; sino que baxo del nombre comun se llama derecho civil.

§ 6. Casi al mismo tiempo por estas leyes se compusieron las acciones, por las que los hombres litigasen entre sí; y para que el pueblo no las estableciese á su arbitrio, determinaron que fuesen ciertas y solemnes. Esta parte del derecho se llama *legis actiones*, esto es, acciones legítimas: de modo que casi á un mismo tiempo tuvieron principio estos tres derechos: primero las leyes de las doce tablas; el derecho Civil que procedió de ellas; y las acciones que debieron á la misma fuente su derivación. Pero la ciencia de todas estas, la de interpretar, y las acciones, residían en el Colegio de los Pontífices; de los quales anualmente se nombraba uno que determinase las causas particulares, y con este género de gobierno el pueblo por espacio de casi cien años.

Los fragmentos precedentes no ofrecen dudas. Pero las connotaciones cronológicas son llamativas: "casi a un mismo tiempo tuvieron principio estos tres derechos: primero las leyes de las doce tablas;..." Los tres derechos han tenido principio, pues, en la década 450/440. No obsta a esta conclusión que hayan aparecido sucesiva y no simultáneamente. Conceder un margen más amplio implicaría desnaturalizar el sentido de la expresión "casi a un mismo tiempo". Hasta aquí no hay problema. Pero, luego de señalarse el rol cumplido por el colegio de los pontífices, se destaca que el estado de cosas descripto se mantuvo "casi cien años". Vale decir que se habría mantenido hasta alrededor del 350/340, o sea —si damos crédito al cuadro histórico aceptado— hasta la época inmediatamente posterior a las leyes Licinias. Pero ni en la tradición, ni a la crítica, señalan en esa época ningún cambio en la vida jurídica romana...

§ 7. Despues habiendo Apio Claudio propuesto y formalizado estas acciones; Cneo Flavio, su escribiente, y hijo de unlibertino, le hurtó el libro, y lo entregó al pueble, á quien fue de tanta aceptacion este regalo, que le hizo Tribuno de la Plebe, Senador y Edil Curul. Este libro que contiene las acciones, se intitula *jus civile Flavianum*, derecho civil de Flavio, al modo que el otro de Papirio, porque tampoco Gneo Flavio le añadió cosa alguna de suyo. Aumentándose despues la ciudad, porque faltaban algunos géneros de acciones, Sexto Elio poco tiempo después compuso otras, que entregó al pueblo en un libro que se llama *jus Ælianum*, derecho de Elio.

En lo que se refiere al papel jugado por Cneo Flavio, Pomponio coincide aquí con las demás fuentes tradicionales.

Sin embargo, en cuanto al medio por el cual Cneo Flavio obtuvo el "ceremonial" de las acciones que luego difundió, Pomponio difiere de la tradición oficializada. De las fuentes preexistentes que no son conocidas, ninguna atribuye la partenidad de recopilación a Apio Claudio: según Cicerón los formularios de las acciones fueron redactados por el propio Cneo Flavio; según Tito Livio fueron tomados directamente del colegio sacerdotal de los pontífices.

La crítica actual, no unánime en el punto, tiende a descartar por "sacrílego" todo posible "hurto" de los formularios de las *legis actiones;* y en cuanto al rol específico de Cneo Flavio, a quien en un principio consideró mero instrumento de su todopoderoso protector, hoy rescata su papel protagónico considerándolo, al menos, como un colaborador excepcional de su formidable patrono.

La referencia de Pomponio a Sexto Elio Peto no plantea, en cambio, problema alguno.

Observamos que, considerado en su conjunto, el fragmento 7 "parece" reducir la cronología del cuadro histórico aceptado. El fragmento está atrapado entre dos hitos claves: Cneo (edil cural en el 304) y Sexto Elio Peto (cónsul en el 198). Entre el ejercicio de ambas magistraturas hay un lapso, pues, de 106 años, Cneo Flavio habría desempeñado su edilato curul el mismo año que perminaba la segunda guerra samnita; Sexto Elio Peto ejerce su consulado cuando Roma enfrenta a la Macedonia de Filipo V. En el intervalo han tenido lugar la tercera guerra samnita, la de Pirro y las dos primeras púnicas. De potencia de la Italia central Roma se ha levantado a la calidad de primera potencia del Mediterráneo Occidental, capaz de intervenir eficazmente en los estados sucesores del imperio de Alejandro Magno. En este lapso Roma se ha incorporado, además, a la economía monetaria "mundial", mediante la introducción de la moneda de plata: el "denario" (equivalente a 10 ases), de valor aproximado a la dracma ateniense, acuñado en el 269; precedido —según los estudios hoy predominantes— por las "didracmas" de la época del tratado con Cartago del año 279 (homsen, R. Early Roman Coinage. Copenhague, 1957/1961, v. III, p. 92 y ss., 153 y ss.).

Está claro, pues, que la ciudad se engrandeció, como lo destaca Pomponio. Pero, ¿desde cuándo debe contarse el "poco tiempo después" en que aparece el *"jus AElianum"*? Los 106 años transcurridos teóricamente desde el *"jus civile Flavianum"* no son, evidentemente, "poco tiempo". Para salvar la concordancia cronológica del fragmento con la dadatación del cuadro histórico aceptado, computar el *"non post multum temporis"* desde el engrandecimiento de la ciudad, pero tal punto de partida es difuso, por cuanto nos consta que tal engrandecimiento fue paulatino y no súbito.

En su conjunto el fragmento 7 da la impresión, pues, de comprimir la cronología; y siendo el dato más seguro el consulado de Sexto Elio Peto en el 198, "parecería" que Pomponio consideraba al *"jus civile Flavianum"* como posterior al 304.

> § 8. Quando ya habia en la ciudad leyes de las doce Tablas, derecho Civil y acciones legítimas, se desavinieron Patricios y Plebeyos, y estos se salieron de la ciudad y establecieron leyes para sí, que se llaman *Plebiscita*, esto es, constituciones de la plebe. Despues de haberse vuelto á unir a los padres, porque de estas constituciones se originaban muchas discordias, se determinó por la *ley Hortensia* que se observasen y tuviesen fuerza de leyes; por lo que, aunque el modo de establecer estas y las constituciones de la plebe era diverso, su fuerza era la misma.

Pomponio alude inequívocamente aquí a la 3ª Secesión de la plebe, que culmina con el dictado de la lex Hortensia. Es claro el texto al ubicar el fenómeno "cuando ya había en la ciudad leyes de las doce Tablas, derecho civil y acciones legítimas". Ello descarta la 1ª Secesión, del 494, anterior a las XII Tablas; y descarta igualmente la 2ª Secesión, del 449, inmediata a la publicación de las XII Tablas y anterior, por ende, a la elaboración del derecho civil y determinación de las *legis actiones*, que se producen "casi al mismo tiempo", pero no simultáneamente a las XXII Tablas (ver fragmento 6).

Lo más llamativo es que no sólo la lex Hortensia, sino los propios plebiscitos aparecen —precisamente en este relato relativo al origen y progreso del derecho— como una consecuencia de esta 3ª Secesión, mientras que en el segundo relato —relativo a los hombres y origen de las magistraturas— el propio Pomponio los hace remontar a la 1ª Secesión, como resulta del fragmento 21, donde se alude concretamente a los "estatutos" ("scita") de la plebe.

Las otras fuentes tradicionales y la crítica actual concuerdan en que los plebiscitos resultan de la articulación orgánica de la plebe, nacida de la 1ª Secesión. Se han ensayado, también, explcaciones de su evolución histórica.

El fragmento 9 excede ya el límite temporal d el tema propuesto. Por ello detenemos aquí el examen de este primer relato.

V. Los relatos comparados

1º Cronología. Atendamos ahora, sobre la base de los detalles apuntados respecto de ambos relatos, al encuadre cronológico de cada uno de ellos. Téngase en cuenta que el lapso considerado transcurre entre la abolición de la monarquía y el dictado de la lex Hortensia. La tradición romana y la crítica actual coinciden en que la realeza fue suprimida en el 509 —el mismo año de la dedicación del templo del Capitolio— y que la lex Hortensia corresponde al 287. Entre ambos acontecimientos corren, pues, 222 años.

A) Del análisis de los datos cronológicos contenidos en el primer relato (origen y progreso del derecho), incluso considerándolos con la máxima amplitud posible, resulta que los acontecimientos que se enuncian en el mismo se presentan como acaecidos en un espacio de historia sensiblemente inferior a los 222 años. El relato, siguiendo el orden de su exposición, aporta los siguientes elementos de cómputo:

a) Desde la abolición de la monarquía "casi veinte años" (fragmento 3) hasta el decenvirato legislativo (fragmento 4).

Aceptemos 20 años.

b) Desde las leyes de las XII Tablas hasta la sucesiva configuración del *ius civile* y la determinación de las *legis actiones* no se indica lapso concreto, sino que tuvieron principio "casi a un mismo tiempo" (fragmentos 5 y 6).

Aceptemos 10 años.

c) Se extiende luego un período de "casi cien años" (fragmento 6).

Aceptemos 100 años.

d) Se describen después la actuación de Apio Claudio y Gneo Flavio (fragmento 7), y el proceso que culmina con la lex Hortensia (fragmento 8).

Como la censura de Apio Claudio se ejerce desde el 312 y la lex Hortensia corresponde al 287, aquí tenemos un plazo cierto de 25 años para la tradición y crítica actual, plazo no susceptible de ampliarse.

Aceptemos, pues, 25 años.

20 años más 10 años más 100 años más 25 años: 155 años.

Hemos señalado ya que el fragmento 7, considerando en su conjunto, da la impresión también de corresponder a una cronología corta, por cuanto la sucesión de los acontecimientos que refiere se habría dado en un plazo menor al de 106 años que hoy la crítica acepta. Si bien Sexto Elio Peto (cónsul en el 198) y su época exceden el marco que nos hemos impuesto (509/287), el fragmento todo constituye una muestra más de la cronología *baja* que preside el relato de Pomponio relativo al origen y progreso del derecho.

B) Como los números no mienten, es evidente que este primer relato de Pomponio se basa en una cronología "corta", distinta de la del segundo relato (origen y nombre de las magistraturas), donde las enunciaciones de los fragmentos 16 al 26 se distribuyen adecuadamente en los 222 años que tradición y crítica actual cuentan *post reges exactos* hasta la lex Hortensia.

2º Apreciación de los hechos y cuadro histórico aceptado.

A) El primer relato introduce cuestiones respecto de las cuales las fuentes tradicionales guardan silencio o brindan una explicación diferente.

Así, la "ley tribunicia" y el "retorno" al derecho consuetudinario (fragmento3); los "casi veinte años" entre aquella "ley tribunicia" y el decenvirato legislativo (fragmentos 3 y 4); la constitución de este cuerpo "para traer" las leyes de las ciudades griegas (fragmento 4); el "marfil" como material de las XII Tablas (fragmento 4); Apio Claudio como recopilador inicial de los formularios de las *legis actiones* (fragmento 7); el *"non post multum tempus"* entre el *ius Aelianum* y el previo incremento de la ciudad o el *ius civile Flavianum* (fragmento 7); los plebiscitos como resultado de la 3ª Secesión de la plebe (fragmento 8). Ninguno de estos datos concuerda con los conocidos por otras fuentes.

A mayor abundamiento, la apreciación sobre el origen de los plebiscitos que se formula en el fragmento 8, difiere de la contenida implícitamente en el fragmento 21 del segundo relato, donde está claro que las decisiones de la plebe existen inmediatamente después de la 1ª Secesión.

B) El segundo relato (origen y nombre de las magistraturas), en cambio, guarda perfecta correspondencia con la tradición conocida; cuando se aparta de ésta, lo hace en el sentido de la crítica actual. Esta conclusión no se enerva por la errónea inserción del fragmento 17 —institución de la censura— y el registro —sin sustento aparente— de "veinte" tribunos militares (fragmento 25).

VI. Las disidencias

La serie de fechas seguras, a las cuales nos hemos referido al comienzo de esta exposición, se encabeza con el año 509, que corresponde a la consagración del templo del Capitolio. En los últimos treinta años, nadie ha cuestionado que el célebre templo fue dedicado ese año.

Uno de los méritos de la crítica actual es haber aceptado como punto de partida seguro que las fechas suministradas por la más antigua tradición respecto de la construcción y posterior dedicación de los templos, por su propia

naturaleza sagrada, se encontraban al abrigo de todo ulterior falseamiento "sacrílego". Que una familia de "recién llegados", para realzar su prestigio, se atribuyera ilustres antepasados inexistentes, ha sido, es, y seguramente será algo ajeno a los escrúpulos de conciencia. Pero una cosa es falsear la propia genealogía, y otra muy distinta falsear acontecimientos donde entra en juego la divinidad, y tanto más cuando tales "falseamientos" habrían corrido por cuenta de hombres de una incuestionable religiosidad, como fueron los romanos de los primeros tiempos.

La crítica actual acepta también que la realeza fue suprimida ese mismo año 509. Esto no excluye, por supuesto, la existencia de herejías.

Ocurre que el año 509 —extremando las precauciones es más preciso aludir al 510/509— aparece sobrecargado de acontecimientos de una singular trascendencia en el porvenir del Mediterráneo.

Así, al mundo griego corresponde: derrota y aniquilamiento de la opulenta Síbaris, que importaba la quiebra consecuente de los intereses de Mileto en Occidente (los milesios observaron riguroso luto desde que su polis tomó conocimiento del horroroso fin de Síbaris); caída de la tiranía en Atenas (por la intervención armada de Esparta, en auxilio de la aristocracia ateniense exilada).

Y al mundo romano corresponde: abolición de la monarquía y correlativa fundación de la república; reforma del calendario y establecimiento de la eponimia; dedicación del templo del Capitolio; 1ª lex Valeriae-Horatiae de apelación al populos; primer tratado con Cartago.

Los acontecimientos griegos indubitables (Glotz, G. y Cohen, R., "Histoire Grecque". En: Histoire Gnénrale, dirigida por el propio G. Zlotz. París, Presses Universitaires, 1925, t. 1, ps. 194, 213, 466 y 467. Abaouis, G., Sybaris, "Les grecs en Italie". Paris, Payot, 1958, ps. 15 y ss. Ambas obras registran prácticamente la totalidad de las fuentes clásicas).

Los acontecimientos romanos son aceptados por la crítica actual —la de los últimos treinta años—, aunque con las siguientes salvedades: se descarta totalmente la lex Valeriae-Horatiae, de *provocatio ad populum* (cuya existencia, en cambio, Pomponio nunca pone en duda), y subsisten las opiniones encontradas respecto de la fecha del primer tratado con Cartago.

Pero he aquí que algunos de los estudiosos mejor dotados, con nuevos argumentos, sostienen que la supresión de la monarquía y correlativa *inauguratio* de la república es posterior a la dedicación del templo del Capitolio, o sea, posterior al 510/509, reabriendo así una cuestión que, con un indulgente "año más, año menos", el exhaustivo Pietro de Francisci consideraba resuelta (Síntesis histórica del Derecho Romano, Madrid, "Revista de Derecho Privado", s.s., ps. 69 y ss. Primordia Civitatis. Romae, Apollinaris, 1959, p. 711).

En cuanto al núcleo mismo de la versión tradicional —hoy aceptado por la crítica— el ataque máximo ha sido dirigido por el húngaro Andras Alföldi, quien se basa fundamentalmente en fuentes griegas recientemente estudiadas. Alföldi afirma que la supresión de la realeza en Roma resultó de la rivalidad entre Porsenna y Tarquino, que pertenecían a linajes etruscos antagónicos. Por-

senna ocupó Roma (*circa* 505) y Tarquino huyó al Latitum en busca de refugio. En las luchas subsiguientes el poder de Porsenna fue menoscabado por la intervención vctoria de los griegos de Cumas, circunstancia que obligó finalmente a Porsenna a abandonar Roma, haciendo concesiones importantes a sus vencidos de ayer. La república comienza, pues, alrededor del 504. Por lo demás, Alföldi acepta que el templo del Capitolio fue dedicado efectivamente en el 509, pero reinando todavía Tarquino en la plenitud de su poder (Early Rome and the Latins. Ann Arbor, he University of Michigan Press, 1963, ps. 234, 394 y ss.). Esta postura comienza a ganar adeptos, a lo que mucho ayuda la ostensible simpatía que desde la Sorbona le ha brindado Jacques Heurgon.

Alföldi ha desplazado, pues, en un lustro la abolición de la monarquía; su ataque a la tradición se dirige sobre todo a cómo fue suprimida la realeza: el cuándo resulta de lo anterior.

La disidencia fundamental cronológica fue introducida por el sueco Krister Hanell. Este señala que la consagración del templo de Júpiter en el Capitolio y el comienzo de los años epónimos están indisolublemente ligados entre sí y corresponden al año 509. Recuerda que, según la tradición clásica, ese mismo año la monarquía fue derrocada y reemplazada por un régimen constitucional republicano; que a la cabeza del Estado aparecieron, en lugar del rex, magistrados electos, los cónsules, que dieron su nombre al año de ejercicio de su función. El primer año de la república coincidiría, pues, con el primer año epónimo y con la dedicación del templo del Capitolio. Hanell destaca que todo esto es una "construcción histórica" y "falsa", donde se vinculan acontecimientos de distinta naturaleza y época, por cuanto en el año 509 no ocurrió ningún cambio en la constitución del Estado, siendo los magistrados epónimos meros auxiliares del rex. Y agrega: "Pero, a mediados del siglo quinto, tuvo lugar un cambio de estructuras, según lo demuestran los Fastos. Y esa reforma institucional es la que constituye el verdadero fundamento de la república romana" (Das alträmische enonyme Amt. Lund, C.W.K. Gleerup, 1946, ps. 96, 97 y 196).

Hanell se distinguió hace más de treinta años. Su erudición e ingenio fueron reconocidos hasta por sus adversarios de mayor jerarquía, quienes —por otra parte— sólo pudieron objetarle que las pruebas que aportaba no eran suficientes. Fue el primer estudioso que, una vez restituida la credibilidad del núcleo de la tradición romana por la crítica, planteó un ataque a fondo a la antigüedad de la república. Al prolongar la monarquía hasta la época de las XII Tablas, Hanell abrevia incluso la "cronología corta" del primer relato de Pomponio.

Einar Gjesrtad, el eminente arqueólogo de Roma, ha seguido las huellas de su ilustre maestro, compatriota y amigo.

En el artículo *Discussions concerning early Rome*, en los Opuscula Romana del Instituto Sueco de Roma (v. III, Lund, 1960), destaca las siguientes ideas básicas:

a) La introducción de los Fastos —contemporánea de la dedicación del templo del Capitolio en el 509— obedece a una reforma del calendario, un método de contar años por medio de magistrados epónimos. Pero una cosa es una reforma del calendario y otra muy distinta un cambio en la forma de gobierno.

Como es dable apreciar, la premisa es de Hanell; pero el razonamiento que sigue —que sepamos, al menos— no tiene precedentes:

b) Tarquino el Soberbio ha reinado en Roma después del 509. En el 466 se consagró el templo de Semo Sancus, construido precisamente por el Soberbio. No parece lógico que la dedicación de un templo ya construido —en el cual se conservaban el *foedum Gabinum* y una estatua de anaquil con su huso y su rueca, objetos harto relacionados con el constructor— haya sido postergada unos cuarenta años. Aunque Tarquino el Soberbio no reinara al consagrarse el templo, "su reinado no puede haber concluido mucho antes de esa fecha".

En 1973 Gjerstad completó su monumental obra *Early Rome,* coronando así el grandioso plan arqueológico que se había propuesto muchos años atrás. En los dos últimos volúmenes (V: *he written sources;* y, VI: *Historical survey.* Ambos volúmenes: Lund, Klassiska Inst. och Antikmuseer, 1973) apuntala sus anteriores tesis:

a) El primer pavimento del foro romano se remonta al 575 y a esa época corresponde los comienzos de la monarquía. Rómulo es una interpolación posterior, pero los otros seis reyes han reinado efectivamente en el orden que los recuerda la tradición.

b) Al 509 (o al 507) corresponden la introducción de los magistrados epónimos y la dedicación del templo del Capitolio, pero no los inicios de la república cuyo advenimiento es posterior al establecimiento de la eponimia.

c) En los años inmediatos posteriores al 509 no se advierte ruptura alguna en la vida religiosa y artística de la ciudad: las fundaciones de los templos continúan con ritmo acelerado; subsisten las importaciones áticas.

d) Tampoco se advierte cambio político alguno en tales años. La clase dirigente ostenta aún nombres etruscos y los seguirá ostentando con frecuencia mientras se prolongue la monarquía (mediados del siglo V). La plebe sigue excluida de la eponimia; los hombres aparentemente plebeyos registrados en los Fastos corresponden a familias patricias extinguidas o que con ulterioridad han pasado a formar parte de la plebe.

e) Luego, ni la realeza su primida en el 509, ni *L. Iunius Brutus* —en el supuesto de haber existido— pudo jugar el rol que se le atribuye. La tradición del "líder" de la revolución y fundador de la república", creada posteriormente, es inaceptable por cuanto un miembro de la *gens Iunia,* plebeya, no pudo ser magistrado en el 509.

Entendemos oportuno destacar aquí una curiosa contradicción aparente. Fustel de Coulanges que proclamaba el principio de la exclusión total de la plebe de la magistratura en los comienzos de la república —como ahora lo hace con la misma convicción Gjerstad—, aceptaba la tradición de *L. Iunius Brutus,* primer cónsul, pero partiendo del supuesto —con fundamento en Dionisio de Halicarnaso, IV, 68— de que *la famille Junia était patricienne.* Conf.: La cité antique. Paris, Hachette, 1876, p. 294, en nota. Estudios posteriores —hoy prevalecientes— parecen demostrar que la poderosa *gens Iunia* era plebeya; que *D. I. Brutus Scavea* (cónsul en el 325) inauguró la *nobilitas* de esa *gens* que jugó posteriormente un papel político muy importante; y que, para enaltecer su linaje,

los *Iunius* habrían consentido la interpolación de los Fastos introduciendo al legendario *L. Iunius Brutus*. Como es dable observar, Fustel de Coulanges acepta la tradición del "líder y fundador de la república" por creerlo patricio, y Gjerstad la rechaza por creerlo, a su vez, plebeyo.

De la postura integral de Gyerstad en el punto resulta una coincidencia notoriamente sugestiva.

El arqueólogo admite (en *Discussions*...) que el reinado de Tarquino el Soberbio terminó, quizás, algo antes del 466, año de la consagración del recordado templo de Semo Sancus.

El arqueólogo admite también (en *Early Rome*...) que los reyes se sucedieron en el orden que indica la tradición, siendo Tarquino el Soberbio el último.

Luego, siguiendo el orden de ideas expuesto, cabe concluir que el reinado del último *rex* terminó *circa* 470.

En tal caso, las conclusiones de Gjerstad concuerdan, llamativamente, con la versión de Pomponio en su primer relato (fragmentos 3 y 4), según la cual "casi veinte años" después de la expulsión de los reyes (más precisamente de la "Ley Tribunicia" dictada a raíz de esa expulsión) se establecieron las XII Tablas. Durante esos veinte años —que Pomponio Registra— se habría producido, pues, la desintegración de la institución monárquica, que terminaría por recibir su golpe final a mediados del siglo V, con la *constitutional revolution* patentizada por la condificación del derecho, por el establecimiento del tribunado militar consular (444) y la censura (443), para estar al lenguaje y a las fechas de que se vale el propio Gjerstad.

Los integrantes de la escuela sueca se han constituido en los líderes contemporáneos de la cronología corta romana.

Antes que C. Hanell produjera su notable estudio sobre la eponimia, G. Säflud había cuestionado ya que el famoso muro de Roma se remontara a la época de Servio Tulio (La Mura di Roma repubblicana. Acta Inst. Regni Suec., Lund, 1932). Tras las huellas de Gyerstad, su discípulo P. G. Gierow ha iluminado aspectos de la llegada e instalación de los latinos en los Montes Albanos y en la campaña romana (The Iron Age Culture of Latium I; II. Lund, 1964 y 1966). Nadie discute el saber "monumental" de los suecos; se objeta, en cambio, la interpretación de su propia ciencia para abreviar la historia romana.

Hemos señalado ya que la crítica de los estudiosos de análoga estatura intelectual, prácticamente unánime, rechaza la cronología "baja" de los nórdicos y acepta la cronología "alta" de la tradición analística. Ambas posturas subsisten pues frente a frente, con sus respectivas argumentaciones. Hasta ahora ninguna de ellas ha conseguido logros como para descalificar claramente a la otra. El debate continúa.

Es sabido que la frecuentada ley segunda motivo de esta exposición plantea una variedad de interrogantes de difícil respuesta. Tales cuestiones van desde hipotéticas interpolaciones hasta dudas sobre su efectiva transcripción integral del *liber singularis* atribuido a Pomponio.

Si se está en presencia de un texto genuino o interpolado, si se trata de un original o de una versión postclásica modificada, si corresponde exclusivamente a Pomponio o incluye aportes de otros juristas —como podría sugerir la diversa cronología de los dos primeros relatos—, son problemas que exceden el objeto específico de esta exposición y respecto a los cuales, por otra parte, carecemos de elementos de convicción para tomar personalmente partido.

Entendemos procedente destacar, en cambio, que sea cual fuere la posición que se sustente ante la compleja problemática aludida, esta porción concreta del Digesto merece la mayor solicitud, por cuanto constituye el único esquema de la historia del derecho romano construido desde la perspectiva del jurista. Esta doble calidad excepcional de historia emanada de un jurisprudente, por una parte, y única que no es conocida, por la otra, otorga a esta enseñanza del Digesto un permanente y renovado interés.

PROF. ALFREDO GRIECO Y BAVIO

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LA ROMA PRIMITIVA

Procuraremos aportar algunos testimonios a la tesis sostenida por prestigiosos romanistas, que puede ser sintetizada así: "el matrimonio de los primeros siglos fue la institución precursora de la grandeza romana". Sus propiedades esenciales, monogamia e indisolubilidad, hicieron de la familia paternal, en el seno de la familia "proprio iure", el órgano sagrado constituyente de la sociedad romana.

El matrimonio fue una unión distinta de la "manus", la cual "manus" podía disolverse sin afectar la continuidad del matrimonio.

Este tema es el resultado de urgar en esa zona penumbrosa de la Historia, como decía el Dr. Carlos Ibarguren, maestro del Derecho Romano, y encontrar que el triunfo de Roma está sustentado en las virtudes del pueblo romano primitivo, fundamentalmente en el matrimonio y en sus propiedades esenciales. El gráfico de la evolución de Roma, nos parece una parábola invertida; en el comienzo brillan las virtudes de un pueblo humilde, sacrificado, austero, honrado, paciente, frugal, tenaz, heroico. Durante la República se consolida el Estado y al promediar este período declinan aquellas virtudes. Durante el Imperio, salvo instantes de predominio moral y jurídico, y pese a las conquistas guerreras, crece la degradación; y resurge finalmente la espiritualidad con el triunfo del cristianismo, con los emperadores y los jurisperitos cristianos.

No existen testimonios bibliográficos de los tres primeros siglos de Roma. Las únicas muestras epigráficas de los siglos VI y V a. C., la fíbula de Prenestre, el vaso de Duenos, el cipo del Foro y la estela de Tívoli, son apenas cuatro pruebas del uso del alfabeto calcídico de escasa significación. Los analistas, Quinto Fabio Píctor, Lucio Cincio Alimento, Claudio Cuadrigario, escriben 500 años después de la fundación de Roma y sus obras no llegaron a nosotros y sólo tenemos algunas citas en trabajos posteriores. En consecuencia sólo puede hablarse de teorías o en el mejor de los casos de hipótesis.

Apenas si podemos consultar algunas transcripciones de textos de tercera y cuarta mano, y algunos breves párrafos epigráficos y papirológicos. Para resumir decenas de juicios idénticos o similares, anotemos lo que escribe Rostovzeff en su obra "Roma de los orígenes a la última crisis": "Las historias de los griegos sobre Roma sólo nos llegaron en pobres fragmentos. Los más valiosos de esos fragmentos son del año 100 a. C., de Timeo, natural de Taormina, que escribió en el siglo III a. C. La historia, desde los analistas romanos está falseada. Las listas de magistrados eran incompletas e inexactas. Recién en el año 320 a. C. los pontífices comenzaron a escribir sus anales". Beloch y Piganiol dicen 296 a. C.

Nosotros agregamos: las tesis y algunas conclusiones producto de asociaciones concretas o especulativas, han llenado las bibliotecas y confesamos nuestra relativa incapacidad para ser originales.

Recordemos que sólo en un año se han editado entre monografías, notas, críticas y libros, 2515 obras de Derecho Romano. Por último, estas breves consideraciones previas que efectuaremos a continuación, son conocidas por ustedes, pero se detallan para poder ilar las secuencias que conduzcan a la explanación de la tesis, que sólo pretende estimular una investigación permanente.

Veamos entonces, a vuelo de pájaro, el matrimonio en la Roma primitiva y no decimos derecho primitivo romano, porque nos faltan los documentos originales y porque sólo conocemos los hechos y algunas citas de derecho consuetudinario, insuficientes para un trabajo científico.

Las definiciones de Ulpiano y Modestino están en el "Corpus Iuris". Ambas son similares y han sido sospechadas de interpolaciones de las que hablaremos más adelante.

Los requisitos: el esencial en el matrimonio "in facto esse" es el consentimiento o consenso de los esposos. Los requisitos positivos son la pubertad, el consentimiento de los "pater familias" o del tutor de la mujer "sui iuris" y el "connubium".

Las propiedades esenciales monogamia e indisolubilidad.

La norma consistía en una ceremonia que comenzaba con los auspicios y el sacrificio en la casa de la novia; ella vestida con velo, túnica y capa azafranada como detalla Ugo Enrico Paoli (URSS) o blanca como dice Numa Dionisio Fustel de Coulanges (La Ciudad Antigua), y luego el juramento sagrado de los contrayentes de unirse para siempre, efectuado ante el altar doméstico, la "dexterarum iniunctio" invocando la protección de Juno, la procesión hasta el domicilio conyugal y la "deductio uxor in domun mariti", ceremonia que nos cuenta Jerome Carcopino (La vida cotidiana en Roma) y a la cual por brevedad nos remitimos.

Advirtamos que una parte de la doctrina afirma que la forma no era esencial y algunos dicen que no había forma. Sin embargo, la publicidad era medio de prueba no desdeñable, sin olvidar a la doctrina que habla de contrato real y en su razón, la "deductio",habría sido imprescindible. Nosotros, así como sostenemos que la cautividad guerrera y el destierro no disolvían el matrimonio "ipso iure", también creemos que si no hay publicidad no hay matrimonio social; podrá haber matrimonio consensual, incluso espiritual solamente, pero en la sociedad romana primitiva, que a ella nos referimos, mal se puede hablar de familia, si no hay matrimonio público y matrimonio social, admitido y reconocido. Podrá decirse que es sólo un medio de prueba que responde a una tradición, sin embargo, personalmente, le damos a la forma una relevancia mayor. Los fines del matrimonio son la constitución de una familia para siempre y la procreación de los hijos, aunque como diremos más adelante, este último fin no está explícitamente enunciado.

Definiciones del matrimonio. Apretando en una sola, diríamos con Ulpiano y Modestino, que es la unión de varón y mujer para toda la vida, un culto divi-

no común, una sola persona con el sentido cristiano del matrimonio, y esta afirmación no reconoce ningún anacronismo, porque la realidad religiosa era tal: "Tú eres Gayo, yo soy Gaya". Especialmente con respecto al "consortium omnis vitae", lo que se inclinan por la idea de que las dos definiciones están interpoladas por cristianos del siglo VI d. C., se olvidan que Quintiliano (Instituciones Oratorias) había dicho exactamente lo mismo, es decir, que el matrimonio era consorcio para toda la vida, alrededor del año 100 de nuestra era y otro tanto había escrito Tácito(Anales) por el año 80, medio siglo antes de que Modestino y Ulpiano redactaran sus definiciones y 400 años antes, más o menos, que los interpoladores cumplieran o no, las autorizaciones de Justiniano para mejorar, actualizar o suprimir los "iura".

Por otra parte, la doctrina que sostiene que el *sentido* de indisolubilidad del vínculo obra en ambas definiciones, es muy prestigiosa y científicamente valorable: Rabinowitz, Paribeni, Declareuil, Albertario, Di Marzo, Gaudemet, Noailles, Volterra, Bonfante.

En este estado de la exposición, debemos analizar la "manus" para poder distinguir con precisión, los demás elementos ya enumerados.

La "manus" es el poder del "Pater Familiaes" de la familia del marido sobre la esposa, que antiguamente se constituía después de celebrado el matrimonio. Dos observaciones: por brevedad no discutiremos si era poder o "potestas", y además tampoco rechazaremos la tesis de que en la época primitiva la "manus" seguía siempre al matrimonio.

Nosotros afirmamos que en toda la historia de Roma hubo un solo matrimonio, al que solía seguirle en edad remota, la constitución de la "manus".

Veamos la doctrina sobre el particular, contraria a nuestra tesis: Desde Ihering a Giffard, pasando por Sanfilippo, Schupfer, Catarella, Arangio Ruiz, aunque respecto de este último daremos luego una aclaración importante, todos los nombrados afirman que primitivamente sólo existió un matrimonio, el matrimonio "cum manus", es decir, una sola ceremonia, la de la "manus", que producía el matrimonio, es decir, constituía el matrimonio por "confarreatio", "coemptio" o "usus". Ninguno de ellos habla de dos ceremonias simultáneas o sucesivas, sino de una sola, el matrimonio con "manus", aclarando todos, que más tarde, en el devenir de los tiempos se fue perdiendo el matrimonio con "manus" y sólo existió el matrimonio "sine manus". Esta distinción es fundamental pues la doctrina no especifica *nunca* que hubiera dos ceremonias, una para constituir matrimonio y otra para otorgar la "manus".

Esta doctrina admite en cambio que la "manus", privativa de los patricios, se adquiría con "confarreatio" exclusivamente, especialmente fundada en que el "ius connubii" sólo se gozaba entre los miembros de la misma "gens" como lo dice De Francisci (Historia del Derecho Romano), quien recuerda que en el año 186 a. C. sólo excepcionalmente se la autorizó a la "liberta" de una "gens" a casarse con varón de otra "gens", lo cual hace suponer, a De Francisci, que primitivamente también la "ingenua" estaba sujeta a casarse con varón de la misma "gens"; a este juicio lo avala también Perozzi.

Lo primero que se nos ocurre es si la inversa era también obligatoria, a saber, si el varón también estaba obligado a casarse con mujer de su misma

"gens", pues nada nos dice si el varón tenía derechos en este sentido que la mujer no gozaba. Pero Cuq (Manual de las Instituciones Jurídicas de los Romanos) nos sale al paso anotando que la "manus" por "confarreatio" era sí, exclusiva de los patricios, pero, que, cuando el matrimonio "cum manus" era "extragens", es decir, cuando el varón y la mujer no pertenecían a la misma la mujer debía efectuar la "detestatio sacrorum", lo que supone diversidad de culto gentilicio entre ella y su marido, y entonces la "manus" sólo se podía constituir por "confarreatio", todo lo cual contesta nuestra pregunta, a saber, que el varón no tenía ningún inconveniente para casarse con mujer de otra "gens". Sobre la "coemptio" y el "usus", la doctrina se ha dividido tanto, que nos recuerda la falta casi total de testimonios creíbles.

Por la existencia de la "coemptio" se remiten casi todos los autores a Gayo (Institutas 1-111), quien dice que las mujeres entran en "manus" por "coención" luego de una "mancipación", es decir, venta imaginaria, si bien agrega que la mujer no estaba "in causa mancipi" por haberse modificado la parte final del negocio, aunque no especifica cuál era esa modificación, porque si bien la "mancipatio" era una ceremonia o negocio jurídico solemne, que transmitía la propiedad, también se había usado para donaciones, otorgamiento de testamento, etc.

La doctrina no es uniforme y si algunos, Karlowa, Kostler, Levy Bruhl se deciden por adherir a la tesis de la venta real de la mujer.

En este estado cabe preguntarse, cómo se habrán invertido las costumbres desde la supuesta venta real de la mujer, cuyo precio de venta recibía su "pater familiaes", hasta la constitución de la dote, por la cual el "pater" de la mujer o un tercero, debía entregarle en la primera época al marido, en propiedad, una cantidad de bienes. Recordemos la importancia de la dote en el mundo romano que movió incluso a Plauto en una de sus comedias "La Olla", de la tercera centuria a.C. a maldecir a un padre avaro, que por no querer dotar a su hija, ésta no podía casarse.

Por último nos preguntamos ¿la "competio" podía constituir matrimonio? Y en ese caso quienes la usaron ¿los patricios y los plebeyos o éstos únicamente? Aquí también los romanistas divergen.

Con relación a la parte vendedora, es decir, la parte de la mujer, algunos creen que era la mujer misma, "alieni iuris" o "sui iuris" la que realizaba el negocio. Nosotros contrariamente, apoyándonos en una personal interpretación compartida y en contra de Gayo, de la opinión más numerosa y en contra de la "Collatio", sostenemos que sería el "pater" o el tutor de la mujer el sujeto vendedor en una primera época, aunque luego, en fecha incierta, pero en el período en el cual la mujer va adquiriendo derechos, fuera ésta la que actuara en la "mancipatio". Repetimos que estamos considerando el *matrimonio "cum manus"* como una sola ceremonia, según la doctrina que hemos señalado.

Además deberíamos saber, si la "competio" constituía matrimonio, con qué signos, de qué manera, con qué palabras, con qué ritual se formalizaba el matrimonio. Lo que anota cierta doctrina es sólo presunciones, teorías, nada más.

Por fin veamos el "usus", del que afirman unos que ya existió antes de las XII Tablas, y otros, Gayo entre ellos, que sólo tuvo vigencia después del 450 a. C., pues esta forma de "manus" se justificaría por la "usurpatio trinocti", que precisamente impedía la constitución de la "manus" por "usus" y que estaba prevista entre las leyes de la Tabla cuarta.

El "usus" es el medio más vulnerable a la crítica para la constitución del matrimonio por "manus".

Si los contrayentes eran hábiles para contraer justas nupcias ¿cuándo estaban casados? ¿cuánndo comenzaban a cohabitar o luego de un año si no se había interpuesto la "usurpatio", que según Gayo, repetimos, estaba prescripta en las XII Tablas?

Porque este grupo doctrinario que estamos comentando afirma que el matrimonio se constituía por "confarreatio". por "coemptio" o por "usus". Y otra pregunta que nos formulamos: ¿si el matrimonio "cum manus" por "confarreatio" o "coemptio" se podía disolver por "fifarreatio" o "remancipatio" respectivamente, ¿cómo se disolvía el matrimonio "cum manus" por "usus"? Porque luego de pasado un año sin haber ocurrido la "usurpatio" no se conoció, ni nadie la cita, una forma de resolver el *matrimonio "cum manus" por "usus"*. En este estado no debemos confundir la extinción del matrimonio "cum manus" por "usus" con la "ususrpatio trinocti", que si se realizaba dentro del primer año de las nupcias, no había "usus" ni matrimonio, y en consecuencia para esta teoría no habría habido matrimonio "cum manus", sino concubinato,, porque la doctrina que habla de una "usurpatio" cada año es incoherente para estos tratadistas, pese a la afirmación de Gayo, pues cabe preguntarse ¿cuándo hubo, hay o habrá matrimonio? y ¿como serán los hijos nacidos cada año, si en unos hubo "ususrpatio" y en otros no? y ¿cuál será la condición de la mujer en cada uno de esos casos? y ¿cuál será el régimen patrimonial de la mujer "sui iuris", etc., etc. Y por último ¿en qué condición estarán los hijos y la madre durante el primer año del supuesto matrimonio "cum manus" si el padre muere antes del año y por ende se ignora si la mujer quería usar la "usurpatio" o no, y si ambos vivieron y la mujer antes del año pernoctó tres veces fuera del domicilio del hogar y por ello se disolvió el matrimonio ¿cómo se considerarán los hijos, naturales, adulterinos, legítimos? sin olvidar que este acto de la mujer, la "usurpatio", le daba a ella poderes que los romanos jamás hubieran soñado. Y finalmente dentro del año ¿fue consumado el matrimonio? o se debía esperar que pasara el año para cohabitar? Terminando: si el marido luego del año sin la "usurpatio", le daba a ella poderes que los romanos jamás hubieran soñado. "cum manus" por "usus" ¿cómo debía hacerlo? No existe juicio o teoría que no conteste, pues en la hipótesis de divorcio éste hubiera disuelto el matrimonio, pero no la "manus".

Ahora bien: hemos hablado sobre las definiciones y la "manus"; veamos ahora el fin del matrimonio; la procreación de los hijos no obra explícitamente como tampoco lo está la causa eficiente, consenso y su expresión, el "affectio maritalis", aunque ambas, estén a menudo referidas. Una con otra, como en el juramento que prestó Espurio Carvilio ante los censores. Es decir, con Manenti, agudo expositor del tema, que los romanos consideraban que dos elementos o requisitos contribuían a constituir matrimonio:

a) comunidad de vida;

b) consentimiento permanente ("affectio maritalis"), este último como un estado permanente, lo cual no obsta para distinguir:

I - Que la convivencia puede no considerarse desde un punto de vista material, como dice Bonfante, y prevalecer espiritualmente, por ejemplo, el caso de los esposos que por especiales razones viven separados y sin embargo son realmente marido y mujer según el derecho de los quirites, social, epistolar y obsequiosamente. Todo sin perjuicio de la "deductio uxor in domun mariti" ya sea como elemento real o solo de prueba del matrimonio.

II - Que con referencia al consentimiento, éste, si bien lo reconocemos como requisito esencial, diferimos en cambio con respecto al requisito positivo "pubertad", es decir, diferenciando la capacidad "coeundi" de la capacidad "generandi".

Con relación a la incapacidad "coeundi" entendemos que debió ser un impedimento muy importante, pues en la época clásica, ni sobrevenía después del matrimonio, era causal de divorcio.

En cuanto a los "castrati" ya sabemos que no podían contraer nupcias. Con respecto a los espadones o incapaces "generandi", hubiera sido preciso que los textos clásicos explicaran cómo podía testimoniarse antes y aun mucho después del matrimonio, esa incapacidad.

De la forma y de las propiedades esenciales ya hemos tratado "ut supra" con suficiente detalle.

Hemos recorrido entonces brevemente, los requisitos, las propiedades esenciales, los fines, la forma y las definiciones del matrimonio en la Roma primitiva, y al tratar las definiciones del matrimonio en Roma primitiva, y al tratar las definiciones, intercalamos una sucinta exégesis sobre la "manus", y sobre esta institución deseamos hacer una consideración final. Pensamos que el matrimonio es una entidad fundamentalmente religiosa y espiritual; así lo documenta Pierre Grimal (La civilización romana): "la mujer, la cónyuge es la depositaria y garantía del contrato sobre el cual reposa la ciudad. Ella es la compañera de su marido, protegida por la religión". Así también Mario Talamanca (Lineamientos de Historia del Derecho Romano) con la colaboración de diez profesores de Derecho Romano, que afirma: "El asentimiento de los dioses, es esencial, a través de los auspicios del Pater Familias", y el recordado maestro Gastón Federico Tobal (El aporte económico de la esposa en Roma) cuando dice: "El matrimonio es un acto solemne y santo, comunidad de vida y culto".

En cambio, entendemos que la "manus" tendría un relevante aspecto patrimonial. Recordemos que si la "manus" se disolvía, todos los bienes que la mujer había aportado retornaban a su familia natural.

Por todas las razones expuestas debemos concluir que el matrimonio es distinto de la "manus" y ésta puede extinguirse por "difarreatio" si se perfeccionó por "confarreatio" o por "remancipatio" si se contrajo por "coemptio", sin afectar por ello al matrimonio.

En consecuencia, podría aceptarse como relativamente razonable la tesis de que en el caso de un matrimonio seguido de la "manus", podía disolverse ésta y subsistir el matrimonio de pleno derecho, pues toda la doctrina básica no refiere lo contrario y, como lo habíamos prometido, traemos en nuestra ayuda a Vincenzo Arangio Ruiz (Instituciones del Derecho Romano) que enfatiza: "la salida de uno de los cónyuges de la familia, extinguía sólo la "manus", sin disolver el matrimonio.

Concluyendo: En Roma hubo una sola especie de matrimonio, que en una época remota pudo o no ir seguido de una ceremonia constituyente de "manus". Nos acompaña el juicio de los romanistas contemporáneos más eminentes, entre otros, Di Marzo y Volterra, este último de manera concluyente, robustecida su posición, que hoy se impone, por Orestano, Schulz, Danieli, etc., especialmente ilustrados por Gayo, que nunca habla de matrimonio, sino sólo de "conventio in manus", como si se tratara de dos entidades, de las cuales la fundamental, es el matrimonio, que puede ser o no, seguido de la "manus". Anotemos a mayor abundamiento que Aulo Galio (Noches Aticas) distingue a la esposa, según haya contraído sólo matrimonio o luego haya formalizado la "manus", de esta manera: "llámase Matrona a la mujer que contrajo matrimonio y llámase Materfamilias a la mujer que fue cedida en «manus», distinguiendo repetimos y separando a las dos entidades.

Paulo en el Digesto dice que el matrimonio puede disolverse por muerte, esclavitud, destierro, impedimento sobreviniente, voluntad del "pater familias" y divorcio.

Veamos:

I - a) Disolución por esclavitud.

De uno o de los dos cónyuges aunque pudieran seguir cohabitando. Es definitiva para el cónyuge libre después de cinco años de incerteza sobre la existencia del cautivo. La mujer no podía ser infiel durante ese tiempo y no se aplicó después de Justiniano; me remito a las Novelas 22-7.

b) Desde Justiniano no hay esclavitud por condena a las minas de uno de los cónyuges y en consecuencia no hay divorcio.

II - Por destierro, pero cesó después de Costantino.

III - Por impedimento sobreviniente.

a) Adoptar padre a yerno sin emancipar hija.

b) El que llega a senador y está casado con liberta, abolido por Justiniano.

c) Por entrar en la milicia después de casado, dejado sin efecto por Gordano.

d) Por ser actor después de casado, derogado por Gordiano.

IV - Por voluntad de "pater", dejado sin efecto por Antonino Pio. Las causales descritas hasta ahora corresponden a la época clásica y no existen testimonios de ninguna naturaleza de la Roma primitiva.

V - Por divorcio.

Inexistente durante los primeros cinco siglos de la fundación de Roma, como veremos. El matrimonio en la Roma primitiva fue indisoluble y no hubo divorcios. Podría afirmarse, si se hiciera con ligereza, que era disoluble el matrimonio aunque no hubieran existido divorcios. Así sostiene Marongiu (Enciclopedia del Diritto) quien afirma: "El divorcio fue practicado por los romanos aun antes de que lo llamaran así". Y a renglón seguido el mismo autor dice: "sobre los divorcios en el Derecho Romano antiguo existen las más graves incertezas". Y agrega luego sentencioso: "los autores romanos no sabían (sobre el divorcio) más que nosotros".

No nos parece muy aceptable la oposición de dos juicios contradictorios, afirmar que no hubo divorcios y luego consentir que los autores romanos y los de hoy, tienen, sobre el divorcio, graves incertezas.

La doctrina ha generalizado, repitiendo juicios, transcriptos de una obra a otra, sin más fundamento que los párrafos de textos desaparecidos en su versión original, "que existió divorcio" en la Roma primitiva".

Sólo Plutarco, nacido en Queronea de Beocia entre el 46 y el 50 de nuestra era, habla, a 700 años de distancia, de una ley de divorcio que habría promulgado Rómulo, única referencia válida y sin embargo destruida por el mismo Plutarco como se verá.

Cicerón, en el "Tratado de la República", acota: "nuestros mayores quisieron que el lazo del matrimonio fuese sólido".

Estos mayores que cita Cicerón, son los ciudadanos romanos antes del 230 a. C., pues Eicerón, tribuno, legislador, abogado, jurisperito, no podía ignorar lo aseverado por Servio Sulpicio Rufo,. que murió el mismo año que Cicerón, el 43 a. C., en su "Tratado sobre las Dotes", quien afirma que antes del 523 de la fundación de Roma, no hubo divorcios en Roma.

Algunos tratadistas de hoy como el caso de Picinelli, Robleda y Landuci, confunden matrimonio con "manus" y a sus criterios, divorcistas, sólo excluyen el divorcio en el caso de matrimonio por "manus" contraída por "confarreatio", del cual dicen no podía haber divorcio, citando a Aulo Gelio, olvidándose de explicar que sentido tenía entonces la "difarreatio".

Es decir, según ellos, que si el matrimonio era constituido por la "manus" por "confarreatio", los cónyuges no podían divorciarse. Respetuosamente afirmo que hay una confusión, pues Aulo Gelio ("Noches Aticas X-15") no dice "manus" que el Flamín de Júpiter debía contraer por "confarreatio". Podríamos seguir abundando en citas de la doctrina, ninguna de las cuales tiene otra base que el remanido párrafo de Plutarco ya citado, y las letras de Aulo Gelio, ambos ya contestados.

Para terminar vamos a transcribir cuatro textos de cuatro figuras eminentes de la Historia romana, ninguno de los cuales ha sido refutado y uno de ellos transcribe la aseveración de un jurisconsulta profundo, responsable, prestigiosísimo, tratadista de noble estirpe, docto en la ciencia del derecho, fundador de escuela jurisprudencial, como se verá. No opinaremos, sólo copiaremos textualmente y dejamos de esta manera formalizada nuestra tesis: el matrimonio de de los primeros siglos fue la institución precursora de la grandeza romana porque no existió el divorcio.

Primer testimonio

Aulo Gelio ("Noches Aticas" IV - 3) copia textualmente a Servio Sulpicio Rufo en su "Tratado de las Dotes" quien dice: "...no se sintió la necesidad de establecer garantías para la dote en los contratos, hasta que Espurio Carvilio, denominado Ruga, hombre de noble cuna, se divorció de su esposa porque era estéril y había perdido él, la esperanza de tener hijos. Este divorcio, el primero de todos, tuvo lugar en el año 523 de la fundación de Roma".

Y el mismo Aulo Gelio anota más adelante ("Noches Aticas" XVII - 21). "Espurio Carvilio el Ruga, el primero que realizó el divorcio porque era estéril su esposa y juró delante de los censores que la había tomado en matrimonio solamente para tener hijos".

Segundo testimonio

Dionisio de Halicarnaso que vivió en el siglo primero antes de Cristo en su obra (Antigüedades Romana) dice: "que durante 520 años no se disolvió ningún matrimonioo en Roma. En la Olimpíada 137 bajo el consulado de Marco Pomponio y Gayo Papirio, se conoció el primer divorcio, pues Espurio Carvilio repudió a su mujer porque había jurado a los censores que se casaba para tener hijos y ella era estéril".

Valerio Máximo, historiador del siglo I d. C. en su obra ("Factorum Dictoruenque Memorabilium), reiterada en la parte que nos interesa en ("Los Nueve libros de los ejemplos y virtudes morales) citado por Ramelli, afirma, Valerio Máximo, que "el primer divorcio que existió en Roma, fue el de Espurio Carvilio".

Anotemos para ser estrictamente veraces y prolijos, que mi admirado y respetado Olis Robleda ("El Matrimonio" en Derecho Romano") discrepa parcialmente pues recuerda que el mismo Valerio Máximo dice que hubo otro divorcio anterior (sin afirmarlo concretamente) "de un tal Lucio Annio", lo que demuestra que sea el de Espurio Carvilio o el de Lucio Annio el primer divorcio que conoció Roma, el asunto era excepcional cinco siglos después de la fundación de Roma.

Cuarto testimonio

Plutarco que escribió sus "Vidas Paralelas" en el siglo I d. C. bajo Nerón, los Flavios y Trajano, al comparar las vidas de Teseo y Rómulo, afirma: "Así

como los más eruditos de los griegos llevan la cuenta de quien fue el primer parricida y el primer matricida, de la misma manera no hay romano que no sepa que fue Espurio Carvilio el primero que repudió a su mujer por causa de esterilidad".

En este caso Plutarco escribe sobre un hecho conocido por él y también por Dionisio, Aulo Gelio y Valerio, sin olvidar que Servio Sulpicio Rufo fue casi contemporáneo del divorcio de Espurio Carvilio cuyos detalles anotó en su tratado que repetimos, por el prestigio de su esclarecido autor, no puede ser rebatido, sin pruebas semejantes. Ahora bien: concluimos con estas razones que la generalidad de los autores aceptan:

A — De la solidez del vínculo del matrimonio depende el ejercicio de los poderes de la familia romana.

B — Sus poderes están dirigidos a sostener y defender los principios religiosos y morales que trascienden la familia y se elevan a normas de derecho público.

C — La influencia de la religión y el juramento sagrado de la familia especialmente de los esposos en el matrimonio, son decisivos para fundar una sociedad religiosa, sana, de altísima moral.

Y nosotros agregamos:

1 — Las propiedades eseciales del matrinio romano de la época primitiva, monogamia e indisolubilidad, hacen del matrimonio romano la piedra angular en la que se asienta todo el edificio social romano.

2 — La religión romana pagana que tutela la familia sostiene varios principios similares a los de la religión cristiana.

3 — Los cuatro textos principales que hemos citado no controvertidos por prueba alguna, si bien interpretados por cierta doctrina en forma diversa, son testimonios, hasta hoy incontestables, de nuestro juicio: en los primeros siglos de Roma, el matrimonio fue indisoluble.

Terminamos: la gran mayoría de los tratadistas no puede desconocer la existencia de dos tiempos respecto del divorcio en Roma y para evitar un pronunciamiento enfático sobre la inexistencia del divorcio en la Roma primitiva, consienten que el divorcio en Roma fue practicado asiduamente después del siglo III a. C. admitiendo implícitamente las razones que hemos expuesto.

Creemos ciertamente que la indisolubilidad del matrimonio romano primitivo en el marco predominantemente religioso de una sociedad fundada sobre principios inconmovibles, hizo posible de manera muy principal, la consolidación y solidaridad de un pueblo que llevó su civilización y su derecho a todo el mundo.

RODOLFO JORGE DE LORENZO

DE LA NATURALEZA DEL EDICTO DEL PRETOR

SUMARIO: Introducción. — II. La causa del derecho. — III. La cuestión de la causa en el Derecho Romano. — IV. El edicto. — V. El edicto perpetuo. — VI. La inspiración del pretor. — VII. Medios empleados por el derecho honorario. — VIII. Valoración del derecho honorario. — IX. Conclusión.

I. Introducción

Boeking, primer editor de las *Institutas* de Gayo, cincuenta años después del descubrimiento de Niebuhr, compuso para ellas un *conspectus rerum* encabezado por el título *Proemium de omni iure* y cuyo tercer rubro dice: *Fontis iuris populi romani.* La referencia a las "fuentes" del derecho resulta extraña a la jurisprudencia romana: ni las propias *Institutas* gayanas, ni la de Justiniano ni tampoco el *Digesto,* emplean la palabra "fuente". Según los fragmentos que más adelante se transcribirán (ap. III), para aludir a lo que en Roma generaba el derecho se usaron diversas expresiones, mas no el vocablo "fuente".

Sin embargo, esta voz y con idéntico sentido, no resulta extraña a la tradición romana, ya que Tito Livio refiriéndose a la Ley de las XII Tablas las califica como

> *fons omnis publici privatique iuris* (3, 34). (Fuente de todo derecho público y privado).

De acuerdo al Diccionario de la Lengua [1] en su primera acepción, fuente es un manantial de agua que brota de la tierra. Pero tiene muchas otras acepciones, entre ellas la 8ª, que corresponde a "principio, fundamento u origen de una cosa". Por ello, cuando algún jurisconsulto alude a las fuentes del derecho, está usando este sustantivo en sentido figurado, para designar el origen de donde proviene el derecho.[2] Lo que permite entender que tanto el autor del nombrado *compectus rerum* como el historiador de Roma, emplean la voz "fuente" en sentido figurado, como origen del derecho —tanto público como privado— del pueblo romano.

---

1 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* 19ª ed., Madrid, 1970, p. 640, col. 1ª.

2 Llambías, *Tratado de derecho civil, Parte general,* Buenos Aires, 1970, I, Nº 342, pp. 48/49.

Pero lo que se considera como origen y fundamento de algo es su causa [3] y ello autoriza a concluir que lo que en un lenguaje generalizador se llaman "fuentes del derecho" corresponden a lo que con mayor precisión constituyen las causas (¿o la causa?) del derecho.

II. La causa del derecho

Casi todos los manuales y tratados de derecho civil, en su parte general, suelen incluir una sección introductoria de bastante impreciso contenido y que en más de una ocasión se extralimita, internándose en cotos ajenos. La misma tendencia se puede advertir en las obras generales de Derecho Romano, las que en sus primeras páginas acostumbran a presentar una introducción sobre conceptos básicos, como ser *ius, iustitia, aequitas*, etc. Y tanto civilistas como romanistas dedican algunas páginas (o renglones) a las fuentes del derecho. Así, aparecen citadas en el elenco de las fuentes del derecho, la ley, la costumbre, la jurisprudencia (de los tribunales), la doctrina, el contrato, etcétera.

Frente a esta concepción de múltiples y variadas fuentes (o causas) del derecho, puede resultar chocante una afirmación categórica que diga "la ley es la causa radical y exclusiva del derecho".[4] Pero la oposición es más aparente que real, por cuanto la verdad de esta sentencia no excluye que de algún modo subordinado a la ley existan otras causas del derecho.

Que la ley sea la única causa del derecho puede provocar una cierta conmoción o escozor, pero esta terminante afirmación cuenta con el aval de un Santo Tomás de Aquino, cuando sostiene:

Lex statuit ius (ST, 1-2, 105, 2, ad 3) (La ley estableció el derecho).

Con sintética precisión lo explica Olgiatti: "Podemos llamar norma jurídica a la ley, puesto que es 'la causa verdadera y exclusiva del derecho', es decir 'el derecho en sus causas'. El derecho —dice Sto. Tomás— se relaciona con la ley como *'effectus ad causam et regulam'* (ST 1, 21, 2, ad 2). *'Lex statuit ius'* (id., 1-2, 105, 2, ad 3). La norma es madre del derecho, pero no es exacto decir: la norma es el derecho: *'lex non est ipsum ius'* (ST 2-2, 57, 1, ad 2)".[5]

¿Cuál es el orden de la causalidad de la ley? Se responde diciendo que la ley es la causa eficiente del derecho[6] y también su causa formal.[7] Por su carácter altamente esclarecedor se transcribe un pasaje de fr. Teófilo Urdanoz, O. P., en su introducción a la cuestión 57 de la *secunda secundae* y que dice: Bajo los dos aspectos, pues, *la ley causa el derecho. En el orden internacional*

---

3 Diccionario citado, p. 280, col. 3ª.

4 Louis Lachance, O. P., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, p. 168.

5 *El concepto de juricidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1977, pp. 279/280.

6 Lachance, ob. cit., p. 171; Casares, *La justicia y el derecho*, Buenos Aires, 1974, pp. 112/113.

7 Lachance, ob. cit., p. 170; Olgiatti, ob. cit., p. 200; Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, pp. 34/36.

y de la motivación interna, como norma preceptiva y directiva que determina por vía de principio formal y causalidad ejemplar, aquello que es justo y objeto de la justicia, con la consiguiente delimitación de los derechos o exigencias y deberes al mismo de las personas. *Y en el orden de la ejecución* por vía de causalidad eficiente, como norma imperante que mueve al hombre por su intimación obligatoria a realizar, mediante la acción justa, *el derecho vivido* o el orden de la justicia en la actividad externa".[8]

Estos conceptos tan absolutos en lo que hace a la causalidad del derecho podrían crear algunos resquemores, los que ciertamente se disipan si se tiene en cuenta que se aplican fundamentalmente a la ley natural. Pero también el derecho positivo encuentra su causa en la ley positiva, siempre y cuando ésta resulte justa. En otros términos, que la ley positiva tiene su vigor en aquellos principios naturales que incorpora.[9]

Para aventar cualquier duda al respecto, resulta una exposición meridianamente clara la formulada por Tomás Casares. Dice que "la reacción contra el positivismo, que identificó el derecho con la ley positiva, movió a separar radicalmente la consideración del derecho de la consideración de la ley, para acentuar la afirmación de la existencia de un derecho que tan sólo no es ley positiva como que constituye su fundamento y el requisito para una posible valoración de ella, y para substraerse a la omnipotencia ciega que sería inherente a la ley si se la identificara con el derecho, como el positivismo pretendía. La separación trajo asimismo como consecuencia el que perdiéramos a veces —me apresuro a decir que incurrí en ese error en la primera edición de este libro—, el recto sentido posible de una cierta identificación del derecho con la ley. Identificación lícita y cargada de contenido, a condición de que se repare en el significado analógico de la palabra ley que tan válidamente denomina a la norma de la razón en la cual se expresa el recto orden a que la conducta humana debe ceñirse, como a la ley positiva, es decir, a la sanción obligatoria de la autoridad que en cada circunstancia tiene el regimiento de la respectiva colectividad. Analogía cuya comprensión tiene la virtud de ponernos en camino de entender la verdadera relación que el derecho positivo está con respecto al derecho natural u orgánico conjunto de los primeros principios de todo orden jurídico, que no otra cosa es, en su verdadera significación, ese derecho contra el cual dirigió su más constante crítica el positivismo y la dirige todavía, desde las antípodas de este último, muchas direcciones del idealismo contemporáneo".[10]

III. La cuestión de la causa en el derecho romano

Ya se advirtió (ap. I) que cuando la jurisprudencia romana expone de donde proviene su derecho no emplea la palabra fuente, pero tampoco alude a la causa. Es más, no acude a ningún sustantivo sino que —como se apreciará

8 *Suma teológica*, Madrid, 1956, VIII, p. 187.

9 Lachance, ob. cit., 192, Nº 2.

10 Ob. cit., pp. 97/98. Sirva como excusa a tantas citas y transcripciones como las que hay en este apartado, que el autor no es iusfilósofo, por lo que antes que incurrir en errores e imprecisiones, prefiere apoyarse en la doctrina y en la palabra de los que saben.

en seguida— siempre utiliza algún verbo para explicar el origen de este peculiar derecho. Con respeto, enseña Gayo en sus *Institutass*

> *Constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium* (1, 2). (Los derechos del pueblo romano surgen de las leyes, los plebiscitos, los senado-consultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de aquellos que tienen el derecho de publicarlos, las respuestas de los prudentes).

En cuanto a las Instituciones de Justiniano, compuestas en Bizancio en el siglo VI, mostrando una clara influencia helénica (1, 2, 10), parten de la distinción entre derecho escrito (ático) y no escrito (lacedemonio). Del primero dicen:

> *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium* (1, 2, 3). (El derecho escrito es la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de los magistrados, las respuestas de los prudentes).

Con respecto al segundo afirman que

> *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utendium comprobati, legem imitantur* (1, 2, 9). (Del no escrito procede el derecho que el uso comprobó. Pues las costumbres inveteradas, aprobadas por el consentimiento de quienes las siguen, imitan a la ley).

Por su parte el Digesto también comienza a tratar el tema con una distinción, pero ésta bien romana: el derecho civil del honorario. Al ***ius civile*** le atribuye las siguientes causas:

> *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* (1, 1, 7). (Derecho civil es aquel que procede de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes, autoridad de los prudentes).

Respecto del honorario dice:

> *Ius praetorium est, quae praetores introduxerunt* (1, 1, 7, 1). (Derecho pretoriano es el que introdujeron los pretores).

Pero sobre el tema, a demás de estos textos de Papiniano, hay otro de Pomponio, también en el Digesto, y que dice:

> *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola interpretatione prudentium consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebiscitum, quod sine austoritate patrum est constitutum, aut este magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps pro lege servetur* (1, 2, 2, 12). (Así, en nuestra ciudad, se constituye o por derecho, esto es, por ley, o hay el propio derecho civil, que sin ser escrito consiste en la interpretación de los prudentes; o están las acciones de la ley, que contienen la forma de proceder; o los plebiscitos, que se establecieron sin la autoridad de los senadores; o el edicto de los magistrados, de donde nace el derecho honorario; o el sandoconsulto, que sin ser ley se constituye solamente por el senado; o la constitución del príncipe, esto es, aquello que el mismo príncipe determina sea observado como ley).

Por lo que a modo de resumen se puede concluir en base a los párrafos de la jurisprudencia romana que se han transcripto, que el derecho de este pueblo se origina en las leyes comiciales, en las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), en los plebiscitos, en la jurisprudencia (*responsa prudentium*), en los senadoconsultos, en las constituciones imperiales y en los edictos de los magistrados, debiéndose descartar como causa a las acciones de la ley, que Pomponio incluye en la nómina. Y si bien la gama de las llamadas fuentes es amplia, no resulta ocioso recordar que todas estas no coexistieron en el tiempo, ya que en el largo decurso de trece siglos unas desaparecieron dando paso al nacimiento de nuevas.

Del elenco que natecede, hay una que por su peculiar naturaleza y por ser muy propia del Derecho Romano, se presta a una singular indagación. Porque —si como quedó establecido más arriba (ap. II)— la ley es la única causa formal y eficiente del derecho ¿cómo puede ser que los edictos de los magistrados iusdicentes sean también considerados como causa del derecho en Roma? ¿Será que estos edictos participan de la naturaleza de la ley? Este interrogante es, precisamente, el que se pretende responder en este trabajo y se anticipa que la tesis que se propone consiste en demostrar que los edictos de los magistrados romanos con potestad jurisdiccional constituyen verdaderas leyes. Quede claro que no se los pretende equiparar a la ley comicial —única a la que los romanos dieron tal nombre[11]— sino que se refiere al concepto genérico de la ley que proporciona la filosofía del derecho (vid. Santo Tomás de Aquino, ST, 1-2, 90, 1).

IV. El edicto

Todas las magistraturas mayores (*cum imperio*) gozaron del *ius edicendi*, esto es, la facultad de emitir edictos. Estos no fueron otra cosa que órdenes generales emanadas del magistrado y que conservaban su vigencia durante todo el tiempo en que su autor permanecía en el cargo. Por su etimología *-e-dicere* resulta claro que en su origen fueron órdenes orales. Refiriéndose a su biografiado, Cornelio Nepote afirma que

> *multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimerunt* (Cato, 2).
> (Muchas cosas nueva añadió al edicto, con el fin de repeler la molicie).

Pero de todos los edictos que podían publicar los magistrados, los que interesan para este estudio son los de aquellos que gozaron de la *iurisdictio*; a saber: el rey, durante la época de la monarquía, si bien no hay rastros de edictos regios; caída la reyecía, los de los magistrados que suplieron al rey; a partir del año 367 AC, el pretor urbano y desde el 242 AC el pretor peregrino. Igualmente revisten algún interés los edictos de los ediles curules y los de los presidentes de las provincias, si bien éstos no hicieron otra cosa

11 También con la palabra *lex se* designaban ciertos pactos anejos a los contratos, v.gr., *lex commisoria* y también a algunas disposiciones generales para el regimiento de municipios, v.gr., *lex Salpensana*. A estas últimas se las llamaba *leges datae*, a diferencia de las leyes comiciales, denominadas *leges rogatae*.

que reproducir el edicto del pretor urbano, del mismo que el de los cuestores en las provincias senatoriales seguía al de los ediles curules. Todo esto se desprende de lo que dice Gayo.

> *Edita sunt praecepta eorum, quis ius edicendi habent. Ius autem edicendi habent magistrati populi Romano; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provinciis Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictus in his provinciis non proponitur* (1, 6). (Los edictos son los preceptos de aquellos que gozan del derecho de publicarlos. Por lo que el derecho de publicar edictos lo tienen los magistrados del pueblo romano, pero mayormente se encuentra en los edictos de los dos pretores, el urbano y el peregrino, cuyas jurisdicciones son ejercidas en las provincias por sus presidentes; también en los edictos de los ediles curules, cuya jurisdicción en las provincias del pueblo Romano ejercen los cuestores, no así en las provincias del César ya que a ellas no se envían cuestores, por lo que estos edictos no existen en estas provincias).

Y si bien las Instituciones justinianeas son mucho más escuetas al respecto, interesan especialmente por cuanto subrayan la importancia del edicto del pretor:

> *Praetorem quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem* (1, 2, 7). (Los edictos de los pretores tienen no poca autoridad).

Pero el edicto que más repercusión tuvo en el desarrollo del derecho privado, fue el del pretor residente en Roma, llamado *edictum urbanum o urbicum*.[12] ¿Esta influencia del edicto pretorio ya se hizo notar en los tiempos de las acciones de la ley? Si bien en ese entonces la presencia activa del pretor se expresaba en la fórmula *do, dico, addico*[13] no parece que en la época de las *legis actiones* tuviera la tamaña importancia que alcanzó después, ya que recién con la instauración del procedimiento formulario (ambos regímenes procesales coexistieron largamente) comienza el edicto pretorio a tener gran influencia y a movilizar el desarrollo jurídico.

El punto de partida de la importancia del edicto del pretor urbano está dado por la aparición del procedimiento por fórmulas y a éste se lo asocia con la pretura peregrina. Resulta un hecho obvio que en las contiendas judiciales entre extranjeros o entre éstos y ciudadanos romanos, el *ius civile* resultaba inaplicable. Constituye una conjetura muy posible que para la protección de las relaciones jurídicas en las que uno o más extranjeros fueran parte, el pretor peregrino organizara una reglamnetación aplicable a este tipo de asuntos. No es de extrañar que este magistrado dictara el derecho al juez

---

12 Se discute si el nombre de *praetor urbanus*, con el que habitualmente se designa al magistrado que tenía la jurisdicción entre los ciudadanos romanos, fue inventado para contraponerlo al *peregrinus*, o si sirvió en un principio para distinguirlo de los pretores-cónsules, que en su condición de generales se hallaban con frecuencia fuera de la ciudad. No se olvide que *raetor* deriva de *prae-ire*, ya que el pretor era quien encabezaba las tropas, esto es, las precedía. Cfr. Arangio-Ruiz, Historia del Derecho Romano, Madrid, 1974, p. 125, nº 1.

13 LÉVY-BRUHL, *Addicere*, en Nouvelles études sur le trés ancien droit romain, Paris, 1947, pp. 141 y ss.

mediante una sucinta relación escrita, en la que se sintetizaran las pretensiones de los litigantes y ordenara condenar o absolver de acuerdo a las previsiones del *ius gentium*, según se probaran o no los hechos que las fundamentaran: tal el origen de la fórmula.[14]

No se sabe a ciencia cierta cuando el pretor urbano autorizó a quienes comparecían *in iure* a litigar mediante el empleo de fórmulas, a similitud de las que usaban ante la pretura peregrina. Lo cierto es que la lex *Aebutia* (de incierta data, tal vez de la segunda mitad del siglo II AC) autorizó que en el *ordo iudiciorum privatorum* se pleiteara por medio de fórmulas, dando sanción legislativa a una situación que tal vez ya estuviera —si bien limitadamente— en vigencia, seguramente en aquellos casos en que las mismas partes lo proponían, ya que la ventaja de este sistema procesal frente a las antiguas *legis actiones* resultaba innegable. Pero desde la citada ley y hasta que se produjo la sanción de su similar *Iulia* (*¿de Augusto?*), las acciones de la ley convivieron con el procedimiento formulario, aunque en continuo y permanente retroceso.

Es casi seguro que las primicias del derecho edictal debieron ser los interdictos posesorios prohibitorios (*uti possidetis* y *utrubi*) y también la *actio furmanifesti*, pero ha sido el proceso por fórmulas el gran instrumento del que se valieron los magistrados iusdicentes para templar el rigorismo, llenar los huecos y corregir las deficiencias del antiguo derecho Quiritario. En el apartado VII se indicarán los principales medios de los que se valieron los pretores para alcanzar tan justa finalidad.

Hay quien sostiene que ya en los tiempos en que el procedimiento fue el de las acciones de la ley los pretores instituyeron acciones *in factum* para proteger las relaciones que surgían de los contratos de buena fe.[15] Sin analizar ahora si esta afirmación tiene suficiente respaldo, no caben dudas que aún cuando durante la primera época procedimental haya habido algún avance del pretor, ha sido el proceso formulario el gran instrumento que posibilitó que magistrados iusdicentes promovieran el desarrollo del sistema conocido como derecho honorario.

Las bases constitucionales de la actividad pretoria estaban dadas por el *imperium* del que este magistrado gozaba, poder preexistente a la *civitas* y del que la *iurisdictio* constituye sólo un aspecto. Ocurrió que el magistrado romano personificaba al Estado y —empleando conceptos actuales— ejercía la soberanía en nombre de éste. En el terreno de la jurisdicción del pretor disponía de un poder arbitrario, que incluía la potestad de imponer su voluntad. Es por ello que los litigios que pasaban ante la pretura peregrina se fundamentaban en el *imperium* del pretor y no en el *ius civile* (inaplicable, por otra parte, a los extranjeros) ni tampoco en otras disposiciones legales. Y en ésto, precisamente, consistió la reforma de la ley *Aebutia*: autorizar que los pleitos entre ciudadanos se dirimieran en base al *imperium* del pretor. O sea que no fue ya la fuerza de la ley, a través del sistema de las *legis actiones* el

---

[14] Vid. Longo e Scherillo, *Storia del diritto romano*, Milano, 1970, p. 134.
[15] Alvarez Suárez, *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, 1944, p. 229.

fundamento del *ordo iudiciorum privatorum* sino el imperio del magistrado jurisdiccional.[16]

Estas peculiaridades han llevado a concluir que se está en presencia de un medio de producción jurídica sin paralelo en el mundo moderno y que se funda en la amplia discrecionalidad de los magistrados a quienes competía la organización de los juicios entre los particulares.[17] Cicerón lo mostraba de esta manera:

> *Est enim tibi iam, cum magistratum inieris et in contienem adscenderis, edicendum quae sis observaturus in iure dicendo* (De finibus, 2, 22). (Porque esto es ya para tí, cuando te presentes ante el magistrado y subas a la asamblea, donde se da a conocer aquello que será observado en la jurisdicción).

Tal como surge de su etimologéa (*e-dicere*), en su origen el edicto fue una comunicación oral del magistrado, hecha *in contionem*. Más tarde se le añadió a esta comunicación su transcripción y exposición en lugares públicos y cuando la escritura se hizo corriente no se independizó de su origen oral, ya que mantuvo la fórmula *praetor dicit*. La transcripción se hacía en tablillas de madera blanqueada (*tabulae dealbatae*), en letras negras y con sus títulos en rojo (*rubricae*). La exhibición tenía lugar en el Foro, en las calendas de enero y el edicto regía durante el año que duraba el mandato de su autor. Así lo atestigua Cicerón:

> *Qui pluriumum tribuunt edicto, praetoris edicto legen annum dicunt esse* (...) *Finem edicto praetoris afferunt kalendae ianuarii* (*In Verrem*, 1, 42). (Por el tiempo que dura el edicto, el edicto del pretor es llamado ley anual (...). El fin del edicto del pretor llega con las calendas de enero).

V. El edicto perpetuo

Con el transcurso del tiempo, los edictos de los pretores fueron adquiriendo un desarrollo tal, que los convirtió en un estrato jurídico distinto del *ius civile*, paralelo a éste, y que recibió el nombre de derecho honorario. Sobre el origen de este nombre, las fuentes se muestran generosas: vayan algunos textos a título de ejemplo.

> ...*quod et honorarium dicitur ad honorem praetorem sic nominatum* (D. 1, 1, 7, 1). (...al cual también se lo llama honorario, llamándose así por el honor de los pretores).
>
> *Honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat* (D. 1, 2, 2, 10). (Se dice honorario, porque viene del honor del pretor).
>
> *Haec etiam ius honorarium, s.olemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt* (I., 1, 2, 7). (A este solemos llamarlo también derecho honorario, porque a este derecho dieron los que llevan los honores, esto es, los magistrados).

---

16 Talamanca, en *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di Mario Talamanca, Milano, 1979, p. 161.

17 Arangio-Ruiz, ob. cit., p. 183.

En los finales de la época clásica, se lo llama también *ius praetorium*, nombre que de algún modo ya había sido anticipado por Cicerón (*De Officis*, 1, 10, 31). En los tiempos actuales se ha pergeñado también la denominación de derecho edictal[18] y este nombre no le viene nada mal, ya que por edictos, precisamente, está integrado el derecho honorario:

> *Eodem tempore et magistratus iura reddebant; et ut scirent cives, quos ius de re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant; qua edicta pratetorum ius honorarium constituerunt* (D. 1, 2, 2, 10). (También para este tiempo los magistrados restituian derechos, y para que supieran los ciudadanos qué derecho declararía cada uno en cada caso y se previnieran, promulgaban edictos; los cuales edictos de los pretores constituyeron el derecho honorario).

En la época de su mayor desarrollo el dicto del pretor puede ser caracterizado como un programa anual de su gestión, publicado cuando ésta comenzaba y que como se perpetuaba durante el año de su duración del cargo, recibió el nombre de edicto perpetuo. Ahora bien, cuando un pretor asumía el cargo por el lapso de un año no empezaba de la nada, sino que aprovechaba en todo o en parte el edicto que había publicado su predecesor (o predecesores) en la función. Por lo que con el curso de los años se formó algo así como un núcleo permanente del edicto pretoriano que se transmitía de pretor a pretor y que recibió el nombre de *edictum tralaticium* o *edictum vetus*. Esto también lo atestigua Cicerón:

> *...quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueverunt* (*De invent.*, 2, 22) (...que en este género y en otros hay también muchas cosas y a la mayor parte de ellas los pretores solieron incluir en el edicto).

En tanto que los edictos de los demás magistrados que gozaron del *ius edicendi* constituyeron proclamas o manifiestos genéricos, los del pretor asumieron una forma concreta, técnica y particularizada.[19] Dentro del edicto pretoriano se distinguen claramente dos grupos: a) medios procesales correspondientes al antiguo *ius civile*, de lo que sólo se exponen las fórmulas; b) creaciones pretorianas. Estas últimas son las que más interés despiertan y se advierten allí dos partes distintas: una programática, en la que se enuncian los presupuestos en base a los cuales el magistrado prestará el amparo jurisdiccional; la otra, de carácter procesal, conteniendo un elenco de fórmulas. Las cláusulas que concedían una acción recibían el nombre de *edicta*, en sentido restringido; v. gr., *edictum de effusis et deiectis, edictum de receptis*, etc.

Algunas de las fórmulas han conservado el nombre del magistrado que las creó. Tal los casos de las acciones Publiciana, Calvisiana, Flaviana, Rutiliana, Serviana; el *iudicium Cascellianum*; el *interdictum Salvianum*; el *edictum Carbonianum*, etc. Pero las que constituyen la mayoría no tienen el nombre de autor, conociéndoselas por la materia.

Además de estos programas anuales que fueron los edictos perpetuos, cuando una circunstancia especial lo exigía, el pretor solía pronunciar un edicto

---

18 D'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, p. 68.
19 Longo e Scherillo, ob. cit., p. 141.

específico, al que Cicerón denomina repentino (*In Verrem*, 2, 3). Según parece, una avenida del Tíber dio lugar a un edicto de esta clase, al que se refiere el siguiente texto:

> *De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebacius refert, quam iberis abundasset, et res multas multorum in aliena aedificiTa detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieri dominis, quominus sua tollerent, auferrent, si modo damni infecti repromittant* (D. 39, 2, 9, 1). (Se inquiere si habrá interdicto por las cosas que fueron arrastradas por la fuerza del río. Trebacio refiere que cuando el Tiber desbordó, habiéndose llevado muchas cosas a edificios ajenos, se dio interdicto por el pretor, para que no se hiciera violencia a sus dueños y recogieran lo suyo, si se obligaban por el daño amenazado).

A fines de la República cundió el vicio de que los pretores se apartaron de su propio edicto. Para impedir este abuso no cabía otro medio que obtener la *intercessio* de otro magistrado *par maiorve potestas*, lo que no siempre resultaba fácil lograr, por lo que en el año 67 AC se dictó una *lex Cornelia* que dispuso la obligatoriedad del edicto:

> *Lex Cornelia sanxit: ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent, quare res tum gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere, assueverant, sustulit* (Asconio, *In arg. Cornelia*). (La ley Cornelia estableció: que los pretores digan el derecho según sus edictos perpetuos, porque hubo casos en que ambiciosos pretores acostumbraron a decir el derecho diversamente).

Pero se trató de una *lex imperfecta*, ya que no disponía sanciones para el magistrado que no la observara: su incumplimiento sólo podía generar responsabilidades de orden político. O sea que resultó inocua para frenar los abusos que pretendió corregir y no impedía que en casos especiales el pretor —mediante una *actio ex decreto*— otorgara remedios no previstos en su edicto.

En el siglo II, el jurisconsulto Salvio Juliano llevó a cabo una compilación de los edictos de los pretores: este hecho constituyó la partida de defunción del derecho honorario. La obra del jurista sabiniano, encomendada por Adriano, fue confirmada por una senadoconsulto y entró en vigencia el año 129 por orden del mismo emperador. Una vez publicado, cesó el *ius edicendi* de los pretores, quienes en lo sucesivo debieron atenerse a esta compilación, la que recibió el nombre de edicto perpetuo por antonomasia. La existencia de esta obra ha sido cuestionada en nuestro tiempo por Guarino, pero se trata de una opinión aislada que no ha merecido acogida entre los estudiosos.

La reconstrucción del edicto perpetuo de Salvio Juliano ha sido felizmente cumplida por Lenel, tomando como base de sus trabajos los comentarios que a dicho edicto formularon Paulo y Ulpiano, recogidos en el Digesto. Según parece, el compilador no sólo alteró el orden de las cláusulas edictales, sino que introdujo nuevas, a las que se las llama *nova clausula Iuliani*. Tales serían las que recogen en D. 37, 8, 3 y 37, 9, 1, 12; así como el interdicto salviano (Cayo 4, 147; I 4, 15, 3). También se piensa que la sistematización que Salvio Juliano empleó en su compilación influyó en la del Digesto.

VI. La inspiración del pretor

Sabido es que —en la generalidad de los casos— los pretores no fueron jurisprudentes, sino hombres dedicados de lleno a la política, siendo la pretura uno de los honores a los que se podía aspirar en esta carrera. Esto provoca un interrogante: ¿cuál fue la fuente de la inspiración de estos magistrados? ¿De dónde sacaron tantas ideas fecundas que dieron lugar a la gran transformación del derecho de su época?

En primer término cabe señalar que las innovaciones constituyeron un deber para estos magistrados y muy especialmente —como buenos políticos— un medio para lograr el favor popular. Aduciendo la innegable rigurosidad del *ius civile*, los pretores establecieron medios procesales, con fundamento primero en la equidad y en muchos casos inspirados en el *ius gentium*. Este ordenamiento influyó en el derecho honorario preferentemente a través del edicto del pretor peregrino, del que se nutrió abundantemente el pretor urbano.

Ha sido la *aequitas* el numen que alumbró la actividad de los magistrados iusdicentes y a la que frecuentemente invocaron para paliar las consecuencias repugnantes de la estricta aplicación del *ius civile*, áspero, rígido, extremadamente formalista y con muchas soluciones realmente injustas. Así es que refiriéndose a la sucesión intestada del derecho Quiritario, afirma Cayo:

> *Sed hae iniquitates edicto praetoris enmendatae sunt* (3,25). (Pero todas estas iniquidades del derecho fueron enmendadas por el edicto del pretor).

Y también en materia hereditaria se lee en el Digesto:

> *Quamvis enim iuris deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor* (D. 37, 1, 61). (Ya que aunque por derecho civil faltan los hijos, que por razón de la disminución de la capacidad dejaron de ser herederos suyos, sin embargo el pretor por equidad rescinde esta disminución de la capacidad).
>
> *Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civile deficiant* (D. 38, 8, 2). (En esta parte el preconsul, movido por la equidad natural promete la posesión de los bienes a todos los cognados, a quienes llama a la herencia en razón de la consanguinidad, aunque no sean admitidos por el derecho civil).

Como lo señala Talamanca, el pretor tuvo un papel protagónico en la introducción de una serie de instituciones que se relacionaban con la necesidad de gular el intenso tráfico comercial que se desarrolla a partir de los siglos III y II AC. Precisa este autor que en esta época la creación del nuevo derecho por parte de los magisttrados jurisdiccionales se desenvuelve fuera de la supervisión de los jurisconsultos, ya que para ese entonces la jurisprudencia pontifical estaba restringida al *ius sacrum* y la nueva no había alcanzado todavía un mayor desarrollo.[20] No obstante ello tampoco hay razones de peso que impidan

[20] Ob. cit., p. 180.

suponer que los jurisconsultos *veteres* hayan tenido alguna influencia en el desenvolvimiento de la primera época del derecho honorario.

Lo cierto es que el derecho edictal, seguramente acuciado por las necesidades de la vida diaria, con una fuerte influencia del *ius gentium* y teniendo a la *aequitas* como principio orientador, se desarrolló vigorosamente mucho antes que la ciencia jurídica. Así, el derecho honorario llega a su más alto nivel a fines de la república en tanto que la jurisprudencia recién alcanza su apogeo en el siglo II, que es precisamente el de la cristalización del edicto.

Y cuando la ciencia de los juristas logró su mayor grado de perfección impulsó también el progreso del derecho a través del *ius honorarium*. Son varios los testimonios que lo confirman; así Celso

> ...*ex facto a Favio Respecto pratetore consultus* (D. 4, 4, 3, 1). (...consultado sobre este hecho por el pretor Flavio Respecto);

también Papiniano:

> ...*Papinianus Iuniano praetori respondit* (D. 23, 4, 2). (...respondió Papiniano al pretor Juniano);

igualmente Salvio Juliano:

> ...*et quibusdam raetoribus consulantibus me idem suasi* (D. 40, 2, (...y a algunos pretores que me consultaban aconsejé lo mismo):

y de la misma manera Pomponio:

> ...*et praetorem me assidente interlocutum esse* (D. 4, 2, 9, 3). (...y el pretor con mi asistencia decidió por interlocutorio).

VII. Medios empleados por el derecho honorario

En el curso de este trabajo se procuró explicar el origen histórico, las causas y los fines del derecho pretoriano, por lo que quedaría inconcluso esta reseña acerca de la transformación operada por medio de los edictos, si no se aludiera a los instrumentos con los que se alcanzó tan óptimo resultado. Al respecto, lo que no debe olvidarse es que este formidable desarrollo fue posible por la introducción del procedimiento formulario ya que de haberse seguido con el de las acciones de la ley, difícilmente se lo hubiera logrado.

Sin la pretensión de que sea exhaustivo y con la finalidad de destacar sus caracteres comunes, se practica un somero bosquejo de los medios y remedios más usuales introducidos por el dicto, con una breve explicación acerca de su funcionamiento.

a) El *decretum*. Fue una ordenanza dirigida a resolver un caso particular. No resulta desatinada la suposición de que debió preceder en el tiempo al edicto, ya que indudablemente es más fácil resolver un caso concreto que

se presenta, que preverlo en un formulario general.[21] También mediante el dictado de un decreto podía el pretor conceder una acción no prevista en el edicto, llamada decretal, lo que la hace semejante al edicto repentino; pero la diferencia está en que éste es genérico en tanto que el decreto se refiere a un caso específico.

b) Los interdictos. Se trata, con seguridad, de los medios más ambiguos; algunos de ellos, tales como el *de glande legenda* y *de arberibus caedendis*, son instituciones pretorianas derivadas de preceptos contenidos en la Ley de las XII Tablas. Se admite generalmente que los interdictos se debieron originar en la necesidad de proteger a los ocupantes del *ager publicus*, que no eran dueños quiritarios de las tierras: pretor prohibió que se los turbara en la posesión que ejercían *(vim fieri veto)*, *extendiéndose* más tarde a los casos de recuperación de las posesión. Hubo interdictos exhibitorios, restitutorios y prohibitorios y podían dar lugar a una *actio ex interdicto*.

c) *Denegatio actionis*. Cuando el magistrado consideraba que aunque fundada en el *ius civile* una pretensión no merecía amparo, le negaba la acción, por lo que no redactaba la fórmula ni daba juez. De este modo se tornaban inertes aquellos principios del derecho civil que resultaban repugnantes a la conciencia social, lo que revela que no es el capricho ni la arbitrariedad del magistrado los que fundamentaron la *denegatio actionis*.

d) *Restitutiones in integrum*. Fueron intervenciones excepcionales del magistrado, mediante las que dejaba sin efecto una situación jurídica legítimamente constituida de acuerdo al *ius civile*, pero que resultaba contraria a la equidad; su efecto fue el de hacer volver las cosas al estado anterior a la aludida situación. Como consecuencia de la *restitutio in integrum* el pretor deniega la acción que correspondería de acuerdo al derecho civil: así ha servido, por ejemplo, como remedio contra las consecuencias dañosas de un negocio viciado por la violencia y también para contrarrestar los inicuos efectos —en el orden de los derechos creditorios— de la *capitis de inutio minima*.

e) Las excepciones. El efecto de este remedio procesal consistió en la absolución del demandado cuando se probaban ciertas circunstancias de hecho que éste había alegado y que constaban en la fórmula (v.gr., el dolo del actor), en atención a las consecuencias injustas que traía aparejada la aplicación del derecho quiritrio. Se trata, en esencia, de una condición negativa que impide la condena que correspondería pronunciar según el *ius civile* y constituye una excepción —de ahí su nombre— al orden que dispone condenar. Un elenco de varias de estas defensas se encuentra en Gayo 4, 115/126 y más resumido en I. 4, 13.

f) *Dato actionis*. Viene a ser la otra cara de la moneda con respecto a la *denegatio actionis*. El pretor afirma en el edicto que concederá acción a quien se encuentre en las condiciones que allí se establecen, admitiendo de este modo relaciones que no estaban contempladas por el derecho civil. Esta es la causa de la distinción entre acciones civiles y honorarias: aquellas contienen un *opportere* a cargo del demandado; éstas ordenan al juez condena o absolver, según se hayan probado o no los extremos de hecho. Las acciones honorarias pueden ser encuadradas en tres clases: *in factum*, útiles y ficticias.

---

[21] Cfr. de Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954, pp. 285/286.

f') Acciones *in factum*. Parece que tuvieron su origen en la pretura peregrina y su *intentio* enuncia una situación de hecho, la que de quedar acreditada da lugar a la condena; de lo contrario, el reo resulta absuelto. Se las denominaba *in factum conceptae* por cuanto para la procedencia de la condena era menester acreditar el cumplimiento de los hechos alegados. Por esta vía se introdujeron institutos como el depósito, del que Cayo transcribe la fórmula correspondiente (4, 47) y Pomponio (D. 19, 5, 11) alude a las acciones *in factum* acomodadas a la ley Aquilia.

f") Acciones útiles. Constituyen la extensión de una acción civil a casos análogos. Tal vez, las más típicas y abundantes sean las que derivan de la ley Aquilia. Así se las llama por cuant oen la fórmula se emplea el vocablo *ut* o *uti*, derivándose útiles.

f"') Acciones ficticias. Son aquellas cuya fórmula ordena al juez condenar fingiendo como verificado un hecho que en realidad no se ha cumplido, pero que resulta indispensable para la procedencia de la acción civil (o a la inversa, teniendo por no cumplido un hecho que obstaculiza a la acción). Su paradigma es la acción Publiciana, introducida por el pretor Publicio, la que fingiendo cumplido el plazo de la usucapión, posibilitó el ejercicio de la reivindicación a quien no era dueño de la cosa *ex iure Quiritium*. Así se llegó a establecer un nuevo tipo de propiedad: el dominio bonitario *(in homis habere)* frente a la propiedad civil o quiritaria.

g) Acciones con transposición de personas. En la *condennatio* aparece un hombre distinto del demanmado incluido en la *intentio*. De esta manera se podía responsabilizar a un *pater familias* por los negocios que en su interés él había encomendado a algún súbdito suyo: en la *intentio* se incluía el nombre del siervo o del *filiusfamilias* con quien se había negociado y en la *condenatio* el del correspondiente *paterfamilias*. También se la solía emplear —trocando el nombre de los actores en las citadas partes de la fórmula— para ceder créditos.

h) Estipulaciones pretorianas. Fueron una garantía exigida por el magistrado que se prestaba bajo la forma de la *stipulatio*, con la finalidad de prestar una caución responsabilizándose ante la posibilidad de que se verificara un hecho que pudiera resultar lesivo. Tales los casos de las cauciones: *damni infecti, egatorum, rem pupilli salvam fore, rem ratam dominum habiturum, pro praede litis et vindiciarum, iudicatum solvi, etc.* La responsabilidad asumida podía ser exigida —llegado el caso— mediante la acción derivada de la *stipulatio*.

i) *Missiones in possessionem*. Fueron un medio coercitivo empleado por el magistrado para obtener la obediencia a sus mandatos, las que podían abarcar la toma de posesión tanto de cosas determinadas como la de un patrimonio íntegro. La *missio in possessionem* reiterada —*ex secundo decreto*— constituía para el beneficiario de ella una *iusta causa usucapionis*.

j) La *bonorum possessio*. Fue el medio idóneo para corregir el injusto orden hereditario establecido en el *ius civile* para la sucesión intestada (algunos textos sobre este tema se han transcripto arriba, en el ap. VI). A aquellos cognados a quienes el pretor entregaba el patrimonio del causante se los protegía mediante una *rei vindicatio utilis* (Gayo 4, 34); en este mismo lugar se encuen-

tran las acciones que se concedían a los acreedores del difunto contra el *bonorum possessor* y a éste contra los deudores del causante. Ello hizo que en la práctica funcionara como un orden hereditario paralelo al del derecho civil.

VIII. Valoración del derecho honorario

La reseña precedente relativa a los principales medios de los que echó mano el derecho honorario, demuestra que este ordenamiento no constituyó un sistema normativo a la manera del *ius civile* y mucho menos al modo del derecho moderno. Es más, todos los recursos empleados son de naturaleza eminentemente procedimental, lo que autorizaría pensar que los pretores no han establecido instituciones de fondo, sino solamente adjetivas: el derecho honorario sería, entonces, el exponente de una depurada alquimia procesal, pero nada más. Pero esta conclusión choca, entre otras, con la opinión de Marciano, quien al respecto escribió:

> *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis* (D. 1, 1, 8). (Porque también el mismo derecho honorario es la viva voz del derecho civil).

La propia jurisprudencia romana ha definido y caracterizado al derecho edictal en términos altamente elogiosos, lo que aventa la idea de que pueda tratarse de una mera colección de recursos procesales. Así lo entendió Pipiniano:

> *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia porpter publicam utilitatem* (D. 1, 1, 7, 1). (El derecho pretorio es el que introdujeron los pretores para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil, por razón de pública utilidad).

Por lo que se plantea un interrogante: ¿cómo se puede ayudar, suplir y corregir al derecho civil por vías de carácter procedimental? La cuestión se aclara si se tiene presente que el Derecho Romano desconoció lo que los modernos —con cuestionable terminología— denominan derechos subjetivos, los que han sido caracterizados como "un derecho *impropio*, un derecho por similitud, un derecho nacido por derivación del lenguaje".[22] La facultad que tiene un sujeto para poder exigir a otro el cumplimiento de una conducta justa se ejercitaba, en Roma, a través de la acción, por lo que el ciudadano romano no decía "tengo tal derecho", sino "tengo tal acción". De este modo se advierte la singular importancia que tenían los magistrados jurisdiccionales, ya que a ellos les competía el manejo discrecional de las acciones. Así, por ejemplo, tanto la *datio actionis* como la *denegatio actionis* y demás medios de los que se valieron cobran toda su dimensión.

Esto ha permitido sostener que en el criterio romano "el derecho se concibe, se enuncia bajo el aspecto procesal antes que substancial; el derecho romano, por toda la época clásica, es un sistema de acciones y de diversos medios

[22] Lachance, ob. cit., p. 324.

de géneros procesales antes de que derechos subjetivos".[23] El legendario *ius Flavianum*, fruto de la astucia del liberto Cneo Flavio, fue conocido como *Libe actionum* y esta divulgación de los arcanos de la ciencia jurídica consistió en la develación de los formularios de las acciones de la ley. La distinción entre derechos reales y personales es medieval; lo que los romanos distinguieron fueron las acciones personales de las reales:

> *In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERES PRAESTARE OPORTUNE. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut fruendi, eunde aquamve ducendi vel altius tollendi propiscendive* (Gayo 4, 2-3). (La acción personal es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos algo que se nos deba dar, hacer o prestar. La acción real es aquella por la cual reclamamos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho determinado, como ser por ejemplo el de uso, el de usufructo, el de paso, el de conducir agua o el de vista).

No debe olvidarse que la acción no constituyó una institución genérica, sino que es específica y propia de cada situación, creciendo en número a medida que la sociedad admitió nuevas relaciones jurídicas. La propiedad de las acciones el Derecho Romano se exterioriza en que cada una tiene su propio nombre, sea derivado de su naturaleza o finalidad, sea tomado del magistrado o jurisprudente que la creó, nombre éste que en muchos casos perdura hasta hoy.

Tomando en consideración la enorme importancia de las acciones en el del derecho clásico, se entiende perfectamente que el magistrado dotado de la *iurisdictio* —verdadero dueño del proceso— haya innovado a través del edicto. Así resulta por cuanto al dar o denegar acciones o excepciones, pronunciar interdicciones, establecer cauciones y tantos otros medios procesales como utilizó, importó tanto como reconocer la validez de la relación substancial protegida por el medio procesal acordado. Sirva de ejemplo la ya mentada acción Publiciana: mediante esta acción ficticia, que permitió reivindicar a quien no era verdadero dueño civil de la cosa (único que podía ejercer la acción) fingiendo que lo era, se estableció un dominio paralelo al del derecho Quiritario. Está claro que no era *dominus* de la cosa, sino que la tenía *in bonis;* pero tanto la citada acción Publiciana (contra terceros) como la *exceptio rei venditae et traditae* (contra el dueño civil) confieren una tutela similar a la del dominio *ex iure Quiritium*.

También conviene tener presente que el tronco del Derecho Romano *(ius civile)* era un sistema rudimentario y primitivo, rigorista y extremadamente formalista, con lagunas y deficiencias, harto insuficiente para regular la vida jurídica cuando Roma se expandió más allá del Lacio, hasta llegar a ser por varios siglos la potencia hegemónica del Mediterráneo (y algo más). Por ello es que en el ejercicio de la jurisdicción, el pretor —no podía derogarlo— dejó de lado al derecho civil mediante los distintos remedios propuestos en las fórmulas.[24] Ello

[23] BIONDI, *Instituzioni di diritto romano,* Milano, 1972, p. 82.
[24] Vid. TALAMANCA, ob. cit., p. 182.

explica que el pretor no se expresara como legislador; no decía *ita ius esto,* sino que se obligaba él mismo con frases como *iudicium dabo, actionem non dabo, in possessionem iri, in possessionem dabo, pacta conventa servaba, in integrum restituam,* etcétera.

Los comicios y otras asambleas tuvieron muy poca injerencia en el derecho privado, lo que condujo a que las necesidades del desarrollo jurídico exigido por el crecimiento político y económico no se efectivizara mediante leyes, sino a través del edicto del magistrado iusdicente. En cierto modo, este magistrado revolucionó el mundo jurídico, actuando a modo de legislador. Tal es así que Cicerón, a fines de la república, atestigua que el derecho edictal era más importante que la misma ley de las XII Tablas. Este es el pasaje:

> *Non ergo a praetoris edicto ut plerique NUNC, neque a duodecim Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?* (*De legibus,* 1, 5). (¿Piensas que ahora como sueriores a los preceptos de las XII Tablas y no al edicto de los pretores, de los que salen la íntima filosofía del derecho?).

De esta manera fue que el derecho honorario constituyó un sistema paralelo al del *ius civile,* que los juristas comentaban por separado y sin que el primero haya derogado al segundo. Aunque en la práctica, en muchos casos, las viejas instituciones quiritarias hayan quedado reducidas a un simple nombre.[25] No obstante, ha habido institutos de derecho civil que se originaron en el derecho honorario; por ejemplo, la *actio iniuriarum aestimatoria,* tal como aparece en Paulo, *atentiae,* 5, 6, 6 y 7 o las del depósito y comodato (Gayo, 4, 47).

La fecundidad del derecho honorario se mantuvo en tanto tuvo preeminencia el sistema judicial formulario y decayó con la decadencia de éste, paulatinamente suplantado por la *cognitio extra ordinem;* Salvio Juliano, con su compilación, le dio la estocada final. Este último tipo de procedimiento, si bien nación a fines de la República, se afianzó durante el Principado hasta desplazar definitivamente al proceso por fórmulas y no se adecuaba en modo alguno para innovar en el derecho, al modo que lo habían hecho los pretores. Avanzado el Principado, la producción de normas jurídicas quedó limitada a la legislación imperial, cuya tendencia fue la unificación del derecho civil con el honorario. En el derecho post clásico se denomina como *ius civile* a todo aquel que no proceda del emperador, por lo que esta denominación incluye al viejo derecho honorario.

IX. Conclusión

Del análisis que del derecho edictal se ha efectuado en los apartados que anteceden, surge sin asomo de duda que esta obra de los magistrados constituye el fruto de sus razonamientos. Porque, como lo señala la propia jurisprudencia romana, el derecho honorario constituyó un camino para el progreso jurídico *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (D 1, 1, 7) y

[25] Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano,* Buenos Aires, 1973, p. 4.

para lograr esta finalidad ha sido necesario tanto que los magistrados conocieran la realidad social en la que operaban como que también tuvieran un fino sentido de prudencia para saber encontrar las soluciones justas y precisas en los casos que continuamente se les presentaban. Por lo que resulta válido concluir que el derecho honorario constituye el fruto de la razón práctica de los magistrados que lo crearon.

La finalidad del edicto —como quedó dicho— era la de poner orden en las relaciones sociales, fijando un orden justo que superara las limitaciones del viejo derecho Quiritario. Luego, ese fruto de la razón práctica que fue el edicto, constituye un verdadero ordenamiento de dicha razón.

El fin buscado y logrado a través del derecho edicta, constituye un verdadero ordenamiento de dicha razón.

El fin buscado y logrado a través del derecho edital ha sido la instauración de un orden justo que el arcaico *ius civile* no podía establecer. La dureza e inflexibilidad de las instituciones quiritarias conducían a resultados inicuos, a los que el derecho honorario tendió a corregir *propter utilitatem publicam* (D. 1, 1, 7). En otros términos, que los pretores por medio del edicto procuraron determinar qué era lo justo en las distintas relaciones interhumanas, por lo que casi resulta obvio que de este modo se tendía al bien común de la colectividad. Que el derecho honorario se ordenaba al bien común lo prueba el hecho de que aún hoy, pasados tantos siglos, muchas de sus creaciones perduran conservando la lozanía propia de lo que se adecua a la justicia.

Quedó señalado más arriba (ap. IV) que si bien el *ius edicendi* fue propio de las magistraturas *cum imperio,* los que interesan para el desenvolvimiento del derecho privado son aquellos edictos emanados de los magistrados con potestad jurisdiccional. Y surge la duda o el resquemor acerca de si la aplicación de los medios reseñados en el ap. VIII no importó un abuso del poder de partes de los pretores. Ya que impedir que el orden jurídico establecido produzca los efectos que le son propios, empleando para ello recursos de naturaleza procesal, parecería ser un ejercicio abusivo del poder. Sin embargo no es así (y no porque haya tenido un alto fin, que por noble que sea no justifica los medios), sino porque el poder usado radica en el *imperium* del que gozaban estos magistrados, que era arbitrario y discrecional (ap. IV), pero que en la práctica no solía ser ejeercido abusivamente. Para los casos de abuso el único recurso que tenía el ciudadano era lograr la *intercessio* de algún magistrado *par maiorve potestas.*

Lo que permite afirmar que el derecho edictal, tal como fue establecido, constituye un fruto legítimo de obrar de aquellos que tenían a su cargo un aspecto del regimiento de la comunidad. No derogó —tampoco podía hacerlo— al *ius civile,* sino que fundamentó un ordenamiento paralelo cuyo efecto fue el desplazamiento de aquél cuando su aplicación resultaba injusta. Lo que importa que el derecho honorario es la consecuencia del legítimo obrar de los magistrados iusdicentes, que para ello obraron dentro de sus facultades constitucionales y obtuvieron como resultado la institución de un nuevo sistema jurídico.

Finalmente, tal como se lo destacara, los edictos eran debidamente promulgados —*in contione*— cuando los magistrados en las calendas de enero de cada año daban inicio a su actividad. También, como se señalara oportunamente, recibía amplia difusión.

Por todo lo cual se puede advertir que a los edictos de los magistrados iusdicentes les cuadra la definición general de la ley de Santo Tomás de Aquino:

> *Et sic quattuor praedictis portest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eoqui curam communitatis habet, promulgata* (ST 1-2, 90, 4). (De las cuatro conclusiones predichas se puede colegir una definición de la ley, la cual no es otra cosa que un ordenamiento de la razón, ordenado al bien común, promulgado por quien tiene el cuidado de la comunidad).

Así se considere como probada la tesis propuesta (ap. III), esto es, que el edicto puede ser considerado como ley, no en el sentido restricto que los romanos daban al vocablo *lex*, sino en el amplio y general que surge de la transcripta definición del aquinate y que le cuadra a cualquierclase de ley. Quedó también demostrado que la ley es la única causa del derecho, por lo que es lícito concluir que los edictos de los magistrados romanos han sido también causa del derecho. Por cierto que con sus peculiaridades, propias por otra parte de un sistema político-jurídico muy distinto de los que rigen en la actualidad. Pero siendo el edicto la regla y medida del obrar humano[26] tiene razón de ley.

Lo dicho, lejos de empequeñecer, agranda la fecunda labor de los pretores, quienes en la misión de decir el derecho han creado instituciones permanentes de las que se ha valido —y se sigue valiendo— la humanidad durante tantos siglos. Dicho de otro modo, que el derecho contemporáneo tiene una deuda de gratitud con el *ius honorarium*.

EDMUNDO J. CARBONE

[26] ST 1-2, 90, 1.

LA SEDUCCION PUBLICITARIA SUBLIMINAL, NUEVO VICIO DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

SUMARIO: I. Consideraciones previas. — II. La publicidad. — III. La publicidad subliminal. — IV. Análisis semiológico. — V. Los hechos voluntarios. Los vicios de los actos jurídicos y del consentimiento contractual. — VI. La normativa aplicable a la publicidad. — VII. La protección de los consumidores. Necesidad de una regulación jurídica específica. Acción preventiva. — VIII. Conclusión.

I. Consideraciones previas

El presente trabajo tiene por objeto mostrar la existencia de lo que podríamos llamar un nuevo vicio del consentimiento contractual: la seducción publicitaria efectuada por medios subliminales.

Sin querer atacar o cuestionar a la publicidad en general, reconociendo los importantes servicios que la misma presta, el tema en estudio se centra, exclusivamente, en la publicidad realizada por medios subliminales, es decir, la propaganda o publicidad subliminal.

Para ello resulta necesario, previamente, tratar en forma somera el concepto de publicidad, qué es, en qué consiste y cómo se concreta la publicidad, para luego sí analizar las formas subliminales de su realización.

Además, será necesario hacer una breve reseña de los vicios del consentimiento contractual a fin de demostrar que la publicidad subliminal no tiene adecuada cabida en los mismos, para finalmente concluir con la necesidad de una regulación normativa específica, como un nuevo vicio del consentimiento, y así dar una más eficaz protección legal al consumidor, al público o destinatario en general de tal forma de publicidad ilegítima que tanto afecta a la sociedad en su conjunto, sin que la misma se dé cuenta de ello y, consecuentemente, se defienda adecuadamente.

II. La publicidad

En primer lugar cabe puntualizar que la publicidad reviste gran importancia por las múltiples consecuencias e incidencias que de ella se derivan, ya sea en el campo económico, social, cultural, comercial, científico o jurídico, siendo motivo de especial estudio por parte de economistas, psicólogos, sió-

logos, juristas, empresarios, etc., quienes invierten en ella grandes sumas de dinero.

En cuanto a la terminología algunos especialistas hacen diferencias respecto de los términos publicidad, propaganda y reclame, sin embargo, comúnmente se los utiliza como sinónimos.

Resulta interesante transcribir algunas definiciones que se ha dado de la publicidad, las que nos iran acercando al tema en estudio.

Publicidad es el arte del comercio que se vale de especiales e ingeniosos medios para no engañar en forma absoluta al público, pero para dar a un producto comercial un nombre o renombre que constituye parte de su trabajo y le hace más comercial que otros productos de igual precio. *Panzini.*

La publicidad comercial es el conjunto de los medios de todas clases destinados a hacer conocer al mayor número posible de personas los productos del comercio o de la industria, a fin de desenvolverlos y luego satisfacer las necesidades, incitando así a una adquisición o a un gasto. *Hemet.*

La publicidad comercial es una acción de persuasión dirigida al público. *Gerin.*

La publicidad comercial es el conjunto de medios puestos en la obra para hacer conocer al público una empresa comercial, industrial o agrícola, conocer de la superioridad de sus productos, sugerirle el deseo e incitar a adquirirlos. *Demortain.*

La publicidad es el conjunto de medios y procedimientos por los cuales se ejerce una acción premeditada sobre un público definido con el fin de atraerlo a conservar la clientela. *Marcelin.*

Los autores antes mencionados nos dan la idea de que la publicidad tiende de alguna manera a dirigir o a seducir a los consumidores. Se trata en definitiva de un hacer, una actividad tendiente a lograr un resultado lucrativo programado. El problema radica en que el resultado querido no siempre justifica los medios empleados.

En cuanto al origen de la publicidad o propaganda podemos decir que es tan antigua como la humanidad, siendo los medios y las formas de la publicidad los que fueron variando y desarrollándose con el tiempo.

Carlos Jorge Varangot hace la siguiente visión cronológica de los medios publicitarios en su progresista desarrollo:

Publicidad a través del tiempo:	1) *Exhibición:*	Puestos, mercados Escaparates, ferias Vidrieras, etc.
	2) *Verbal:*	Pregoneros Martilleros
	3) *Sonido:*	Musical, matracas, campanas, Diarieros, etc.
	4) *Gráficos:*	Letreros, Estampas, Imágenes, Figuras, Maniquíes, afiches, etc.
	5) *Escrita:*	Correspondencia Prensa, catálogos, Programas, etc.
	6) *Aire...:*	Radio Telégrafo Televisión, etc.

La publicidad de los productos de droguería y farmacia es considerada por muchos autores como una de las más antiguas que se conoce, pero los medios y formas de la publicidad han progresado extraordinariamente y han utilizado los servicios de distintas artes y ciencias para ello, así, la psicología, la estadística, la electrónica, la música, la tipografía, la pintura, el dibujo, la sociología, han aportado mucho y siguen aportando para el desarrollo de la publicidad. Existen hoy verdaderos técnicos y profesionales científicos dedicados al estudio de las técnicas publicitarias a los efectos de lograr cada vez con mayor eficacia el propósito publicitario.

Es interesante recordar lo dicho por *Huxley* de la publicidad: "Uno puede aprender mucho del carácter y hábito mental de una Nación observando las formas que toma su publicidad", ello es así "porque la publicidad de un país guarda relación con el estado de progreso de su cultura".

En cuanto a los caracteres de la publicidad podemos decir que son los siguientes: a) mercantil, b) económico, c) técnico, d) social y e) jurídico.

La naturaleza comercial de la publicidad es evidente, su carácter mercantil no puede negarse, siempre existió tanto en los orígenes como en la actua-

lidad. Cualquier actividad del empresario comercial de la publicidad es comercial, es mercantil.

También la publicidad tiene un carácter económico manifiesto y de gran importancia que queda demostrado por el solo hecho de las grandes cantidades de dinero que los empresarios gastan o, mejor dicho, invierten en ella, a la espera de obtener considerables ganancias.

El tecnicismo ha ido progresando aceleradamente y le ha dado la autonomía a la publicidad, haciendo ella una profesión mercantil de características especiales y científicas, considerando algunos errores a la publicidad como una verdadera ciencia que a su vez se vale de otras ciencias para cumplir cabalmente su objetivo. Se habla de la utilización de leyes psicológicas, leyes de sugestión, leyes de impresionismo del individuo medio, etcétera.

La publicidad no se dirige a un individuo determinado como ocurría antiguamente, sino a cierto grupo o sector social caracterizado según el lugar, la economía, el producto sobre el que se hace la propaganda y otras circunstancias ocasionales estudiadas.

Primero busca la publicidad un llamado de atención para luego realizar una *influencia psicológica* que se dirige hacia la costumbre, memoria, razón, concepción, discernimiento, ideas, voluntad, deseos, etc., del grupo social preseleccionado.

El aspecto psicológico de la publicidad es de vital importancia para ella porque le brinda las técnicas y los medios científicos no sólo para *atraer* la atención del público sobre el objeto a vender, sino además, y lo que es más importante para quien la utiliza, para *convencerlo* a comprar.

La publicidad se vale pues de la psicología para llegar a los sentimientos e instintos y a los aspectos más íntimos de los seres humanos provocándoles una reacción que *guía la voluntad* de los sujetos convenciéndolos de la compra del producto que la propaganda sugiere en beneficio del vendedor o productor comercial. Como dice Haas: "Fundándose en ciertas tendencias la publicidad, provocando las emociones en el individuo trata de impulsar esos deseos latentes con fuerza tan irresistible que se sientan inducidos a obrar para poder satisfacerlos".

Por su parte, *Palmer Guy* dice: "Son determinantes generales de conducta no sólo las causas biológicas, sino también factores psicológicos... complejos... tendencias secretas reprimidas, reflejos de raíces inconscientes... tendencias hereditarias". Pues bien, la publicidad se vale de todo ello para lograr su objetivo.

Todo hombre es sugestionable en mayor o menor medida y tiende a creer la afirmación que se le ha comunicado confidencialmente y si la información llega masivamente se le hace difícil adoptar una actitud crítica respecto de la misma.

Hay en ciertos casos un verdadero efecto hipnótco que la propaganda logra en el público privándolo de su libre albedrío mediante métodos psicológicos de sugestión, influencia, imitación, simpatía, contagio, instintos, etc.,

impulsándolo a concluir negocios, contratos, que benefician al que dispone la publicidad. Lamentablemente, no siempre la publicidad se vale de medios sanos.

En cuanto al aspecto o carácter social de la publicidad mercantil, podemos decir que ello es así por la gran influencia (buena o mala) que ejerce sobre la sociedad o el grupo social.

La observación de la publicidad de un pueblo o de una Nación nos dirá mucho respecto de dicho pueblo o de dicha Nación, nos revelará los hábitos mentales y caracteres que privan en ellos.

La propaganda en su acción de captación de voluntades de las masas logra "orientar" sus pensamientos, gustos sobre modas, artes, confort, costumbres y hasta la moral, con lo cual su carácter, su influencia social, resulta evidente.

En lo que respecta al carácter jurídico de la publicidad, el mismo resulta de los variados derechos y obligaciones que de ella se derivan y que necesariamente requieren una adecuada legislación y reglamentación, la que a veces no es lo efectiva o eficiente que debería ser, como se verá más adelante. En un aspecto general, las normas tienden a salvaguardar el orden público, evitando que se ofenda la moral y las buenas costumbres y evitar también las afirmaciones engañosas y la competencia desleal entre comerciantes.

Varangot clasifica la publicidad de la siguiente manera:

1) *Exposición:* 1. Mural; 2. Vidriera, negocio, feria; 3. Carteles, afiches, letreros en vehículos, telones, etc.; 4. Aeroplano; 5. Cinematógrafo; 6. TV.

2) *Verbal u oral:* 1. Vendedor, radiotelefonía; 2. Corredor; 3. Pregoneros, diarieros, etc.; 4. Martillero.

3) *Escrita:* 1. Diarios; 2. Revistas. 3. Folletos; circulares; 4. Calendarios, catálogos, etc.

4) *Materiales:* 1. Yapa, premios, etc.; 2. Muestras; 3. Demostraciones.

La forma como se realiza la publicidad en la actualidad, en sus distintos tipos y medios, requiere la intervención de verdaderos profesionales de la publicidad quienes aplican los más variados conocimientos y técnicas para captar al público destinatario.

Packard en "Las formas ocultas de la propaganda" dice: "La gente obra impulsivamente en lugar de hacerlo en forma racional siguiendo sus caprichos dejándose llevar por sugestiones y emociones. En una palabra en calidad de consumidores no hacemos planes. Nuestros gustos dependen de la moda, de la propaganda".

III. La publicidad subliminal

Hemos tratado anteriormente en forma muy sintética el tema de la publicidad, sus características, elementos, formas, etc., ahora analizaremos una de sus formas de realización la llamada "publicidad subliminal".

El tema de la publicidad subliminal atento su desconocimiento por la gran mayoría de las personas es muy resistido en cuanto a la creencia de su existencia y, en su caso, a su aplicación práctica; empero, como veremos a continuación es un arma muy poderosa permanentemente utilizada para manipular a las personas sin que éstas se den cuenta, con la finalidad de obtener los beneficios propuestos.

Las técnicas de la publicidad subliminal son empleadas diariamente tanto por los medios de comunicación, publicidad, agencias de relaciones públicas, como a veces por el mismo Estado, lo que es desconocido para la gran mayoría de las personas como se dijera anteriormente.

Se ha escrito mucho respecto de las experiencias humanas a nivel consciente como inconsciente. Existe una percepción inconsciente a la que llegan precisamente los mensajes subliminales que manipulan, controlan, dirigen el comportamiento humano.

Hace más de treinta años que, por ejemplo en países desarrollados como los Estados Unidos, se utilizan estímulos subliminales de modo regular en las comunicaciones sin que nadie supiera o se diera cuenta de lo que estaba pasando, salvo un reducido porcentaje.

Normalmente los estímulos subliminales apelan al sexo, a tendencias morbosas, exhibicionistas, existentes en el nivel inconsciente de los destinatarios.

El fin pretendido apela a cualquier medio. En los Estados Unidos la publicidad es un negocio que representa más de veinte mil millones de dólares anuales. Ello hace que no se tengan escrúpulos en los procedimientos empleados para atraer o dirigir a un consumidor, empleándose técnicas subliminales totalmente inmorales.

Se invade con tal procedimiento el derecho a la intimidad de las personas, derecho humano fundamental amparado por la Constitución Nacional.

Pero no sólo existe una violación a la intimidad de las personas sino además la persuasión subliminal es perjudicial para la salud mental de los individuos quienes son víctimas de la explotación y manipuleo por medio de técnicas muy sofisticadas, elaboradas por técnicos muy capacitados que buscan obtener en definitiva beneficios comerciales valiéndose de lo más íntimo, complicado y profundo del sistema nervioso humano, sin importar los daños que al mismo se le ocasionen.

"Los lenguajes subliminales no se enseñan en las escuelas. La base de la eficacia de los medios de comunicación modernos es un lenguaje dentro de un lenguaje, uno que nos comunica a cada uno de nosotros a un nivel inferior de nuestro conocimiento consciente, que llega al mecanismo desconocido de la inconciencia humana. Este es un lenguaje basado en la capacidad humana de recibir información subliminal, subconsciente o inconscientemente. Este lenguaje ha producido de manera verdadera la base de ganancia de los medios de comunicación masiva norteamericanos. Es prácticamente imposible coger un periódico, una revista, poner a funcionar la radio, o la televisión, leer un boletín periódico, una revista, poner a funcionar el radio, o el televisor, leer un boletín

de promociones o un directorio telefónico, o ir de compras a un supermercado sin que un artista, fotógrafo, escritor, o técnico muy inteligente manipule de manera intencional nuestro subconsciente". *Wilson Brian Key,* "Seducción subliminal", Ed. Diana, México, 1987.

El nivel inconsciente humano tiene un papel muy importante. La mayor parte del pensamiento humano opera en la mente inconsciente, así, muchos de los descubrimientos más importantes se han derivado de la lógica interior inconsciente, intuitiva. Parecería ser que el inconsciente no percibe las cosas simplemente, sino que de alguna manera capta el significado de dichas cosas.

Lo cierto es que existe sin lugar a dudas, y es totalmente comprobable, algo en el cerebro humano y en el sistema nervioso que responde a lo que se llama inconsciente o subconsciente, aunque saber cómo trabaja es algo bastante desconocido aún.

La teoría de los cinco sentidos básicos: vista, oído, gusto, tacto y olfato ha sido ampliamente superada en la actualidad. Hoy se reconoce, por lo general, que existen por lo menos treinta y siete fuerzas sensoriales en el cerebro humano, las que se van incrementando con los nuevos descubrimientos que se efectúan.

Se dice que de los 37 sentidos más de dos docenas están relacionados con el tacto tanto en su aspecto real de tocar como en su aspecto de tocar por sinestesia (es decir, tacto experimentado por la vista o por alguna fuerza sensorial). No obstante, la máquina sensorial humana es aún mucho más complicada.

Los estudios realizados tanto en el campo de la neurología como en el de la psicología permiten sostener con total firmeza que los sentidos operan por lo menos en dos niveles de percepción: el consciente y el inconsciente.

A nivel consciente es la información que reúne el ser humano dándose cuenta de ello.

Pero también el ser humano reúne información en forma simultánea con la anterior, y en forma permanente y continua en un nivel subliminal, sin que nos demos cuenta de ello a nivel consciente.

Los dos sistemas de percepción —consciente e inconsciente— operan independientemente el uno del otro y con frecuencia en oposición directa. Las manifestaciones subliminales de la actividad del cerebro humano continúan aún cuando el individuo está inconsciente, duerme o se encuentra en estado de coma. Hay quienes sostienen que el pensamiento consciente funciona en base a lo que le establece como programa el inconsciente, se dice que los raciocinios conscientes no son más que adaptaciones del inconsciente en donde actúa básicamente la percepción.

Tanto el ambiente natural como el creado por el hombre están llenos de influencias percibidas a nivel subliminal, las que pasan inadvertidas a nivel consciente.

Los diseñadores industriales incluyen los más variados significados subliminales en distintos tipos de productos, artículos y/o todo aquello destinado al

consumidor, y así se ha llegado a que los productores de tales bienes y/o servicios compitan para lograr mejores ventas no por la calidad de dichos bienes, sino por los símbolos e imágenes que utilizan en su publicidad y el campo donde se libra la lucha entre los productores es precisamente en las mentes inconscientes de los consumidores.

El *taquistoscopio* fue el primer instrumento mecánico que se utilizó para experimentar respecto de la percepción subliminal.

Dicho instrumento consistía en un proyector de películas que poseía un disparado de alta velocidad el que podía enviar mensajes cada cinco minutos a 1/3.000 de segundo y variando las velocidades se obtienen diferentes efectos.

El taquistoscopio fue patentado por la Compañía Precon Process and Equipment Corporation de Nueva Orleans, Estados Unidos, el 30 de octubre de 1962 (Nº de patente 3.060.795).

Originariamente se utilizó el taquistoscopio para emitir mensajes superpuestos ya sea sobre películas cinematográficas transmitidas en un cine como sobre películas transmitidas por televisión.

Así, los mensajes transmitidos a alta velocidad eran invisibles para el pensamiento consciente pero eran percibidos por el inconsciente. Las pruebas que se hicieron en el público dieron inmediata confirmación de la percepción subliminal.

Hoy el taquistoscopio es "obsoleto" frente a las nuevas técnicas y sistemas de inducción subliminal.

La *intensidad de la luz proyectada* bajo el nivel del conocimiento consciente trae mayores efectos sobre la gente que el ocasionado por el taquistoscopio. Ello se logra conectando un proyector sencillo a un reóstato y se disminuye la intensidad de la luz para bajar el nivel que percibe el ojo consciente, pero a nivel pensamiento inconsciente el mensaje se percibe en su totalidad.

Las luces del taquistoscopio se vuelven visibles en un *osciloscopio* al romper en forma intermitente con los patrones continuos. Los experimentos con fotografías ultravioletas no habían dado buenos resultados para detectar las imágenes invisibles.

Empero, no sólo existen aparatos mecánicos destinados a inducir estímulos subliminales, también existen técnicas no mecánicas tanto o más efectivas que aquellas.

Hoy la publicidad vende no por lo que se ve conscientemente sino por lo que estimula al inconsciente. "La publicidad es una pastilla subliminal creada para moldear el inconsciente", ha dicho *Marshall Mc Luhan.*

La investigación experimental de la última parte de la década de 1950 proporcionó datos que enfatizaban con firmeza la gran capacidad que tiene el contenido de la comunicación gráfica y electrónica inducidas en forma subliminal para la industria de la comunicación masiva. Para fines de la década del '60 la percepción subliminal había sido probada de modo exhaustivo en por lo menos ocho áreas del comportamiento humano, a saber: sueños, recuerdos,

puntos de sujeción a las normas de valor, percepción consciente, comportamiento verbal, emociones, tendencias y defensas de la percepción. Actualmente no existe un objeción seria que manifieste que la actividad humana no puede ser influenciada mediante estímulos o información de la que los individuos, grupos sociales, sociedades, están totalmente inadvertidos *(Wilson Bryan Key).*

Existe una relación muy estrecha entre las sugestiones poshipnóticas y la información provocada subliminalmente, técnicas ambas de manipulación del inconsciente que tienen mucho en común y que son inasequibles con la percepción consciente normal.

Algunos teóricos dicen que la percepción subliminal o las sugestiones poshipnóticas no pueden hacer que alguien haga lo que no quiere, pero cabe puntualizar que ello puede ocurrir a nivel consciente pero en el subconsciente el individuo puede querer otra cosa totalmente distinta a lo deseado a nivel consciente, con lo cual la inducción subliminal puede ser totalmente eficaz.

El elemento "confianza" es común tanto en las sugestiones poshipnóticas como en los estímulos subliminales. En efecto, existe una relación de confianza entre el sujeto y el hipnotista como entre el público y los medios de comunicación. Así, para que la motivación subliminal tenga un éxito máximo es necesario que la revista, el periódico, el programa de radio o televisión comunique una imagen de confianza y seguridad al público.

Está totalmente comprobado que la percepción consciente opera dentro de determinadas frecuencias ya sean de luz como de sonido, pero existen frecuencias subiniciales que aunque fuera del alcance de la percepción consciente pueden ser percibidas, comunicadas, a nivel inconsciente, por el cerebro humano. Por ejemplo, el conocido silbato silencioso para perros del que se cree que el ser humano no puede percibir sus sonidos y sí el animal, en realidad también es percibido por el ser humano pero a nivel del inconsciente.

La forma para que los mensajes subliminales puedan de alguna manera volverse liminales, es decir, puedan percibirse a nivel consciente por el ser humano, es a través de una profunda relajación del individuo, lograda por respiraciones profundas, meditación, yoga, etc. La posibilidad de percepción o captación del mensaje subliminal a nivel consciente por el individuo es inversamente proporcional a su estado de tensión o stress. A mayor tensión menor posibilidad de sensibilidad (capacidad para percibir a nivel consciente) y viceversa.

Sólo cuando la información subliminal se vuelve real para el pensamiento a nivel consciente su capacidad de persuasión o manipulación del individuo se anula o reduce notablemente.

Los estímulos subliminales son capaces de cambiar, controlar, las normas esenciales del individuo, pueden añadirse normas o manipular las existentes en la dirección deseada hacia el objetivo comercial propuesto.

Existen distintas formas de oír, ver o experimentar las realidades que nos rodean según sea el grupo humano o grupo cultural de individuos que las perciba conscientemente. Los grupos son mantenidos mediante mecanismos inhi-

bitorios, la inhibición puede ser fundamental para establecer el concepto humano de la realidad.

Otra técnica que afecta tanto la percepción consciente como la inconsciente es la del camuflaje en dirección inversa o metacontraste, aun cuando no sea completamente subliminal. Se usa en la publicidad y en programas de televisión y consiste en unir una rápida secuencia graciosa del programa al comienzo de otra secuencia más lenta, larga y menos chistosa. Aunque puede percibirse de modo consciente la secuencia rápida no puede ser reconocida o mejor dicho recordarse con facilidad a nivel consciente, puesto que la secuencia posterior más lenta y más larga encubre a la primera, empero, el efecto emocional de la primera se prolonga a la segunda.

También la producción de los sueños pueden ser influenciados y/o determinados por los estímulos subliminales.

El inconsciente parece ser muy sensitivo a las experiencias emocionales. Dichas experiencias pueden reunirse en tres grupos:

a) Experiencias que están en pugna con los tabúes culturales de mucho tiempo: generalmente los tabúes están relacionados directa o indirectamente con el sexo y con la muerte (principio y fin de la vida).

b) Experiencias relativas a neurosis o psicosis individuales o grupales: incluyen una amplia gama de psicopatías, de respuestas fóbicas a delirios de persecución y hasta de paranoia.

c) Experiencias adquiridas en situaciones dolorosas o causantes de ansiedad: una amplia gama de problemas relacionados con el matrimonio, la salud, el empleo, etc. *Wilson Bryan Key.*

Los estímulos subliminales pueden incitar, casi como la hipnosis, los tres tipos de experiencia emocional de la misma forma que activan las funciones corporales automáticas, la presión de la sangre, la respiración, por ejemplo.

Mientras más fuerte sea la ineficiencia emocional para un grupo de individuos más poderoso parece ser el estímulo subliminal. Mientras más inhibido sea el individuo o grupo social, más afectables serán por los estímulos a sus inhibiciones. Wilson Bryan Key.

Se dice que la memoria se relaciona también con los impulsos y fuentes de motivaciones tales como el sexo, la agresión, el hambre, la territorialidad, la sed, la maternidad, etc., los que provocan recuerdos tanto a nivel consciente como inconsciente.

Las defensas perceptivas son el área del comportamiento humano que más ha sido afectado por los estímulos subliminales y a la que han recurrido los medios de comunicación y/o los publicistas para manipular subliminalmente al público.

Los seres humanos reciben, procesan y transmiten información percibida inconscientemente, nivel que opera independientemente del mecanismo consciente del cerebro y con frecuencia operan ambos niveles en direcciones opuestas.

Se ha establecido que aquellas informaciones percibidas que de alguna manera afectan o amenazan al individuo o que resultan difíciles de manejar a nivel consciente son derivadas de tal nivel al nivel inconsciente; hay pues un mecanismo de defensa en los seres humanos que funciona a través de un mecanismo inhibitorio.

Algunos autores mencionan entre las técnicas o formas existentes para proteger al individuo del daño perceptivo las siguientes: la represión, el aislamiento, la regresión, la sublimación, el rechazo, la formación de fantasías, la proyección, la introyección. Dichas defensas a veces son difíciles de diferenciarlas y pueden actuar conjuntamente o sobreponerse unas a otras.

De todas las técnicas mencionadas, a los efectos de su utilización por los medios de comunicación, la represión es la más importante. Mediante ella el individuo evita ocuparse de la realidad, utilizará la censura, la esquivación de los recuerdos sensaciones de alta capacidad para ocasionar ansiedad.

Todos los seres humanos pueden bloquear a nivel consciente la información que se opone a sus valores pero, en realidad, tal información reprimida conscientemente es capaz de evocar sentimientos, despertar deseos o generar atención por medio del inconsciente, sin que el individuo se dé cuenta de lo que está pasando en su inconsciente.

Respecto del inconsciente *Wilson Bryan Key* dice: "Durante más de la mitad del siglo ha habido gran cantidad de literatura en la psicología teorizando sobre el papel del inconsciente en la vida de cada ser humano. Sin embargo, hasta 1957 el inconsciente siguió siendo una teoría abstracta: fue entonces el neurocirujano doctor *Wild Penfield* demostró empíricamente la existencia del mecanismo inconsciente dentro del cerebro humano. Durante una cirugía del cerebro, mientras sondeaba la corteza cerebral (la parte exterior del cerebro), el paciente del Dr. Penfield recordó sucesos, escenas, sonidos, aromas y otras percepciones que habían sido enterrados hacía mucho tiempo y por lo tanto olvidados conscientemente. Probablemente ésta fue la primera demostración empírica de un mecanismo específico dentro del cerebro y que ilustró lo que teóricos habían argumentado durante y aun antes de *Freud.* El inconsciente se convirtió en una realidad médica y científica aunque sigue siendo difícil de entenderse... Las teorías del inconsciente sugieren que en realidad éste domina el comportamiento humano, controlando las motivaciones, los sistemas de valor, las relaciones interpersonales, las identidades personales y, en efecto, todos los aspectos importantes o insignificantes de la vida y que diferencia a los seres humanos de los animales".

Al inconsciente es pues hacia donde apunta la publicidad subliminal para manipular al individuo sin que éste se dé cuenta de ello, lo cual queda demostrado por el hecho de que rara vez un anuncio publicitario es recordado conscientemente por un número importante de destinatarios, dado que quedan en el inconsciente.

Así, las imágenes eidéticas son fotografías de la memoria efectuadas sobre hechos o sucesos ocurridos en el pasado y que surgen a la luz durante las regresiones hipnóticas y/o diversas prácticas de meditación, pero son inaccesibles para los pensamientos conscientes del individuo.

Inclusive hay quienes sostienen que la inteligencia no es algo que algunas personas tienen y otras no sino que en realidad sería algo común a todas pero está controlada por distintos grados de percepción y otras defensas de percepción que la persona desarrolla durante su infancia y en definitiva la inteligencia sería la información, la pequeña cantidad de información, que se filtró a nivel consciente del inconsciente escapando de los mecanismos de represión.

La publicidad subliminal también utiliza la necesidad y capacidad del individuo de simbolizar, de crear símbolos y de conocer lo que él cree que significan o no significan.

El significado simbólico dice lo que el objeto a la situación significa para nosotros, lo que nos diría. Tanto el símbolo como la señal tienen implicaciones en el nivel inconsciente pero funcionan principalmente en el nivel consciente. Sólo una pequeña parte del significado simbólico es consciente, la mayor parte permanecerá en el nivel inconsciente.

En los medios de comunicación masivos la preocupación por los simbolismos del amor y de la muerte está en todos los periódicos, las revistas y los programas de televisión. El simbolismo genital es utilizado universalmente por los medios de comunicación aunque rara vez el público se dé cuenta y lo reconozca como tal. El simbolismo fálico usado comúnmente incluye corbatas, flechas, asta de banderas, automóviles, cohetes espaciales, lápices, puros, cigarrillos, velas, palos de escoba, serpientes, árboles, cañones, plumas, la lista es infinita. Los símbolos vaginales son hechos de casi cualquier cosa de corte redondo o elíptico, labios, ojos, hebillas de cinturones, la cara femenina ovalada rodeada de pelo, manzanas, peras, bolas, huevos, otra vez la lista es extensa. La unión de los símbolos femenino y masculino puede representarse por una llave introducida en una cerradura, por una nuez que es abierta con un cascanueces, por un vaso de cerveza espumante en la parte superior mientras es servido; no existe fin para las posibilidades. El simbolismo de la muerte en los medios de comunicación masiva ofrece también posibilidades ilimitadas aunque deprimentes, guerras, actos policíacos, miedo de culpabilidtd religiosos, etc. *Wilson Bryan Key.*

Los medios de comunicación masiva, en el mensaje subliminal, apelan también al uso de símbolos sadomasoquistas, muy bien ocultos para la percepción a nivel consciente, pero de máxima atracción sólo para el nivel inconsciente.

Pareciera que el hombre tiene una necesidad natural de simbolizar, necesidad que desconoce y que se la ha descripto como una actividad humana primaria como la de comer, amar, ver, etc., que lo acompaña durante toda su vida. Esa necesidad es utilizada por la publicidad subliminal como viéramos anteriormente.

Así, aparecen en televisión, revistas, programas de radio, etc., el concepto de la familia prototipo, utilizando el concepto familiar simbólico arquetípico para asegurar la identificación del público. Aparece la figura del padre, el dirigente, que gobierna, controla, dirige y es el protector de la familia; la madre, la dirigente espiritual que brinda apoyo moral a los integrantes de la familia, el paño de lágrimas, la confindente, quien alienta al grupo; los hijos,

que será dos para la familia tipo: uno sería el niño artesano, artista, que apoya las necesidades técnicas de la familia, el otro tendrá el papel de comerciante, el payaso de la familia con sus caracteres de humorista, el que proporciona la diversión, el placer.

La familia tipo es utilizada por escritores, publicistas y los medios de comunicación como forma subliminal para mantener la atención y el interés del público, provocar la identificación de dicho público basándose en la necesidad humana de proyectarse o identificarse con la familia tipo.

Todo ello es posible debido a las características de los medios de comunicación masivos y a la forma en que operan, en especial la televisión. En efecto, la televisión presente en casi todas las casas de familia es considerada como un miembro más del grupo que controla tanto el tiempo como el espacio, llegando a anular la comunicación de los integrantes del grupo. Pero además ocurre que lo que se ve en la televisión no es una verdadera experiencia multisensorial sino una visión única, procesada y editada con anterioridad por un camarógrafo, director, patrocinador, respecto de un suceso que se comunicará a los espectadores mediante sólo dos fuerzas sensoriales: el ojo y el oído. Por medio de la televisión se puede realizar un verdadero lavado de cerebro a la población o a parte de ella.

La utilización de sólo dos sentidos, el ojo y el oído, de los treinta y seis conocidos, que ocasiona la televisión provoca una importante pérdida de la capacidad sensorial del individuo, siendo un verdadero camino hacia la neurosis y psicosis masivas, dañando las relaciones humanas. Pero ello no es tenido en cuenta por quienes se valen de cualquier medio como la propaganda subliminal, transmitida por la televisión, para obtener los fines que se han propuesto, generalmente obtener mayores ganancias por la mayor venta de bienes o servicios inducida subliminalmente.

Umberto Eco, en "La Estrategia de la Ilusión", dice hablando de la televisión: "...estamos hoy ante programas en los que se mezclan de modo indisoluble información, ficción y donde no importa que el público pueda distinguir entre noticias «verdaderas» e invenciones ficticias. Aun admitiendo que se esté en situación de establecer la distinción, ésta pierde valor respecto a las estrategias que estos programas llevan a efecto para sostener la autenticidad del acto de enunciación. Con este fin, tales programas ponen en escena el propio acto de la enunciación a través de simulacros de la enunciación, como cuando se muestran las cámaras en pantalla que están filmando lo que sucede. Toda una estrategia de ficciones se pone al servicio de un efecto de verdad... Nos encaminamos, por tanto, hacia una situación televisiva en que la relación entre el enunciado y los hechos resulta cada vez menos relevante con respecto a la relación entre la verdad del acto de enunciación y la experiencia de recepción por parte del espectador... la interpretación, la manipulación y la preparación para la televisión precedían la actividad de las cámaras. El acontecimiento nacía ya como fundamentalmente falso, dispuesto para la toma... en contacto con una televisión que sólo habla de sí misma, privado del derecho a la transparencia, es decir, del contacto con el mundo exterior, el espectador se repliega en sí mismo. Pero en este proceso se reconoce y se gusta como televidente, y le basta. Vuelve cierta una vieja definición de la televisión: una

ventana abierta a un mundo cerrado... La Neo TV, especialmente la independiente, explota a fondo el masoquismo del espectador".

Otro de los campos muy utilizados por la propaganda es el ego de los individuos, que aparece en el "status", el reconocimiento, la seguridad, sentimientos a los que recurre el publicista para captar la atención y dirigir al consumidor.

Tal vez sea la técnica más efectiva para la captación de los diferentes tipos de públicos, realizada por los medios de comunicación, la de decirles lo que quieren oír o lo que necesitan oír tanto a nivel consciente como a nivel subconsciente, se trata de lo que *Marshall Mc Luhan* llama "narcissus narcosis". Los lectores, por ejemplo, buscan constantemente el medio que les dice fundamentalmente lo que quieren leer. La mística de la autoadulación utilizada por el medio de comunicación llega al inconsciente del individuo y produce el efecto buscado, incluyendo un efecto hipnótico, transformándose en un mecanismo básico para manipular subliminalmente las psiquis del público.

Así, pues, los estímulos subliminales antes vistos y muchos otros más realizados con técnicas muy sofisticadas dirigidos a motivar al público por intermedio de los medios de comunicación buscan en definitiva el objetivo único de vender el producto o bien publicitado.

Dicha motivación apunta al subconsciente. Los anuncios publicitarios no se diseñan para ser estudiados y analizados con cuidado por el público, por el contrario, se supone que van a ser leídos casi simultáneamente tanto a nivel consciente como subconsciente, la relación de exposición está estimada en segundos y la mente inconsciente es la única que puede operar a esa velocidad. Muchos aspectos o detalles de un dibujo publicitario que se expone al espectador por unos pocos segundos no son captados por la mente consciente, pero sí por la inconsciente que no efectúa análisis crítico y por lo tanto es mucho más rápida para almacenar información.

Así, por ejemplo, el sexo aparece subliminalmente en dibujos hechos en cubos de hielo quienes en verdad han vendido más alcohol que las modelos semidesnudas. Un buen retocador puede pintar imágenes en los cubos de hielo de manera muy sutil, lo que no será apreciado o detectado generalmente a nivel consciente pero sí subconscientemente y dirigirá las fantasías y deseos ocultos, debilidades, traumas del consumidor.

El ser humano identifica inconscientemente, y a veces conscientemente, algunas representaciones simbólicas con el sexo, femenino o masculino, como viéramos antes.

El sexo ha sido y es el medio más utilizado para manipulear a la gente, empero, actualmente, ante la posibilidad de llegar al punto de saturación, la nueva investigación de la técnica publicitaria está estudiando otro nuevo medio de control subliminal: el simbolismo de la muerte.

No obstante, el sexo sigue dando ganancias y por lo tanto se halla imbuido en casi todos los anuncios publicitarios.

La fijación u ocultación del sexo en el anuncio es aún más fácil en la fotografía. Un fotógrafo, por ejemplo, retrata un modelo y refuerzos a una velo-

cidad digamos de 1/150 de segundo, luego hace una segunda exposición a 1/1.000 de segundo en la cual sólo se fotografía la palabra sexo como una impresión borrosa a través de alguna parte de la fotografía original.

Técnicamente los anuncios de este tipo son una obra maestra de manipulación persuasiva, de seducción subliminal. Se gasta más dinero, habilidad, talento, tiempo, en un comercial de la televisión que en cualquier otro programa. Se estima que un buen comercial de televisión tiene un costo de aproximadamente 50.000 dólares el minuto y puede llegar a los 200.000 dólares el minuto. En un comercial de por ejemplo 60 segundos, cada segundo vale muchísimo dinero y, consecuentemente, tanto el contenido visual como auditivo deben ser muy cuidadosamente y profesionalmente tratados para alcanzar el fin propuesto, la venta del producto y que justifique tal inversión publicitaria.

Wilson Bryan Key dice que el viejo proverbio norteamericano reza: si quieres engañar a alguien primero debes dejarlo que confíe en ti, o por lo menos que se sienta superior a ti (estas dos ideas están relacionadas) y que baje su guardia. El proverbio explica muchas cosas sobre los programas de televisión. A veces los comerciales de televisión parecen tontos, torpes e ineficaces y ello es así a propósito. Están hechos para parecer de esa manera a nivel consciente a fin de que sean ridiculizados y rechazados conscientemente, pero el blanco del mensaje es el inconsciente a donde se dirige el disparo. El mensaje real, el que vende, es fijado con seguridad en el inconsciente del espectador. La mayoría de los publicistas confirmarían que los comerciales más malos han sido los que más han vendido. Un anuncio de televisión eficaz está diseñado para insultar *"ex profeso"* la inteligencia consciente del espectador y así penetrar sus defensas fácilmente y fijarse en su subconsciente. Un comercial de sólo 30 segundos fácilmente puede necesitar semanas para filmarlo, sin contar con el tiempo necesario para el trabajo de laboratorio de los efectos especiales. Cada movimiento, acción o reacción son estudiados, calculados con muchísimo cuidado para que afecta al público, tanto en el nivel consciente como en el inconsciente.

Las técnicas subliminales son eficaces debido a que muy pocas personas tienen una idea consciente de cómo trabaja en realidad su percepción. La gran mayoría no comprende o no sabe la alta velocidad con que la información puede ser procesada por el sistema nervioso del individuo, la delicada situación de sensibilidad y capacidad del equipo sensorial humano (las treinta y siete o más fuerzas sensoriales) y cómo operan sincronizada y continuamente son ignorados por el público mayoritario y dicha ignorancia es precisamente un arma muy poderosa para los técnicos publicitarios que la utilizan en beneficio propio y de sus clientes.

Dice *Wilson Bryan Key* que con el audio y el video de la televisión, es muy grande el número de posibilidades que hay para engañar al ojo y al oído. De hecho existen tantas posibilidades que no existe el equipo que pueda estudiar detalladamente ni siquiera un comercial de televisión, los subliminales son relativamente fáciles de implantar en los medios de comunicación visual y auditivos y con frecuencia imposibles de ubicarlos. Se pueden colocar efectos subauditivos a intensidades de volumen bajo, en diversas velocidades de frecuencia, altas como bajas, las que pasarán inadvertidas para el nivel consciente. Por

ejemplo, la palabra "compre" grabada en forma continua a intervalos de segundos, subliminalmente, en la música funcional pasada en un negocio, supermercado, etc., inducirá a la compra.

También se utiliza la relación entre los latidos del corazón y la sugestionabilidad. Teniendo en cuenta que el corazón humano late aproximadamente 75 pulsaciones por minuto, la utilización de la música y la voz medidas a ese ritmo tienen gran habilidad para afectar el comportamiento humano. Así, varios comerciales fueron utilizados para inducir a la gente con la técnica de emplear 75 golpes por minuto mediante un tambor, música o voz, con efectos soprendentes.

Otra conexión subliminal utilizada con frecuencia es la del sexo y la limpieza. El anuncio publicitario tratará que el destinatario del mismo piense que cualquier olor, secreción o fluido corporal normal humano tiene que ser rociado o perfumado por el producto publicitado para que el sujeto pueda sentirse aceptable tanto social como sexualmente. Prácticamente todos los comerciales de televisión evidencian la preocupación del director, fotógrafo o escritor por las áreas erógenas y los genitales del cuerpo humano debido a que el sexo es el impulso de los seres humanos. La líbido y el despertar sexual se inicia desde el momento del nacimiento de la persona.

Los niños también son con frecuencia el objetivo del anuncio publicitario y de las técnicas subliminales para que éstos a su vez manipulen a sus padres para adquirir el producto.

Tal vez en la publicidad de los cigarrillos es donde más actúa la inducción subliminal y deriva en un negocio muy provechoso para publicistas y productores. A pesar de lo que se dice sobre las graves enfermedades que provoca el cigarrillo, totalmente comprobadas, la venta aumenta año a año en el mundo y produce grandes ganancias y la causa de ello la encontramos en la propaganda subliminal que ha iniciado y apoyado una neurosis compulsiva entre cientos de miles de personas de todo el mundo. Actúan los consumidores como era de esperarse luego de la sugestión poshipnótica proveniente de la publicidad subliminal. Sólo hacen lo que se les ordena o a lo que se los induce pese a las graves consecuencias físicas que el consumo del cigarrillo les traerá y que conocen perfectamente.

Wilson Bryan Key dice que una investigación sobre el sabor y el aroma de los cigarrillos reveló que muy pocas personas pueden diferenciar las marcas de los cigarrillos, o entre las marcas con filtro o sin filtro, sin duda una gran proporción de fumadores son incapaces de determinar con certeza si el cigarrillo es suave o no. Las diferencias entre las marcas son establecidas principalmente a través de la manipulación de la imagen en la publicidad, esto es similar a las técnicas utilizadas con la cerveza, los automóviles, los desodorantes y otros productos de consumo. El fenómeno es estremecedor: la gran mayoría de los fumadores saben con exactitud lo que están haciendo, pero la imagen de la fantasía es tan fuerte que *obliga* a los fumadores a actuar en contra de sus mejores intereses. La mayor parte de la publicidad de los cigarrillos se dirige al nivel inconsciente ya que es allí donde se estructuran las preferencias. Los medios de comunicación tienen la capacidad comprobada de programar el comportamiento humano casi en la misma forma que la hipnosis.

Como vemos por medio de la propaganda subliminal se induce, se dirige, a la persona a realizar un contrato creyendo dicha persona que, por ejemplo, la compra que efectúa es producto de su decisión, cuando en realidad es el reflejo esperado por quien utiliza tal medio de propaganda en su beneficio. Evidentemente, aunque formalmente pareciera que el contrato se perfeccionó con el consentimiento de las partes, ello no fue así, no fue un contrato justo, una de las partes se valió de la otra sin que esta última se dé cuenta de ello y, consecuentemente, no pueda defender sus derechos.

IV. Análisis semiológico

La publicidad utiliza fundamentalmente la lengua y la escritura para lograr su objetivo.

La lengua es un sistema de signos que expresan ideas, y por eso comparable a la escritura, al alfabeto de los sordomudos, a los ritos simbólicos, a las formas de cortesía, a las señales militares, etc. Sólo que es el más importante de todos esos sistemas. Se puede pues concebir una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social. Tal ciencia sería parte de la psicología general. Nosotros la llamaremos semiología (del griego semeion, signo). Ella nos enseñará en qué consisten los signos, cuáles son las leyes que los gobiernan. *De Saussure, Ferdinando,* "Curso de Lingüística General".

Todo acto de comunicación verbal requiere de seis factores constitutivos: 1) el destinador; 2) el mensaje; 3) el destinatario; 4) el contexto; 5) el código y 6) el contacto. En efecto, el destinador es quien envía un mensaje a una persona llamada destinatario. Dicho mensaje requiere de un contexto que consiste en el canal físico o en una conexión psicológica entre las partes.

La lengua y la escritura son dos sistemas de signos distintos y la única razón de ser de la existencia de la escritura es la de representar a la lengua. No obstante, la palabra escrita se mezcla tanto con la palabra hablada de que es imagen que acaba por quitarle el papel principal y se le llega a dar a la escritura tanta importancia como al signo vocal.

Las funciones del mensaje verbal respecto del mensaje icónico (imágenes) son aparentemente dos: de anclaje y de relevo.

Toda imagen implica varios significantes entre los cuales se pueden elegir unos e ignorar otros.

En toda sociedad se desarrollan técnicas tendientes a fijar los significados distintos siendo el mensaje lingüístico una de esas técnicas.

A la pregunta ¿qué es? la palabra responde de manera más o menos directa y su función denominativa responde pues a un *anclaje* de todos los sentidos posibles del objeto. El anclaje puede ser ideológico, puede guiar al lector entre los significados de la imagen, lo teleguía hacia el sentido elegido con anterioridad. El anclaje es la función más frecuente del mensaje lingüístico, por lo general aparece en la fotografía y en la *publicidad.*

La función de relevo es menos frecuente y se la encuentra en los dibujos humorísticos y en las historietas, la palabra y la imagen se encuentran en una relación complementaria.

La fotografía es muy utilizada por la publicidad, y de todas las estructuras de información es la única que está constituida y ocupada por un mensaje denotado y muestra su objetividad. Empero, hay una gran posibilidad de que el mensaje fotográfico sea connotado. La connotación no necesariamente se deja captar de inmediato, puede ser a la vez invisible y activa, clara e implícita.

La connotación implica la *imposición* de un sentido secundario al mensaje fotográfico propiamente dicho. Hay pues procedimientos de connotación (trucaje, pose, objetos) que producen una *modificación de lo real,* del mensaje denotado.

Si bien existe una unidad de lengua o mejor dicho en la lengua, cada lengua comprende varios sistemas simultáneos de comunicación que se caracterizan por sus funciones diferentes. Así se habla de: a) la función denotativa, cognoscitiva o referencial; b) la función expresiva o emotiva; c) la función conativa; d) la función fática; e) la función metalingüística; f) la función poética.

La que nos interesa aquí es la función expresiva o emotiva del lenguaje y que consiste en la actitud asumida por el sujeto destinador del mensaje respecto de lo que habla. Tiende a dar una impresión de emoción respecto de lo que habla, ya sea una emoción verdadera o fingida.

Otra función que resulta interesante en el presente estudio de la publicidad es la llamada función poética del lenguaje y se refiere a la orientación del mensaje en cuanto tal al acento puesto respecto del mensaje en sí mismo. Se dice que el estudio lingüístico de la función poética debe superar los límites de la poesía y enfocar otros mensajes como el publicitario, el político, etc.

Existen distintos tipos de discurso y cada uno de ellos tiene sus propias características. Ello ocurre específicamente en la propaganda, en los anuncios publicitarios.

En la propaganda, en los anuncios publicitarios se da el tipo de discurso llamado *"persuasivo"*.

Empero, el anuncio publicitario que tenga que especificar las propiedades del producto tal vez tenga que tener una superestructura esquemática argumentativa, es decir, ser persuasivo, funcionar dentro de contextos emotivos-cognoscitivos en los que *se aprovecha* de las *necesidades* de los lectores u oyentes, tener el propósito interaccional de cambiar los deseos y las acciones futuras (como las de comprar o usar) del oyente-lector, aparecer en el contexto social económico de la interacción del oyente y comprador o *manipular el comportamiento* del consumidor. *Van Dijk, Teun* ("Estructuras y funciones del discurso").

Vimos que la publicidad, el anuncio publicitario, utilizan la connotación. La connotación se diferencia de la denotación en que en esta última el sentido es afirmado, formulado explícitamente, mientras que en la connotación es sugerido y su codificación es más aleatoria.

Puede definirse la connotación como el conjunto de valores secundarios que se agregan a la denotación y que son el resultado de la suma de todas las unidades culturales que el emisor, el significante, puede evocar en forma multidimensional en la mente del destinatario.

El anuncio publicitario ofrece, como todo texto, distintos niveles de significación. Se habla de cinco capas jerarquizadas de significación:

a) fónica: sus unidades son las sílabas en cuanto tales, los timbres vocales, etcétera;

b) morfo-sintáctica: sus unidades son los hechos gramaticales en cuanto tales, un determinado uso de tiempos verbales;

c) léxica: sus unidades son las del vocabulario utilizado;

d) de unidades figurativas mínimas;

e) temática: sus unidades son por lo general grandes fragmentos de enunciados.

Umberto Eco en su "Introducción a la semiótica", La estructura ausente, nos dice que el mensaje publicitario posee registros y niveles específicos.

Así, los códigos publicitarios funcionan sobre dos registros: a) el verbal y b) el visual.

El registro verbal del mensaje publicitario tiene la función primaria de fijar dicho mensaje, poniendo en marcha para ello distintos artificios retóricos, dado que con frecuencia la comunicación visual aparece ambigua. Resulta interesante el análisis de cómo se entrecruzan las soluciones retóricas de ambos registros, pudiendo presentarse tanto una homología de soluciones como una total discordancia, con imágenes estéticas y textos con función emotiva, etc.

La comunicación visual del mensaje publicitario ofrece tres niveles de codificación:

a) nivel icónico: la codificación de los signos icónicos corresponde al estudio retórico de la publicidad. El ícono responde al objeto y a veces puede ir cargado de un fuerte valor emotivo que estimulará directamente el deseo del receptor del mensaje atento la representatividad violenta del ícono.

b) nivel iconográfico: comprende dos tipos de codificación:

   1) de caracteres históricos, que emite significados convencionales (ejemplo, la venda en el ojo que connota pirata) y

   2) de carácter publicitario específico, con una connotación particular del objeto. La costumbre publicitaria utiliza de iconogramas convencionales.

c) nivel tropológico: comprende los equivalentes visuales de los tropos verbales.

Umberto Eco saca las siguientes conclusiones de la investigación de la retórica publicitaria:

1) Topos y tropos están estrictamente codificados y cada mensaje no hace más que repetir lo que el receptor ya esperaba y conocía.

2) Las premisas son aceptadas sin discusión en la mayoría de los casos aunque sean falsas y además no son definidas ni sometidas a examen.

3) La ideología evocada por la comunicación siempre es la de consumo.

4) Dado que a veces los campos etimémicos (argumentos a los que les falta alguna premisa) son tan complejos que no es previsible que el destinatario los capte siempre, cabe pensar incluso que los procesos argumentales se reciben como siglas en sí mismos, como signos convencionales, basados en procesos de codificación muy estrictos. El anuncio no expone las razones para comportarse de una manera determinada sino que expone un estandarte, una bandera ante la que se reacciona de una manera determinada, por mera convención.

Para *Umberto Eco* la función moral de la investigación semiótica consistiría en reducir las ilusiones revolucionarias del publicista idealista que siempre encuentra una excusa en su trabajo de "persuasor dirigido", en la convicción de estar trabajando para modificar sistemas perceptivos, del gusto, de las expectativas del público a quien de hecho está sometiendo a un proceso continuo de *degradación de la inteligencia y de la imaginación*. La publicidad para Eco no tiene ningún valor informativo aunque sus límites no están en la posibilidad de un razonamiento persuasivo sino en las condiciones económicas que regulan la existencia del mensaje publicitario.

V. Los hechos voluntarios. Los vicios de los actos jurídicos y del consentimiento contractual

Según el art. 897 del Código Civil: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son efectuados con discernimiento, intención y libertad" y, consecuentemente, el art. 900 del Código Civil dice: "Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna".

Estas disposiciones fueron criticadas por la doctrina. Así, Guillermo A. Borda en su "Tratado de Derecho Civil, Parte General", –II– considera que dichas disposiciones merecen dos objeciones: "...por una parte, importa un concepto puramente doctrinal, impropio de un Código: por la otra significa enrolarse en la concepción psicológica de los actos voluntarios, dominante en la época en que Vélez redactó el Código, pero cuya insuficiencia y falsedad ha quedado demostrada por la doctrina moderna". Además, *Borda* manifiesta que es evidente que los tres elementos internos del acto voluntario, enumerados en el art. 897, pueden reducirse a uno sólo: la intención y que es falso que los actos realizados sin discernimiento, intención y libertad no produzcan por sí obligación alguna (ejemplo: actos realizados por error, dolo recíproco, declaraciones bajo

reserva mental, temor reverencial, estado de necesidad). Sostiene *Borda* que estas contradicciones son inevitables si se adopta la teoría psicológica de los actos voluntarios, posición —dice— hoy insostenible, "Lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. El acto debe ser reputado voluntario siempre que haya una declaración de voluntad consciente emanada de una persona capaz, salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez cuando medie una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, simulación, etc.)". Empero, en una nota de página, *Borda* dice: "Restaría, sin embargo, una hipótesis en que la exigencia del discernimiento parecería conservar su utilidad: nos referimos al caso de los actos celebrados por ebrios y sonámbulos, que tienen capacidad, pero que carecen de discernimiento y que por ello serían anulables. Pero es obvio que para explicar la nulidad de tales actos no es necesario recurrir a la teoría de la voluntad psicológica. Lo explica muy bien la de la declaración de voluntad... Esta teoría ha remarcado muy especialmente la importancia de las circunstancias que rodean la manifestación a los fines de su validez y efectos. Porque la declaración no consiste únicamente en las palabras dichas o escritas sino en la conducta exterior de una persona que, según las circunstancias que la rodean y de acuerdo con la buena fe permitan inferir que los actos realizados en un estado onírico, hipnótico o de ebriedad, carecen de validez. Si ese estado fuere notorio, nadie podrá prevalerse de una declaración de voluntad hecha en tales condiciones, porque ello sería contrario a la buena fe; si no fuere notorio, el que pretende luego desobligarse de sus compromisos alegando que dio su consentimiento en ese estado, no tendrá medio de probarlo y la declaración producirá todos sus efectos".

Según *Borda* "el Código se inclina por soluciones injustas cuando permanece fiel a su concepción psicológica de los actos voluntarios, y acierta cuando se aparta de ella".

Creo que el distinguido tratadista es quien saca una conclusión injusta. La realidad contractual nos demuestra, teniendo especialmente en cuenta los medios de inducción subliminal —realizados por la publicidad subliminal—, que lo que en apariencia puede mostrarse como un acuerdo contractual con plena conformidad de las partes no es más que la prevalencia de la más fuerte sobre la más débil a quien dirige según su voluntad comercial sin que este último se dé cuenta de ello y, consecuentemente, pueda defender sus derechos, como viéramos en el capítulo anterior.

No creo que los procesos internos deban descartarse de plano, por el contrario, debe existir una adecuada regulación normativa para la protección del más débil y así poner a las partes en un plano de igualdad contractual. La voluntad psicológica, la forma de alteración de la misma, la inducción del sujeto apelando a procedimientos técnicos muy sofisticados empleados diariamente en el comercio requieren un tratamiento legislativo específico, la justicia contractual así lo demanda.

En cuanto a la exteriorización de la voluntad el art. 913 del Código Civil dice: "Ningún hecho tendrá carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste". Es lo que se llama "manifestación o declara-

ción de la voluntad". Por declaración de la voluntad debe entenderse no sólo la palabra verbal o escrita sino también toda otra conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias del caso permita inferir la existencia de una voluntad.

Pueden presentarse algunos casos en que en el acto jurídico la intención no coincida con la declaración de la voluntad, y en tales casos interesa saber a cuál de las dos —intención o declaración de voluntad— debe darse prevalencia.

Como algunos ejemplos en los que puede presentarse tal divergencia se mencionan los casos en que por error se manifiesta algo distinto de lo que en realidad se desea; el caso de la reserva mental, es decir, cuando deliberadamente se hace una manifestación que no coincide con la intención haciéndose la reserva mental de que no se desea lo que se manifiesta desear; el caso de la declaración con espíritu de broma o sin intención de obligarse; el caso del acto jurídico simulado; el caso de la declaración que ha sido forzada mediante violencia o ha sido el resultado de un engaño.

A los ejemplos antes mencionados que son reconocidos por la doctrina en general, creo que se debe agregar el caso en estudio, es decir, la declaración de voluntad de quien ha sido inducido, seducido, por la publicidad subliminal.

La teoría clásica o teoría de la voluntad sostenía el imperio absoluto de la voluntad interna sobre la voluntad declarada. Esta teoría prevaleció hasta principios del siglo XIX en que fue objeto de duros ataques por los juristas alemanes. Surgió así la llamada teoría de la declaración de la voluntad, una teoría objetiva, que se sustentó en la exteriorización, en la declaración de la voluntad que prevalece sobre la voluntad interna.

Borda dice al respecto: "Es evidente que la intención o voluntad íntima (como tan impropiamente se llama) justamente por ser psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de une negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no podrán encontrarse en la simple intención. Resulta así evidente que la formación de los contratos en general, no puede surgir sino de la coincidencia de las voluntades declaradas, únicas que pueden conocer y apreciar las partes. Ni éstas ni el juez llamado a entender en el litigio pueden ni deben intentar vanas investigaciones psicológicas, destinadas a resultados inciertos".

Creo que para que verdaderamente haya justicia contractual hay casos en que es necesario que el juez realice las investigaciones psicológicas que sean necesarias. En el caso del contrato celebrado por quien es inducido, dirigido, seducido, por la propaganda subliminal la condición psicológica del sujeto, su nivel consciente e inconsciente resultan de notable interés, y prueba de ello es que precisamente tales condiciones internas han sido objeto de un cuidadoso estudio, con la participación de verdaderos profesionales, por la otra parte, es decir, por quien utiliza la propaganda subliminal en su beneficio económico.

Cuando se estudia la causa de los actos jurídicos se la distingue de los motivos que han impulsado a la realización del acto. La doctrina dice que la

causa del contrato es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del mismo, en cambio, los motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto y por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. No obstante cabe señalar que el concepto de "causa" ha evolucionado; así, a la concepción clásica se opuso el anticausalismo, apareciendo luego el neocausalismo con sus tesis subjetiva, objetiva y dualista.

Borda dice: "Por nuestra parte adherimos al concepto subjetivo de causa. Con ello queremos expresar nuestro repudio a la idea de causa como finalidad típica y constante de cada acto jurídico con independencia de la voluntad de los sujetos que los celebran. Pero nos guardamos bien caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar esta teoría. Entendemos que la causa está integrada por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo... Lo que no está en el acto, lo que no ha sido expresado por las partes al contratar, lo que no está implícito en la declaración de voluntad o en la naturaleza del acto, no puede considerarse causa final determinante; cuanto más serán motivaciones íntimas, inaprensibles e indiferentes en la vida del derecho".

Vemos cómo una doctrina neocausalista que se enrola en una tesis subjetiva deja fuera del derecho las motivaciones más íntimas de las personas.

Reiterando lo dicho anteriormente, creo que no habrá un contrato justo si una parte se aprovecha de las condiciones más íntimas de una persona para inducirla, dirigirla a realizar el contrato, la seducción del sujeto rompe el equilibrio contractual dado que la víctima de tal procedimiento no sabrá conscientemente por qué tomó realmente la "decisión" de perfeccionar el contrato.

En cuanto a la teoría de los vicios del consentimiento la misma no da adecuada protección al sujeto que es víctima de la propaganda subliminal, se requiere una normativa específica acorde con la gravedad de la situación creada por tal forma de publicidad.

Dicha teoría de los vicios del consentimiento no es pacíficamente aceptada por la doctrina. *Borda* hace una crítica de ella y expresa: "Según la doctrina de la voluntad, cuya crítica hicimos oportunamente... el consentimiento, para tener efectos jurídicos debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. Ahora bien: como la seguridad de los negocios exige conferir valor, en principio a situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto que el que lo prestó no demuestre que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta la intención; en el último la libertad". "Esta teoría, muy difundida aun entre juristas modernos y que nuestro modificador acogió en los arts. 921 y 922 del Código Civil, es de una debilidad notoria. Se parte de la base que sólo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero ésta es una realidad que rara vez se da en los negocios jurídicos. Generalmente llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la

presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde nos serán perjudiciales. El error en la consideración de un negocio cualquiera no sólo es frecuente, sino casi inevitable. Si éstas fueran causa de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción... Es necesario reafirmar que los procesos mentales internos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes... Nosotros nos hemos limitado a exigir una realidad humana, tal cual es. No negamos la libertad moral del hombre para obrar, ni su inteligencia para comprender el sentido de las consecuencias de sus actos. Lo que afirmamos es que la validez jurídica de un acto no depende de la completa libertad de obrar ni de una perfecta inteligencia del acto; que muchísimas veces las personas obran sin libertad o con error y no por eso el acto es nulo. Porque en el derecho hay otros valores tan serios y respetables como aquéllos".

Tal vez sea esa realidad que menciona Borda la que hace que haya personas que traten de explotarla más a su favor y para ello elaboren procedimientos muy sofisticados como los utilizados para la propaganda subliminal para beneficiarse económicamente. La realidad que señala Borda debe ser precisamente objeto de un adecuado estudio por los juristas, la cuestión, el saber el por qué se presenta tal realidad y cómo puede revertirse o limitarse la misma para que haya una verdadera justicia contractual, o al menos existan las normas jurídicas que tipifiquen las nuevas situaciones, debe ser la preocupación permanente del jurista y de los legisladores. La seducción publicitaria realizada por medios subliminales no se halla adecuadamente tratada en nuestro derecho, la desprotección del destintario de la misma es máxima, ello es una realidad que debe ser corregida a la mayor brevedad, no sólo en beneficio de la justicia contractual sino de la sociedad en su conjunto.

El error como vicio puede ser de hecho o de derecho. Es de hecho cuando existe en la persona un falso conocimiento que recae sobre un dato fáctico o de hecho que es contenido o presupuesto del negocio, en cambio es de derecho cuando se refiere al derecho aplicable en un caso dado, a la ley, a la disciplina jurídica del negocio. Este último, conforme al art. 923 del Código Civil no excusa: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusarán la responsabilidad por los actos ilícitos".

Además, el error puede ser esencial o accidental. Sólo el primero es causa de nulidad de los actos jurídicos (anulabilidad). Para que el error sea esencial la doctrina moderna dice que debe referirse a aquello que era fundamental para el contrato determinado y sobre ello se erró. Pero además de esencial el error debe ser excusable para que pueda ser causa de anulabilidad del contrato. El art. 929 dice: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".

¿La seducción publicitaria tiene adecuada cabida en el error excusable? Creo que no. Máxime si tenemos en cuenta que autores como Borda que se enrolan en la teoría de la declaración de la voluntad tal como se la ha manifestado, sin tenerse en cuenta las razones o motivaciones psicológicas o inter-

nas que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada, niegan toda posibilidad jurídica de consideración de tales procesos internos para la anulabilidad del acto.

Además, el individuo que es seducido no se encuentra en un estado de "error excusable" como viéramos anteriormente, en el estricto sentido del concepto, sino en un estado distinto, de seducción. Puede coincidir la voluntad declarada con la intención del sujeto, lo que ocurre es que esa intención ha sido provocada recurriendo al inconsciente del individuo sin que el mismo se dé cuenta de ello a nivel consciente.

Otro de los vicios del consentimiento es el dolo. El art. 931 del Código Civil dice: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin". Por su parte, el art. 932 dice: "Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: 1) Que haya sido grave; 2) Que haya sido la causa determinante de la acción; 3) Que haya ocasionado un daño importante; 4) Que no haya habido dolo por ambas partes". Además, según el art. 933 la omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa cuando el acto no se hubiere realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.

El producto publicitado subliminalmente puede decir o anunciar las verdaderas cualidades del mismo, es decir, puede ocurrir que no haya un engaño respecto de las cualidades o bondades del producto pero que, además, se empleen técnicas de inducción subliminales para provocar la compra.

Como vemos la seducción publicitaria realizada por medios subliminales no puede ser atacada debidamente por medio del dolo. Además, el sujeto no sabrá que fue pasible de tal inducción y, por lo tanto, no podrá defenderse convenientemente. La seducción no implica dolo, en el sentido antes visto, como vicio del consentimiento.

El Código Civil en los arts. 936 y siguientes trata de la violencia como vicio de la voluntad, comprensiva de la violencia material o física —vis absoluta— y de la violencia mental, moral psíquica —vis compulsiva.

La violencia moral o intimidación consiste en inspirar a una persona por injustas amenazas un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra, bienes o de su cónyuge, descendientes, ascendientes, legítimos o no.

Como podemos observar, tampoco la violencia tal cual como está legislada como vicio del consentimiento da adecuada respuesta a la seducción subliminal.

Si bien es una violencia psíquica que se realiza sobre el individuo que es pasible de una inducción subliminal, no se dan estrictamente los elementos requeridos por el Código para hacer valer tal situación como un vicio del consentimiento por violencia.

VI. La normativa aplicable a la publicidad

El tema de la publicidad se halla básicamente regulado en nuestra legislación por dos leyes: 1) Ley 22.802 (Ley de lealtad comercial), y 2) Ley 22.285 (Ley de radiodifusión) y su Decreto reglamentario Nº 286/81.

1) *Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial:* En los fundamentos del mensaje acompañado al proyecto de dicha ley se dice: "El tercer capítulo contempla dos supuestos. Uno se refiere a la publicidad; se intenta evitar mediante la prohibición de la publicidad engañosa que el consumidor pueda ser inducido a adquirir un producto diferente al que tuvo intención en el momento de efectuar la compra o contratar el servicio. El otro legisla sobre la promoción de bienes o servicios mediante la entrega de premios... El capítulo quinto regula el procedimiento a seguir en casos de incumplimiento de la ley. Se ha proyectado un procedimiento ágil y sumario garantizando la oportunidad de defensa al presunto responsable..." El art. 5º reza: "Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas o envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción". En el referido capítulo tercero, el art. 9º dice: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

El art. 11 dice: "La Secretaría de Comercio o el organismo que en lo sucesivo pudiera reemplazarla en materia de Comercio Interior será la autoridad de aplicación de la presente ley con facultades de delegar sus atribuciones aun las de juzgamiento, en organismos de su dependencia de jerarquía no inferior a Dirección General. No podrá delegar las facultades previstas en los incs. a), b), c), d), e), f), h), i), j), k)) y l) del art. 12".

Por su parte, el art. 13, segundo párrafo, expresa: "La Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires actuará como autoridad local de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de las normas reglamentarias exclusivamente en lo referente a exhibición de precios, juzgando las presuntas infracciones".

Como vemos, del articulado transcripto no surge ninguna disposición que haga referencia a la utilización de la publicidad subliminal como medio de inducir al consumidor. No existe ninguna disposición específica que proteja al público de tal publicidad o propaganda, sólo se hace referencia a la discordancia, inexactitudes u ocultamiento de la publicidad o propaganda que pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características, cualidades, etc., del bien o servicio publicitado, lo cual no es lo mismo que la captación del consumidor sin que éste se dé cuenta a nivel consciente. Es decir, puede ocurrir que la propaganda no viole el art. 9º antes transcripto pero puede utilizar una técnica subliminal que dirija al consumidor y ello es precisamente lo

que no fue previsto por la referida ley, dejando pues un muy grave vacío legislativo.

Por su parte, la reglamentación de la ley 22.802, es decir, la resolución 100 del 10 de marzo de 1983 de la Secretaría de Comercio tampoco contiene disposición alguna referente al tema de estudio. Finalmente, cabe señalar que la ley 22.802 fue sancionada y promulgada el 5/5/83 y publicada en el Boletín Oficial del 11/5/83.

2) *Ley 22.805 de radiodifusión:* (Sancionada y promulgada el 15/9/80 y publicada en el Boletín Oficial el 19/9/80). El objeto de esta ley se halla expresado en su art. 1º: "Los servicios de radiodifusión, en el Territorio de la República Argentina y en los lugares sometidos a su jurisdicción, se regirán por esta ley y por los convenios internacionales en que la Nación sea parte. A los fines de esta ley, tales servicios comprenden las radiocomunicaciones cuyas emisiones sonoras, de televisión o de otro género, estén destinadas a su recepción directa por el público en general, como así también los servicios complementarios. Para la interpretación de los vocablos y conceptos técnicos empleados en esta ley se tendrán en cuenta las definiciones contenidas en los convenios y reglamentos nacionales e internacionales". El art. 5º dice: "Los servicios de radiodifusión deben propender al enriquecimiento cultural y a la elevación moral de la población, según lo exige el contenido formativo e informativo que se asigna a sus emisiones, destinadas a exaltar la dignidad de la persona humana, el fortalecimiento del respeto por las instituciones y las leyes de la República y el afianzamiento de los valores inherentes a la integridad de la familia, la preservación de la tradición histórica del país y los preceptos de la moral cristiana. Las emisiones de solaz y esparcimiento recreativo no deben comprometer, ni en su forma ni en su fondo, la efectiva vigencia de los fines enunciados. El contenido de las emisiones de radiodifusión dentro del sentido ético y de la conformación cívica con que se difunden los mensajes, debe evitar todo cuanto degrade la condición humana, afecte la solidaridad social, menoscabe los sentimientos de argentinidad y patriotismo y resienta el valor estético. Los licenciatarios deberán ajustar su actuación a un Código de Etica, que instrumentará la autoridad de aplicación de conformidad con las disposiciones de la presente ley". Evidentemente, la realidad nos demuestra que, salvo raras excepciones, lo que ocurre con los servicios de radiodifusión en general no es precisamente lo prescripto por el transcripto art. 5º. El art. 14 se refiere a los objetivos a los que debe propender el contenido de las emisiones de radiodifusión, los que por cierto tampoco se cumplen como debería ocurrir. Por su parte, el art. 16 se refiere a la protección del destinatario diciendo: "Las emisiones de radiodifusión no deben perturbar en modo alguno la intimidad de las personas ni comprometer su buen nombre y honor. Quedan prohibidos los procedimientos de difusión que atenten contra la salud y la estabilidad psíquica de los destinatarios de los mensajes o contra su integridad moral". Este artículo indirectamente hace referencia a la propaganda subliminal atento que la misma ataca los bienes que el artículo intenta proteger; empero, la normativa resulta insuficiente al no referirse específicamente y en detalle a la propaganda subliminal. El art. 23 se refiere a los anuncios publicitarios, y dice: "Los anuncios publicitarios observarán las normas propias de la lealtad comercial y deberán ceñirse a los criterios éticos y estéticos establecidos por esta ley y su reglamen-

tación, fundamentalmente en lo inherente a la integridad de la familia y la moral cristiana. Todo anuncio debe expresarse en castellano, sin alterar el significado de los vocablos ni distorsionar la entonación fonológica de los enunciados. Las voces extranjeras que no sean marcas o denominaciones de uso universal deberán ser traducidas. Todos los anuncios publicitarios serán de producción nacional". El título VII de la ley se refiere al régimen sancionatorio. Al respecto cabe señalar que por su parte el art. 159 del Código Penal protege la libertad de comercio, sancionando la propaganda desleal. El título IX de la ley se refiere a las autoridades de aplicación, y el art. 92 dice: "La autoridad de aplicación de esta ley será el Comité Federal de Radiodifusión" (COMFER), y los arts. 95 y siguientes se refieren a las funciones, características del organismo, autoridades, facultades, etc., de dicho COMFER.

Decreto 286 reglamentario de la ley 22.285: Este decreto es de fecha 18 de febrero de 1981 y fue publicado en el Boletín Oficial el 24 de febrero de 1981. En el capítulo I se refiere al contenido de las emisiones, y su artículo I dice: "Las emisiones de radiodifusión deberán ajustarse a las siguientes normas: ...K) se prohíbe la utilización del procedimiento llamado de *percepción subliminal*...". Esta es la única disposición del decreto reglamentario que se refiere concretamente, directamente, al tema de análisis, es decir, la propaganda realizada por medios subliminales.

VII. La protección de los consumidores, necesidad de una regulación jurídica específica. Acción preventiva:

La realidad demuestra que el consumidor se halla desprotegido frente al empleo de la propaganda subliminal.

La publicidad ha ido avanzando constantemente y el empleo de sofisticadas técnicas desarrolladas por verdaderos profesionales de distintos campos para su realización es suficiente prueba de tal progreso.

El consumidor en general, el público en su gran mayoría, está totalmente ajeno a lo que ocurre; es utilizado, dirigido, inducido, seducido, sin que se dé cuenta. Compra un producto determinado creyendo que él "decide" la compra cuando en realidad dicha compra es el reflejo, el resultado de un impulso dirigido normalmente a su subconsciente, perfectamente estudiado, analizado, para tal fin por técnicos y profesionales en la materia.

La operación de compraventa que realiza un individuo que es inducido por la propaganda subliminal está muy lejos de ser considerada como una operación justa, como un contrato justo en el que ambas partes han obrado en un mismo pie de igualdad, de capacidad de decisión.

Pero lo más grave de tal manejo del público es que éste no se da cuenta de que es utilizado; por el contrario, puede creer y de hecho cree que su compra es el resultado de una decisión exclusivamente suya.

No se puede recurrir en la especie a la teoría de los vicios del consentimiento que hemos visto anteriormente, la situación es distinta y por lo tanto requiere de una legislación específica que la encuadre jurídicamente y establez-

ca los mecanismos que sean necesarios para que los organismos pertinentes efectúen una adecuada prevención, control y sanción de las actitudes que se comprueben como ilegítimas. No sólo debe legislarse respecto de la veracidad publicitaria sino que debe entrarse de lleno en el específico tema de la publicidad subliminal y sus perjudiciales consecuencias para la población.

Pero no sería suficiente un sistema de autocontrol por el que, lógicamente, abogan los propios publicistas.

Tampoco sería aconsejable un sistema de control que dependiera exclusivamente del Estado, pues también el Estado podría utilizar la propaganda subliminal para los intereses de los gobernantes de turno, máxime si se tiene el control total de los medios de comunicación. De hecho es muy común que muchos estados la utilicen, sobre todo en épocas de campañas electorales.

Lo más aconsejable sería la existencia de un sistema de contralor en el que intervengan representantes del Estado, de los publicistas y del público o de los consumidores y que cuente con una buena difusión de sus actuaciones a fin de enseñar, alertar al consumidor y prevenir a los publicistas respecto del empleo subliminal de la propaganda.

Sin perjuicio del tratamiento de la publicidad realizado, como viéramos, básicamente por las leyes 22.802 y su reglamentación, y por la 22.285, de radiodifusión y su decreto reglamentario Nº 286/81, fuera de la prohibición genérica de este último, no existe una norma que regule específicamente y detalladamente la publicidad subliminal.

Luego de entrevistarme con funcionarios tanto de la Secretaría de Comercio Internor del Ministerio de Economía como de la Dirección General de Fiscalización de Emisiones del COMFER llegué a la conclusión de que efectivamente existe en la actualidad una desprotección del consumidor, del público, en nuestro país, respecto del empleo de la publicidad subliminal dado que no existe ningún organismo, ente o dependencia oficial que se dedique concretamente, específicamente, al contralor del empleo de dicha forma de publicidad, la que prácticamente se emplea en la mayoría de las propagandas que se efectúan principalmente por televisión.

La prohibición genérica del decreto Nº 286/81 no es suficiente. Tampoco la ley nos dice en qué consiste tal "percepción subliminal" que prohíbe, no se dan especificaciones al respecto que permitan delimitar la cuestión.

Hemos visto que la propaganda subliminal se lleva a cabo de muy variadas formas y que día a día, con el avance de la tecnología y del conocimiento científico de la percepción humana, dichas formas adquieren nuevas maneras de expresión cada vez más sofisticadas, de ahí que una definición del tema no debe ser excesivamente rígida que no permita adecuarse a esas nuevas formas.

Con tal aclaración intentaremos dar una definición de propaganda subliminal. En orden a ello, considero que debe entenderse por propaganda subliminal aquella que se realiza mediante la transmisión de mensajes o estímulos, generalmente ocultos a la percepción consciente del individuo, diseñados para ser captados principalmente por los sentidos relacionados con la vista y el oído humanos, y que son dirigidos para llegar y quedarse más allá del nivel consciente, es decir, dirigidos al nivel subconsciente o inconsciente del ser humano.

Si bien es cierto que resulta necesario la existencia de una legislación adecuada que regule detalladamente, específicamente, la noción y prohibición de la propaganda subliminal, y sancione convenientemente su empleo, resulta aún más necesario, resulta imprescindible, que dicha legislación establezca una eficaz acción preventiva.

La protección del consumidor, la salud mental de la población en general, requieren por parte del ente u organismo que resulte ser el legalmente competente una vigorosa prevención tendiente a evitar la publicidad subliminal, sólo así y por esa vía se podrá evitar, o por lo menos limitar, el uso de tan nociva forma de publicidad.

VIII. Conclusión

Hemos visto qué es la publicidad y la importancia que el desarrollo sano y creativo de la misma tiene en la sociedad. También hemos visto qué es y cómo se lleva a cabo su nociva forma de aplicación llamada publicidad subliminal.

Además, analizamos sintéticamente las normas que tratan los vicios de los actos jurídicos y del consentimiento y vimos cómo las mismas nos dan protección adecuada al consumidor que es víctima de una seducción subliminal, a nivel inconsciente.

Podemos decir que existe un nuevo vicio del consentimiento, de la voluntad, que consiste en la seducción publicitaria, en la seducción subliminal.

Las características de dicha publicidad subliminal, sus formas de operar, cómo se concibe y sobre todo cómo pasa generalmente inadvertida al nivel consciente del ser humano, hacen necesario que sea objeto de un tratamiento normativo específico.

No es suficiente la sola prohibición de su utilización, debe legislarse integralmente el problema, crearse organismos o entes que tengan a su cargo la específica misión de detectar tal publicidad, la que por sus sofisticadas características requiere también de sofisticados contralores y, comprobada que fuere la existencia de la misma, se apliquen las sanciones que la ley determine.

Dicho contralor de la publicidad subliminal no debe estar exclusivamente en manos del Estado ni de los publicistas o agentes de publicidad, debe realizarse juntamente con representantes tanto del Estado, como de las agencias de publicidad y de los destinatarios de la misma, es decir, de los consumidores.

Debe la ley dar el concepto de propaganda subliminal, tratarla como un nuevo vicio del consentimiento, y fundamentalmente establecer una adecuada acción preventiva por parte de las autoridades específicamente destinadas al efecto que permita una eficaz defensa de los derechos del consumidor y de la salud mental de la población tan afectados por la nociva propaganda subliminal.

Luis Carlos Consiglieri

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General II.*

BRYAN KEY, WILSON, *Seducción sublimal*, México, 1987.

DE SAUSSURE, FERDINAND, Curso de *Lingüística General*, Buenos Aires, Losada, 1945.

ECO, HUMBERTO, La *estrategia de la ilusión*, Barcelona, Lumen, 1987.

MC LUHAN, MARSHALL, *The Gutenberg Galaxy*, Toronto, Universidad de Toronto, 1968.

MC LUHAN, MARSHALL, *The Mechanical Bride*, Boston, Beacon, 1969.

PACKARD, VANCE, *Las formas ocultas de la propaganda*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 16ª edición, setiembre de 1987.

PACKARD, VANCE, *The Hidden Persuaders*, Nueva York, David McKay, 1957.

VAN DIJK, TEUN, *Estructuras y funciones del discurso*, México, Siglo XXI, 1980.

VARANGOT, CARLOS JORGE, *El contrato de publicidad*, El Derecho, t. 36, pág. 951 y siguientes.

CONTRATOS DE RENTA: LA RENTA VITALICIA FRENTE A LA JUBILACION PRIVADA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. RENTA VITALICIA: 1. *Concepto.* 2. *Formación del contrato.* 3. *Efectos.* 4. *Fin del contrato.* — III. JUBILACIÓN PRIVADA: 1. *Presupuestos fácticos.* 2. *Concepto.* 3. *Funcionamiento:* a) El sistema individual. b) El sistema a través de empresas. — IV. COMPARACIÓN DE LA JUBILACIÓN PRIVADA CON OTROS CONTRATOS. — V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Podemos definir la renta, como todo rendimiento de carácter periódico que produce un bien mueble, inmueble o un capital determinado. Adoptando un punto de vista más amplio, sería cualquier pago efectuado a intervalos regulares.

Contrato de renta, es la convención por medio de la cual, una de las partes se obliga frente a otra u otras, a brindar una prestación periódica y cierta, proporcional al precio recibido con anterioridad.

La idea de los contratos de renta no es contemporánea. Por el contrario, se viene gestando desde antiguo. Hay autores que consignan la existencia de antecedentes en Roma y en los denominados "precarios" de la Iglesia medieval, que consistían en donaciones con reserva del usufructo por parte del donante. El fundamento de esta antigüedad en cuanto al origen, puede vislumbrarse en la preocupación del hombre ante los acontecimientos futuros, en la declinación de sus aptitudes físicas paralelamente a la subsistencia y a veces al incremento de sus necesidades. También se sustenta en el deseo de asegurar la tranquilidad de su vejez y la de su familia.

Resulta lógico suponer que en sus orígenes, los contratos de renta, estaban exentos de sustento técnico-científico y no pasaban de ser meras apuestas sobre la duración de la vida de una persona.

La base científica que permite encarar la constitución de estos contratos con criterio comercial, aparece con el estudio y desarrollo del cálculo de probabilidades y las estadísticas de supervivencia y de mortalidad de la población. Las mismas facilitan la estructuración orgánica de la cobertura juntamente con el nacimiento de las primeras empresas durante el siglo XVIII.

Así concebidos, los contratos de renta tienen una amplia y pronta difusión, apoyados en sus ventajas manifiestas frente a otro tipo de rentas, pues aparecen como más seguros, tienen un beneficio fijo y producen un elevado rendimiento. No obstante lo expuesto, crece como un factor limitativo de su expansión, la

tendencia hacia una legislación social de tipo integral, por la cual se asegura a todos los habitantes una renta jubilatoria por medio de planes de naturaleza pública.[1]

De esta forma, la renta contratada, pasa a ocupar un plano secundario, donde su función primordial es complementar o aliviar al Estado de la carga asumida al instrumentar la jubilación oficial.

Cabe destacar, que el contrato de renta permite asegurar o mantener condiciones elementales de vida, como ser vivienda, alimentación, vestido, descanso, esparcimiento, etc., sin la necesidad de realización de un trabajo directo por parte del beneficiario.

Lo expresado puede deberse a una multiplicidad de razones, entre las cuales podemos mencionar la edad, incapacidad, enfermedades, acumulación de bienes o capital, alguna liberalidad o cualquier otra situación contemplada por el acreedor del beneficio.

II. Renta vitalicia

Consideramos oportuno brindar un panorama amplio sobre la forma en la cual es tratada la renta vitalicia onerosa en el Código Civil. No es nuestra intención explicar detenidamente su funcionamiento, sino más bien destacar alguno de sus aspectos generales.

El art. 2070 del Código Civil, nos brinda el concepto del instituto bajo estudio: "Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato".

Del texto transcripto, podemos delimitar el carácter oneroso del contrato, ya que la prestación a la que se obliga el deudor, la asume en virtud de hacer ingresar a su patrimonio una suma de dinero o una cosa apreciable en dinero, resultando indiferente la circunstancia que ésta sea mueble o inmueble.

El encuadre varía desde la óptica del acreedor del contrato ya que el art. 2047 del citado cuerpo legal determina que la prestación periódica que va a percibir, solamente puede consistir en dinero. Cualquier otra prestación en frutos naturales o en servicios, será pagadera por su equivalente en dinero.

El carácter aleatorio de este contrato, encuentra su fundamento en las disposiciones del art. 2051 del Código Civil: "Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas dependan de un acontecimiento incierto".

Resulta evidente que el acontecimiento incierto es la duración de la vida del beneficiario o de la persona a la que se haga referencia. No obstante hay ciertas tablas de probabilidades integradas con factores tales como la edad,

[1] Enciclopedia jurídica, Omeba, tomo IV, p. 654.

salud, ocupación, etc., que incrementarán o disminuirán las posibilidades de ganancia para cada una de las partes.

En tal sentido, la Doctrina de 2ª instancia CS, julio 14-1983, F. E. c. Suárez, Emilio y otro, La Ley, 1983-D-47 ha dispuesto: "El contrato de renta vitalicia tiene carácter aleatorio, porque las ventajas o pérdidas de las partes dependerán en mayor o menor medida de un acontecimiento incierto, como lo es la duración de la vida de la o de las personas designadas (art. 1051, Cód. Civ.). Sin embargo, ello no le quita el carácter oneroso, pues la renta se paga en consideración a un capital que se recibe".

De la capacidad de las partes, se puede manifestar lo siguiente: tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta de cosas muebles, quien la tuviere para venderlas; y tiene capacidad para obligarse a pagarlas, el que la tuviere para comprar.

Por lo general, la renta se constituye en favor de quien la contrata (quien entrega el capital), pero nada obsta a que el beneficio recaiga en un tercero o en varias personas. En tal sentido el art. 2072 expresa: "Si el precio de la renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad que éste ejerce por tal medio hacia la persona a cuyo beneficio la renta es constituida, es regida en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones generales respecto a los títulos gratuitos; mas el acto de la constitución de renta no está, en cuanto a su validez extrínseca, sometido a las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos".

A su vez el 2077: "Una renta vitalicia puede ser constituida en cabeza del que da el precio o en la de una tercera persona, y aun en cabeza del deudor, o en la de varios otros. Puede ser creada a favor de una sola persona o de muchas, sea conjuntamente o sea sucesivamente".

Con respecto al objeto, debemos decir que la renta debe consistir en dinero. Cualquier otra prestación debe ser pagadera con su equivalente en dinero (art. 2074).

En principio la fijación de la renta es libre. Al tratarse de un contrato aleatorio, dicha renta resultará superior al producido normal de una propiedad o al interés habitual de un capital.

En tal sentido la CNCiv., Sala D, noviembre 29-1973 (ED, 56-224): "Por su condición de contrato aleatorio, cuya vigencia se subordina a la vida del acreedor, la renta vitalicia admite entregas periódicas muy superiores al interés normal del capital afectado, sin que por ello pueda calificarse de usuraria tanto más cuanto que en cada servicio va incluida una fracción de dicho capital".

En forma concordante, la Doctrina de 2ª instancia CS, julio 14-1983, F. E. c. Suárez, Emilio y otro, La Ley, 1983-D-47: "En el contrato de renta vitalicia, si bien la determinación de la renta queda librada a la autonomía de la voluntad y se calcula en orden a las probabilidades de supervivencia de la o de las personas designadas, para que se verifique la onerosidad del contrato debe aquella ser superior a la renta normal de la cosa (mueble o inmueble) entregada en propiedad o al interés normal del capital dinerario. La renta equivale

al precio y los intereses del mismo por el tiempo de vida probable de la persona designada, debiendo cubrir no sólo el interés sino también la amortización". El capital puede consistir en una suma de dinero o en una cosa mueble o inmueble. Entendemos que este concepto debe considerarse en un sentido amplio, abarcando cualquier transferencia de bienes o de derechos susceptibles de apreciación económica (propiedad, acciones societarias, cesión de crédito, transferencia de un fondo de comercio, etc.).

2. *Formación del contrato:* Al respecto el art. 2071 del Cód. Civ. dispone: "El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, o por la tradición de la cosa, en que consistiese el capital". Las opiniones de los autores sobre si la ley exige esta forma con carácter solemne o simplemente *ad probationem*, no son pacíficas. Para Salvat y Acuña Anzorena, la falta de escritura pública, priva al acto de todo valor legal y además no confiere acción por escrituración.

En el mismo sentido se expidió la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, mayo 17-1935, JA, 52-321.

3. *Efectos:* Los mismos se generan desde el momento de suscribir el contrato, ya que en ese instante el acreedor debe hacer la tradición del bien y ésta entrega se constituye en su obligación principal.

Desde el punto de vista del deudor, la obligación consiste en pagar la renta periódicamente (en forma mensual, anual, etc.). Si el deudor no paga la renta, el acreedor tiene derecho a demandar su pago o solicitar la resolución del contrato por aplicación del art. 1204 del Cód. Civil.

Cuando se han prometido determinadas seguridades o garantías para respaldar el pago oportuno de la renta, y las mismas no se hacen efectivas, el acreedor tiene derecho a pedir la resolución del contrato prescindiendo de la culpa del deudor. En el caso de una disminución de las garantías dadas, sólo cabe la resolución si la merma puede imputarse a un hecho culpable por parte del deudor.

4. *Fin del contrato:* Aquí, se contemplan dos supuestos:

a) El contrato se extingue por muerte de la persona designada. El art. 2083 dispone: "La obligación de pagar una renta vitalicia se extingue por muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida".

b) El contrato se extingue por resolución ante el incumplimiento. El Código Civil no prevé expresamente los efectos de la resolución. La doctrina, por su parte, sostiene soluciones diversas:

- El deudor de la renta debe devolver el capital, más los intereses y frutos. El acreedor, por su parte, las rentas percibidas. (Borda-Andreli).

- Se devuelve el capital sin los frutos y el acreedor conserva para sí las rentas. (Acuña Anzorena - Aubry y Rau).

III. Jubilación privada

1. *Presupuestos fácticos:* Ya habíamos señalado en la introducción que los contratos de renta, en forma más o menos manifiesta, según su multiplicidad y aceptación, contribuyen a provocar un alivio en la carga del Estado. Desde luego que nos referimos a la carga asumida por éste al hacerse responsable directo de los planes de jubilación públicos a través de las respectivas Cajas Nacionales.

¿Por qué el Estado necesita ayuda? La respuesta no necesita mayor abundamiento. Basta tomar conocimiento de la situación económica en que se desenvuelven las Cajas, o de a cuánto asciende el monto percibido por jubilados y pensionados. A ello debemos sumar, que para los que se encuentran en pasividad, devienen inexistentes las medidas de fuerza tendientes a provocar mejoras en sus ingresos.

Las diferencias entre las remuneraciones que se perciben estando en actividad y en retiro, han sido objeto de reconocimiento judicial y de suspensión (en cuanto a su ejecución) gubernamental.

Ante la realidad de la existencia de haberes previsionales insuficientes para solventar las necesidades —incrementadas por los años, las enfermedades y la declinación física— la iniciativa privada rescata un instituto de vieja data, remozándolo con ciertas características adicionales que lo hacen funcionar como seguro de vida, plan de ahorro y, por fin, como jubilación privada.

Cuando afirmamos más arriba que el incremento de este sistema ayuda al Estado a soportar la carga previsional, no hemos querido significar que se hallan desvinculados uno de otro. Por el contrario, la expresa regulación del instituto, prevé que solamente las empresas de seguros más solventes y reconocidas pueden asumir la calidad de deudores del beneficio. Sabemos, por otra parte, que las aseguradoras confluyen el riesgo en el Instituto Nacional de Reaseguros y éste por fin en el Estado.

No obstante lo expuesto surge claramente la responsabilidad primaria de una empresa privada ante el contratante, la cual en la medida que mantenga un correcto funcionamiento, no necesitará en absoluto recurrir al apoyo estatal, relevándolo de parte del peso de la previsión social.

Se ha estipulado también, que quienes se dediquen a este tipo de pólizas, lo deben hacer con carácter exclusivo, no pudiendo tomar a su cargo otra clase de riesgos.

Sin perjuicio de resultar las aseguradoras empresas de primer nivel, éstas suelen estar apoyadas además por capitales extranjeros (en la actualidad italianos y norteamericanos). La jubilación privada tiende a cubrir la brecha existente entre lo que se calcula como necesario para que una persona en pasividad mantenga su nivel de vida y lo que efectivamente percibe.

Como aclaración terminológica, antes de entrar de lleno en el funcionamiento del contrato, queremos manifestar lo siguiente: el género es el contrato de renta, que abarca diversas especies, de las cuales el más simple y difundido

es el contrato de renta vitalicia. Puede haber otros como el contrato de renta temporaria.

La jubilación privada, sin olvidar sus características distintivas, no escapa a la realidad de ser un contrato de renta, ya que su funcionamiento tiende a lograr ese objetivo, no obstante las mayores ventajas, dadas por el juego de algunas de sus cláusulas.

2. *Concepto:* Podemos definir al contrato de jubilación privada como aquel en el cual, una de las partes (acreedor) se obliga a entregar a otra (deudor), una cuota periódica durante cierto número de años, al cabo de las cuales, éste asume el compromiso de pagarle una renta de por vida.

Deliberadamente, hemos despojado a esta definición, de dos elementos que frecuentemente la integran y que comentaremos separadamente: su funcionamiento como seguro de vida y como plan de ahorro. Lo hacemos en el entendimiento de que estos dos aspectos resultan accesorios del contrato en sí, y se derivan más bien, de las modalidades de cada empresa aseguradora, instrumentados en las cláusulas y condiciones.

Se aprecia claramente que a diferencia de la renta vitalicia en la cual el capital se debe entregar en propiedad al suscribir el contrato, en la jubilación privada, se va pagando una cuota periódica durante determinado número de años que va a posibilitar, posteriormente, la percepción de un haber hasta el momento del fallecimiento del acreedor.

Cabe destacar la similitud del pago periódico de la cuota, con el aporte jubilatorio realizado por los trabajadores, sin perjuicio de lo cual, el monto de lo aportado en el sistema público se deriva de los emolumentos percibidos y no de lo libremente pactado por el beneficiario.

Por otra parte, respecto de los elementos propios de la jubilación privada y de la renta vitalicia, encontramos que resultan similares. En ambas se entrega un capital y se percibe una renta de por vida.

Desde el punto de vista de los caracteres, la jubilación privada es onerosa, ya que la expectativa de ganancia recae en ambas partes.

Es bilateral, ya que las obligaciones (aporte y renta) recaen en cabeza de acreedor y deudor, respectivamente.

Es aleatoria en cuanto a que se tiene en cuenta la duración de una vida o de varias, hecho que resulta imprevisible y de ello se derivan las ventajas para las partes.

Es de tracto sucesivo, al extenderse el cumplimiento de las obligaciones emergentes, en el tiempo.

Es no formal a diferencia de la renta vitalicia, donde la ley exige escritura pública.

La capacidad de las partes, surge del tipo de prestaciones a las que se obligan acreedor y deudor.

El que entrega el dinero debe tener capacidad para prestarlo, y quien paga la renta, la capacidad para contratar préstamos.

Igual que en la renta vitalicia, el beneficio se constituye en favor del contratante que entrega el capital, pero nada obsta a que el beneficiario sea un tercero.

Esta situación la veremos con más profundidad al tratar el sistema contratado por empresas.

El objeto de la jubilación privada es la renta a percibir por el beneficiario, una vez cumplida determinada edad. También, dentro del objeto, podemos incluir el capital que va a ser integrado en forma periódica y superada cierta base, según las posibilidades del beneficiario de adquirir más o menos "puntos".

En cuanto a la formación del contrato y a diferencia de la renta vitalicia, no es necesaria la escritura pública. Se puede realizar en instrumento privado, rigiendo la libertad de formas y la autonomía de la voluntad.

Los efectos son generados desde el momento de la suscripción, momento a partir del cual el acreedor deberá los aportes. Desde el punto de vista del deudor, deberá los aportes percibidos, en el caso de fallecimiento del acreedor o a solicitud de éste. Nos referimos al período comprendido desde la contratación hasta la "jubilación".

La finalización del contrato puede surgir por dos causas:

a) Por muerte del beneficiario. Si la misma se produce antes de lo previsto para cobrar el retiro, el deudor liquidará el seguro equivalente a las cuotas pagadas por el fallecido a sus derechohabientes.
Si el deceso se produce después de "jubilarse", el deudor pagará una cantidad derivada de los puntos acreditados al beneficiario.

b) Por resolución del contrato.

3. *Funcionamiento:* Entrando de lleno a explicar el funcionamiento concreto de los contratos de jubilación privada, debemos aclarar que existen dos grandes posibilidades: a) el sistema individual; b) el sistema a través de empresas.

En la actualidad solamente está vigente el último de los nombrados, pero es inminente la integración del sistema individual.

Formulada esta aclaración, veremos qué proponen cada uno de ellos.

a) *El sistema de jubilación privada individual:* Presupone lo siguiente: el acreedor o beneficiario, al firmar el contrato se obliga al pago de una serie de cuotas, generalmente mensuales, hasta que cumpla la edad determinada en el mismo (dicha edad se estipula de común acuerdo entre los 60 y los 70 años, atento a que la expectativa de vida está en los 70 años, y no se requiere informe médico acerca de la salud de los beneficiarios, de manera similar a la de los seguros colectivos). A partir de ese momento, pasa a percibir hasta el día de su fallecimiento, una renta calculada en base a los aportes, abonada por la empresa deudora.

De lo expresado se desprende, tomando al contrato en su extensión temporal, que existen dos períodos diferentes.

El primero va desde la suscripción del mismo hasta la edad prevista para jubilarse. Durante este lapso, la actividad del beneficiario consiste en integrar las cuotas correspondientes. Como contraprestación, la empresa aseguradora, provoca el funcionamiento del contrato como seguro de vida y como plan de ahorro.

Si durante este período se produce el fallecimiento o la incapacidad del acreedor, le son devueltos, actualizados en la forma prevista, y que oportunamente comentaremos, los aportes que tenga acreditados.

Por otra parte, si durante el período de referencia, el beneficiario necesita disponer de cierta cantidad de dinero, la aseguradora, le acredita en forma inmediata una cantidad equivalente a las cuotas integradas.

El segundo período se extiende desde la edad prevista para percibir el beneficio, hasta el fallecimiento.

Es en esta parte de la relación contractual, cuando la empresa aseguradora asume el riesgo del contrato o, mejor, el álea del mismo. El acreedor percibe mensualmente la renta pactada. Si sus años de vida, superan los parámetros de expectativa de supervivencia, manejados por la aseguradora, el beneficio resulta inclinarse hacia el lado del asegurado. Durante este momento del contrato, producido el fallecimiento del beneficiario, sus derechohabientes reciben en carácter de indemnización única una suma calculada en base a la totalidad de los "puntos" acumulados por el acreedor durante el período de integración de aportes.

Este aspecto, merece un comentario al margen.

Relacionado con el contrato de renta vitalicia, nos parece oportuno transcribir partes de un fallo del año 1973, referido al reajuste por inflación.

Ante una realidad económica inflacionaria, característica de la economía contemporánea, surge el problema de cómo mantener el valor adquisitivo. En el caso en examen, se ha buscado la solución a través de la creación de un módulo económico, denominado "punto".

Al integrar los aportes, al beneficiario se le van acreditando una serie de "puntos" equivalentes al valor de la cuota pagada. El valor de dichos "puntos" fluctúa según índices formulados por la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, los cuales mantienen un crecimiento aproximado al del costo de vida nivel general.

Ejemplo: Si a la celebración del contrato, 100 australes equivalen a 100 puntos, se acreditan tantos puntos como australes se abonen. Si al cabo de unos meses, 100 australes equivalen a 50 puntos, el beneficiario, al pagar su cuota de 100 australes, recibe 50 puntos de parte de la empresa aseguradora.

Al llegar a la edad estipulada, el acreedor contará con cierta cantidad de puntos, los cuales sirven para calcular el monto del beneficio periódico y el de la indemnización en caso de fallecimiento.

"Existen situaciones en que es admisible el reajuste de la renta vitalicia, aunque no medie cláusula de garantía".

"Aun bajo legislaciones que no aceptan de una manera general la revisión de los contratos por imprevisión, se incluye una excepción importante a este principio, en materia de renta vitalicia, dado que el contrato se celebra por el acreedor con el único fin de asegurar su vida material, y sería muy injusto reducirlo a una renta que se ha convertido en ínfima, cuando pudo conservar un bien que habría adquirido gran valor por el hecho mismo de la desvalorización que le perjudica" (CNCiv., Sala D, noviembre 29-1973). ED, 56-223.

b) *El sistema de jubilación privada a través de empresas:* Como expresáramos más arriba, éste es el único sistema de jubilación privada actualmente en funcionamiento.

Está restringido a aquellas sociedades legalmente constituidas, excluyendo a las de hecho.

- La empresa contratante desea hacerse cargo de la jubilación de sus propios empleados.

  Si bien esto no resulta habitual en nuestro medio, es factible en el caso de corporaciones de carácter multinacional y en relación con ciertos empleados jerarquizados. Aquí las partes resultan ser la empresa aseguradora y la empresa contratante, que es la titular de la renta.

- Los integrantes de una sociedad (empleados-trabajadores) desean contratar el sistema de jubilación privada y lo realizan a través de la empresa en que trabajan, que asume el carácter de agente de retención y de representante ante la aseguradora. Aquí también la titular de la renta es la empresa que los agrupa.

- Por último, puede implementarse un sistema mixto, donde un porcentaje lo contratan los empleados en forma individual, y del resto se hace cargo la sociedad en donde trabajan. Cada uno será titular en lo que respecta a la parte efectivamente asumida ante la aseguradora.

Dijimos que en los dos primeros supuestos, la empresa que lo contrata es la titular del beneficio. Dicho beneficio será administrado según la política societaria imperante.

Podrá ser entregado en cuotas o porcentajes a sus empleados; podrá ser entregado en su totalidad al beneficiario al producirse su retiro, o también, podrá ser retenido por la titular.

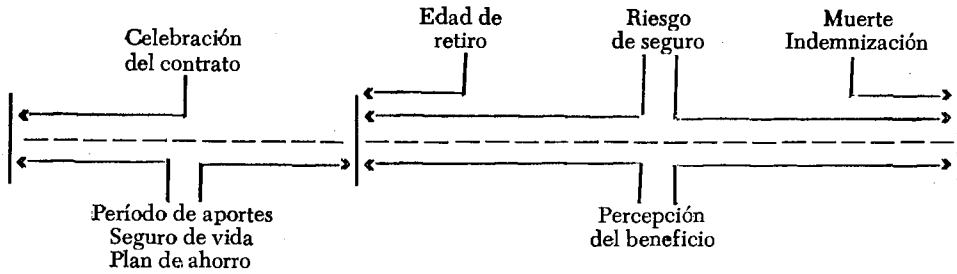
Esto permite a la empresa, llevar adelante, si ése fuera su objetivo, una política de racionalización del personal y afrontar las indemnizaciones por despido. En este caso, el contrato de renta funcionaría como un plan de ahorro.

También puede utilizarse el sistema para provocar un incentivo en la producción o desempeño, permitiendo abonar un suplemento de haberes, lograr la permanencia de determinados empleados o, simplemente, premiarlos.

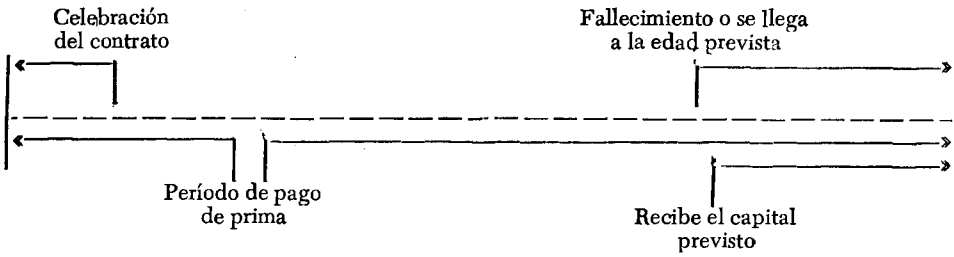
IV. Comparación de la jubilación privada con otros contratos

Explicado el funcionamiento de la jubilación privada, vamos a compararlo brevemente con otros contratos y con la jubilación ordinaria.

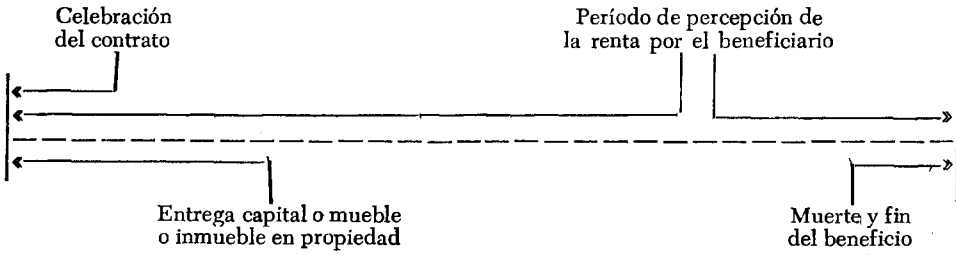
Podemos graciar el contrato de jubilación privada de la siguiente forma:



Seguro de vida: En él el asegurado entrega de por vida o hasta cumplir cierto número de años, una cuota o prima, a cambio de lo cual el asegurador se compromete a pagar cierto capital a las personas designadas en el contrato, cuando el asegurado fallezca, o al propio asegurado, después de cierto número de años sin que se produzca su deceso.

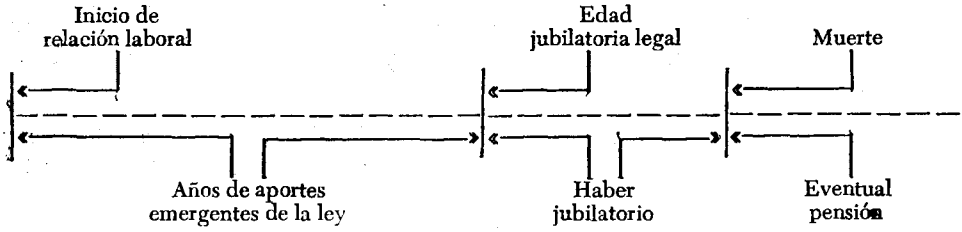


Renta vitalicia: El acreedor entrega en propiedad un capital en el momento de contratar, a cambio de una renta de por vida.



Jubilación ordinaria: Por supuesto que la primera distinción surge del hecho que la jubilación ordinaria no se trata de un contrato. No obstante, consideramos oportuno compararlas. Aquí el acreedor hace sus aportes obliga-

toriamente durante la vida laboral y al llegar a la edad prevista por la ley, variable según el sexo o si realizó el trabajo en forma independiente o no, percibe un haber jubilatorio hasta su muerte, generando eventualmente, un derecho pensionario.



V. Consideraciones finales

Al comenzar este trabajo, comentábamos que se pueden encontrar antecedentes de la renta vitalicia en Roma, y en los "precarios" de la Edad Media.

Es factible considerar, entonces, que el referido contrato de renta es el más antiguo de la especie.

Destinado a cubrir una necesidad de seguridad de la vida material, sufre diversas "actualizaciones" producto de la paulatina evolución en el estudio sobre expectativas de vida, cálculos de probabilidades, índices de supervivencia, etc. ¿Podría hablarse entonces de una "evolución" de la renta vitalicia en otros contratos? La respuesta no aparece tan clara. Exentos del sustento técnico-científico, los contratos de renta eran una simple apuesta a la duración de la vida. Hoy en día, intervienen diversos factores, que podríamos lucir, hacen cada vez más complejas las pautas a tener en cuenta en el momento de celebrar un contrato de este tipo.

A título de ejemplo, podríamos citar la inflación, la fluctuación de los tipos de cambio, la mayor esperanza de vida, la seguridad y necesidades del grupo familiar, la presión impositiva, etcétera.

Todos estos elementos a considerar, van logrando la introducción de cláusulas y condiciones en los contratos, que indefectiblemente llevan en poco tiempo a conformar otro con características distintivas.

Tal es, entendemos, el caso del contrato de jubilación privada. Hemos procurado diferenciarlo de la renta vitalicia y del seguro de vida, con el objeto de remarcar su individualidad funcional, pero en el entendimiento que suele confundirse con ambos en algunos aspectos.

Podemos afirmar, como respuesta a la pregunta anterior, que se procura obtener el mismo fin con medios más adecuados a la evolución económica y social.

La necesidad de mayor seguridad en las inversiones, lleva a buscar ya no la solvencia individual, sino el respaldo de sociedades económicamente fuertes internacionalmente y en forma subsidiaria, el respaldo estatal.

No debemos perder de vista, en el trasfondo de la realidad cómo el individuo, a través de los institutos derivados de una concepción liberal del mundo y de la economía, busca aliviar las pesadas cargas asumidas por el Estado, que hacen que el mismo se torne ineficiente y lento, ante una situación dinámica, cambiante y cada vez más exigente.

Hasta allí llega la iniciativa privada, apuntalando las falencias estatales y permitiendo que cada individuo según sus posibilidades mantenga lo que tal vez le ha llevado toda una vida de trabajo conseguir.

Entendemos que a este fin apunta la jubilación privada y sobre todo hacia la libertad de elección por parte de cada individuo de cuál es la mejor forma de asegurar su vejez.

JUAN ABEL DÍAZ

INSTITUTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL, ROSARIO (MEMORIA DE CINCO AÑOS DE ACTIVIDAD)

El Instituto citado en el título, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, desarrolla una intensa actividad dentro de su especialidad y en la ciudad de su sede. Presentamos una "memoria" de cinco años de actividad caracterizada, como se ve, por la sola mención de lo actuado, tanto por la preocupación en sí misma doctrinal y científica, como por la divulgación y por la aplicación de los principios a acuciantes problemas de actualidad. Podríamos clasificar las tareas en: seminarios sobre Santo Tomás; jornadas de actualización bibliográfica; temas de especial actualidad; documentos del Magisterio Católico; otros seminarios. Consignamos, a continuación, año por año, lo actuado en el período referido.

1985

1. *Primer Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.* Tema: *El Derecho en Santo Tomás:* Lectura y análisis de la cuestión 57 de la II-IIae, Suma de Teología. 18 horas áulicas. Septiembre-octubre de 1985, a cargo del Dr. Héctor H. Hernández, Director del Instituto. Con entrega de certificados y de los textos tomistas a analizar. En Mendoza 444, sede entonces de la Facultad.

1986

2. *Segundo Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.* Tema: Algunos aspectos del tratado de la ley en la Suma de Teología (qq. 90-97, I-Iae), a cargo del Dr. Hernández. Abril/junio de 1986. Colaboró la Licenciada Ma. I. González de Grivarello exponiendo, a propósito del tema del bien común, fin de la ley, el entonces reciente libro de Gonzalo Ibáñez, "Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier, Maritain". Se entregaron certificados y carpeta con los textos a analizar. En Mendoza 444.

3. *Breve Seminario "Justicia y economía, liberalismo y tomismo".* Entre otros puntos, se analizó el libro, recién aparecido entonces, "Doctrina Social de la Iglesia y economía de mercado", de G. Zanotti. Colaboraron los exalumnos abogados Patricia Veinticuaga, Juan Manuel Blásquez y Juan Carlos Cavagliatto.

4. Ciclo de actualización bibliográfica: *Discusión del libro "La Iglesia y la democracia"*, del Dr. Fulvio Ramos, con la presencia del autor. La Licenciada Ma. I. González de Grivarello y el exalumno abogado Juan Carlos Cavagliatto

sintetizaron la obra; luego el profesor Dr. Néstor Pedro Sagüés fue proponiendo algunas dificultades que el autor fue respondiendo, para terminar con la intervención de parte del numeroso público presente, en su mayoría alumnos de la casa. Se realizó el 27.V.86, junto con el Instituto de Derecho Político de la Facultad, en Mendoza 444.

5. Ciclo de actualización bibliográfica: *Discusión de la monografía del Dr. Héctor H. Hernández, "Abuso del derecho y derecho subjetivo"*, publicada en la revista "El Derecho", 9.V.86, en conjunto con el Instituto de Derecho Civil. La reunión tuvo carácter de homenaje al extinto profesor Peyrano, abriendo el acto con palabras alusivas el director del último instituto Dr. Luis Gardella. Sintetizaron el trabajo los exalumnos abogados Scalona y Fanucci y hubo debate, con intervención del autor. Asistieron y participaron, entre otros, los profesores Peyrano, hijos del recordado. Fue el 29.XI.86 en el Salón Verde, en la nueva sede de Salta 2763.

6. Ciclo de actualización bibliográfica: *Discusión del libro "La validez del derecho de Carlos Nino"*, con especial referencia a la problemática del derecho natural. Expuso para introducir al debate el profesor Dr. Lorenzo Gardella. Fue el 28.X.86 en el Salón Verde, en Salta 2763.

1987

7. *Tercer Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.* Tema: Algunos aspectos del tratado de las partes potenciales de la justicia, con especial referencia a los temas "religión y estado" y "patria y patriotismo". A cargo del Dr. Hernández. Desarrollaron sendas clases los profesores Pbro. Fernando Miguens, Jorge Piñol y Dr. Héctor Padrón, así como el Sr. Carlos Robledo. Fueron 20 horas de clase a partir del 8 de mayo, entregándose carpeta con los textos a analizar y certificados de asistencia a quienes cumplieron el porcentaje de rigor.

8. Ciclo sobre Documentos del Magisterio. *Jornada de homenaje al Papa con motivo de su visita a la Argentina,* producida en esos días. Se consideró el documento vaticano sobre la "deuda externa" titulado "Al servicio de la comunidad internacional". Intervinieron inicialmente los profesores Di Mónaco (refirió a los antecedentes del documento en análisis en discursos y documentos de Juan Pablo II sobre el tema de la deuda externa), P. Miguens (sobre naturaleza y sentido de los documentos pontificios), Strubbia (el tema de la "deuda externa" y los principios de la Doctrina Social de la Iglesia) y Hernández (el tema de la "deuda externa" argentina, partiendo de nociones de derecho natural, para pasar a consideraciones históricas y jurídicas de la actualidad del tema). Luego se generalizó el diálogo entre los presentes, que acudieron en gran cantidad, interviniendo, entre otros, los profesores Sutter Schneider y Petrocelli. En el Salón Verde, el 5.V.87. (La intervención del director del Instituto fue luego publicada completa bajo el título "Justicia y 'deuda externa' argentina", por la Universidad Católica de Santa Fe). En Salta 2763.

9. Ciclo de actualización bibliográfica. *Discusión del libro "Familia y Nación histórica"*, del Dr. Bernardino Montejano (h.), profesor de la PUCA en Buenos Aires. La profesora Nora Segovia sintetizó el libro; luego el profesor Angel González del Cerro fue planteando algunas cuestiones al autor, presente

en el acto, que las fue respondiendo, hasta generalizarse el diálogo. Intervinieron, además de los alumnos, los profesores Barbero, P. Miguens y Strubbia, entre otros. Fue el 15.V.87 en el Salón Verde.

10. Ciclo de actualización bibliográfica. Tema: *Política y moral: Maquiavello y el maquiavelismo.* Discusión del libro "Una tesis sobre Maquiavelo" (Struhart, Buenos Aires, 1986), del Licenciado Vicente Gonzalo María Massot. El Dr. Lorenzo Gardella hizo primero un planteo de la cuestión tema de la jornada para ir dejando progresivamente, con algunas preguntas o cuestiones, que fue proponiendo al autor, la palabra al mismo. Luego, a partir de muchas preguntas formuladas por el público asistente, se desarrolló un intenso y animado diálogo. Fue el 6.X.87, en el Salón Verde.

11. Ciclo de actualización bibliográfica. Tema: *Catolicismo y Liberalismo.* Discusión del libro del Dr. Fulvio Ramos *"Liberalismo económico y Doctrina Social de la Iglesia"* (Forum, Buenos Aires, 1986). El tema fue introducido por el exalumno abogado Juan Manuel Blásquez sintetizando el libro y la cuestión en debate. Luego expuso brevemente el autor y se abrió un intenso debate entre los presentes, entre ellos los Drs. Martínez Funes, Strubbia, Padrón, Cantini, Petrocelli, la Licenciada Grivarello, alumnos de la casa y, en ocasión, muchos alumnos de la Universidad Nacional de Rosario. Fue en la Sala "Félix Frías" del Instituto de Historia, el 26.X.87.

1988

12. Ciclo sobre documentos del Magisterio Católico. *"Sollicitudo Rei Socialis: alcances, principios y consecuencias".* El panel estuvo integrado por los profesores Hernández (presupuestos filosóficos de la Doctrina Social de la Iglesia), Sutter Schneider (ubicación histórica y alcances del documento) y Strubbia (síntesis de documento y sus enseñanzas). Se desarrolló en el aula de 5º año, con gran cantidad de público, parte del cual debió retirarse por no haber lugar. A esta jornada asistió un numeroso público de fuera de la Facultad. El diálogo-debate entre el público y los panelistas fue intenso. El 28.IV.88.

13. Ciclo sobre documento del Magisterio Católico. *Seminario sobre la libertad en el centenario de la encíclica "Libertas".* Se desarrolló en tres reuniones, entregándose certificados y carpeta con el documento en análisis: *El 12.V.88* el Dr. Hernández hizo una introducción al tema; las exalumnas abogadas Zotto y Vie hicieron la síntesis de la primera parte de la encíclica; el Dr. Hernández expuso el esquema de la segunda parte y algunos básicos sobre la libertad. Finalmente expuso el profesor Héctor Padrón sobre "La libertad en los griegos". *El 19.V.88:* Breve síntesis de la segunda parte de la "Libertas", por H. Hernández; disertó luego el profesor Guido Soaje Ramos sobre "Introducción a la libertad en Santo Tomás", refiriéndose especialmente a la cuestión 6ª de las QQ. Disputadas "De Malo" del citado autor. Con diálogo posterior. Asistió un número importante de exalumnos del disertante, que volvía a la Facultad luego de largos años, habiendo sido el primer profesor de Filosofía del Derecho en la Casa. *El 26.V.88:* El Dr. Hernández sintetizó las doctrinas del liberalismo político, religioso y económico y luego expuso el Obispo Monseñor Victorio Bonamín sobre "Aspectos teológicos de la encíclica 'Libertas'." Siempre en el Salón Verde.

14. Ciclo de actualización bibliográfica. *Tema: "Dworkin y el derecho natural". Discusión del último capítulo del libro "Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho" y de la monografía "El antipositivismo de Ronald Dworkin"*, del Dr. Rodolfo Vigo, juez de la Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe, con la intervención del autor. Los alumnos Sutter y Drovetta y el Dr. Villarroel sintetizaron las obras en cuestión, introduciendo el diálogo, con principal intervención del autor de las obras. En el Salón Verde de la Facultad, el 29 de septiembre.

1989

15. *Cuarto Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.* Tema: "La felicidad del hombre" ("Suma Teológica", I-IIae, qq. 1 a 5). Estuvo a cargo del Dr. Hernández. Intervinieron como expositores adjuntos los profesores Tomás Albornoz, Beatriz Hiraldo, Carlos Robledo y los abogados Juan Manuel Blásquez y Andrea Zotto. Fueron 20 horas de clase, iniciadas el 13 de abril y concluidas el 17 de agosto. Desarrolló una clase como profesor invitado el Profesor P. Jorge Piñol. Se entregaron certificados de asistencia y carpeta con las cinco cuestiones en estudio, habiendo un alto número de participantes.

16. Ciclo de actualización bibliográfica. *Presentación y discusión* del libro "Justicia y 'deuda externa' argentina" (Universidad Católica de Santa Fe, 1988), del director del Instituto, H. Hernández. La síntesis del libro fue realizada por los alumnos Marcelo Tacconi, Diógenes Drovetta y Germán Sutter y el exalumno Diego Giuliano. La presentación propiamente dicha estuvo a cargo de los profesores Daniel Almirón y Mario Strubbia. Abrió el acto el profesor y consejero de la Facultad, Dr. Lorenzo Gardella. Luego usó de la palabra el Señor Rector de la Universidad Católica de Santa Fe, Arquitecto José María Passeggi, quien se refirió al sentido de la auténtica universidad y de la Universidad Católica y al lugar que en la de Santa Fe tenía el empeño editorial iniciado con el libro presentado. Finalmente usó de la palabra el autor y luego se generalizó el diálogo, con activa participación de los presentes, muchos de ellos público exterior a la Facultad. En el Salón de Actos de la Facultad y del Colegio Nuestra Señora del Rosario, Salta 2763, el 9 de mayo de 1989.

17. Ciclo de actualización bibliográfica. *Tema: "Argentinidad, Hispanidad, Instituciones". Presentación e introducción a la discusión* de tres libros del profesor de la Casa Dr. Héctor Petrocelli: "Apuntes de historia de la Iglesia en Argentina" (Mater Dei, 1988), "Encuentro de dos mundos" (Cultura Hispánica, 1988) e "Historia Constitucional Argentina" (Keynes, 1988). Abrió el acto el Dr. Hernández, y luego sintetizaron los respectivos libros los profesores Alberto Bernardini, Tomás Albornoz, abogado exalumno Juan Manuel Blásquez, alumnos Guillermo Hansen, María José Esmoriz, Ivana Spoglia y Marcelo Bianco. Luego habló el Dr. Petrocelli sobre aspectos salientes de la Catolicidad-Hispanidad-Argentinidad y se desarrolló el diálogo, con gran cantidad de público que colmó el salón de 6º año. El 27 de junio de 1989. Participó especialmente invitado el Señor Cónsul de España en Rosario.

18. *Clase abierta del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Ro-*

sario sobre el tema: "Una visión sobre la justicia". Expuso el citado autor la doctrina trialista del derecho y la justicia. Luego hubo un animado diálogo interviniendo profesores y alumnos. Estuvieron presentes alumnos de 3º, 5º y 6º años, en la hora normal de clase de Filosofía del Derecho de los días martes, y los profesores Alberto Bernardini, Ramón Ríos, Dra. Martínez Ledesma y Juan Luis Nardín. Con motivo del diálogo el Dr. Hernández escribió "Precisiones para un diálogo entre 'tomistas' y 'trialistas'" aclarando algunas posiciones tomistas sobre justicia, derecho y temas fundantes.

19. Problemas de actualidad. Tema: *Los valores, la Patria y su defensa.* Discusión sobre la objeción de conciencia y el fallo de la Corte Suprema en el caso Portillo. Intervinieron inicialmente el Dr. Hernández abriendo el acto, el Presidente del Centro de Estudiantes, Alejandro Martín y el alumno Juan Pablo Rodenas sintetizaron el fallo de la Corte, el P. Jorge Piñol (el Magisterio Papal sobre la guerra justa), y el Dr. Roberto Vázquez Ferreyra, profesor en la Universidad Nacional de Rosario y en la Nacional de Buenos Aires (análisis dogmático-jurídico del fallo). Luego se leyeron intervenciones especialmente preparadas como ponencias críticas sobre algunos comentarios que aparecieron al fallo: alumnos Santiago Strubbia (sobre comentario de Bidart Campos) y Mariano Morelli (comentario de Nino); abogado Juan Carlos Magni (comentario de Herrendorf), leída en síntesis por el alumno Luis Facello, de la Universidad Católica de Santa Fe. Participaron especialmente invitados alumnos de la Universidad Católica de Santa Fe y de la Universidad Nacional de Rosario (alumnos del prof. Vázquez Ferreyra). Tuvo lugar el tradicional espacio para las objeciones y respuestas, interviniendo en especial los alumnos Ivana Spoglia, Marcelo Baldoni y los profesores Juan Luis Nardín y Mario Strubbia, entre otros.

* * *

La actividad del Instituto se ha realizado sintiendo permanentemente la total carencia de ayuda económica por los problemas que aquejan a la Facultad; se ha caracterizado por la intervención activa muy en especial de los alumnos; y por el desarrollo del método expositivo de una pluralidad de personas, abriendo permanentemente el diálogo y la discusión de los problemas.

Sección

CIENCIAS POLITICAS

LAS DISCIPLINAS POLITICAS

1. *El tema*

A la hora de escribir un artículo inicial para una publicación dedicada a las ciencias políticas, cuyos destinatarios principales son quienes estudian especialmente tales cuestiones, resulta apropiado reflexionar sobre las "disciplinas" políticas, es decir, acerca de aquéllo que es susceptible de ser "enseñado" en dicho ámbito.

Se elude así, al menos al comienzo, el multivalente y polémico vocablo "ciencia" y se pone en primer plano una de las características o propiedades que suelen atribuirse a algunas variedades típicas del saber, esto a su transmisibilidad, a la posibilidad de que sean objeto de distintos tipos de enseñanza. Pues, según definiciones corrientes que figuran en los diccionarios, "disciplina" es la acción y el efecto de "disciplinar", y "disciplinar" equivale a "instruir, enseñar, dar lecciones". En sentido semejante, indica Santo Tomás de Aquino que a través de las disciplinas "los *discípulos* adquieren la ciencia mediante la demostración que el maestro propone".[1]

Ahora bien, en política no todo es "enseñable" en la forma aludida. Hay aptitudes, vocaciones, experiencias, que no parecen transmisibles mediante "lecciones". Téngase en cuenta, además, que aquí se trata de estudiar realidades humanas, en las que se hallan implicadas la inteligencia y la libertad del hombre; ello comporta otras limitaciones, tanto por parte del que enseña como del que aprende; como ya señalaba Aristóteles, acerca de tema similar, los intentos de guiarse por la razón pueden verse en estos casos interferidos y aun frustrados por sentimientos desordenados y pasiones de diversa índole.[2]

Por otra parte, en la enseñanza de las disciplinas políticas caben distintas miras. No siempre coincide lo necesario para la instrucción de un político, con lo adecuado para un científico político. En este sentido, antes de ahora he sostenido que la "acción" política —de suyo, tan variada— y la ciencia política —en cuanto tarea de la inteligencia— son actividades humanas distintas, que comportan vocaciones, aptitudes y hábitos distintos y, por consiguiente, cuando ello ocurre, "profesiones" también diferentes. Sin perjuicio —claro está— de que sea posible, y aun deseable, que aquellas actividades y sus correspon-

---

1 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sobre las semanas (o axiomas) de Boecio*, Cap. I, en "Opúsculos filosóficos selectos", Selección e introducción de Mauricio Beuchot, Secretaría de Educación Pública, México, 1986.

2 Ver, en sentido semejante, ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, Libro I, 3, 1095a; edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, págs. 2/3.

dientes "hábitos perfectivos" o "virtudes" —ciencia política, prudencia política, técnica política— converjan en una misma persona.[3]

También se presentan dificultades cuando se pretende proveer conocimientos políticos al ciudadano común, dificultades que crecen cuando se trata de quienes desarrollan otras actividades intelectuales: juristas, economistas, sociólogos, filósofos; éstos buscan fundamentalmente la relación con sus propias disciplinas, con riesgo de perder la especificidad de la política, y de "disolverla", respectivamente, en el derecho, la economía, la sociología o la filosofía. Puntualizo que, en tren de buscar relaciones, lo primero consiste en tener ideas claras sobre aquéllo que se va a relacionar —en nuestro caso, ideas claras sobre la política, el derecho, la economía, etc.—; el segundo recaudo impone evitar injustificados "reduccionismos", que tornan indistinguibles entre sí a los "sujetos" de la relación buscada, en cuyo caso la política se convierte en filosofía o en economía, la economía en filosofía o en política, etc.

Lo dicho basta para resaltar algunos problemas, muy generales, inherentes a las disciplinas polticas, lo cual no implica, desde luego, que éstas no dejen de exhibir resultados ponderables. Así, por ejemplo, cabe mencionar lo que Bobbio llama "temas recurrentes", es decir, aquéllos "que han sido propuestos y discutidos por la mayor parte de los escritores políticos (de manera particular por quienes han elaborado y delineado teorías generales o parciales de la política) y que, por tanto, forman parte de una teoría general de la política".[4] Estos temas no son tantos, y entre ellos cabe indicar el sugerido por el propio Bobbio, esto es, el de las formas de gobierno, de las cuales es posible establecer sus clases o "tipos", sus criterios de diferenciación, sus posibles fundamentos filosóficos, su estructura jurídico-normativa, su funcionamiento real en distintas circunstancias históricas y geográficas, etc. He elegido un ejemplo sencillo, evitando otros más arduos, como lo atinente a la consideración *científica* de los bienes y valores políticos. Todo ello integra una o varias de las aludidas 'disciplinas políticas", cualquiera sea el alcance —subido o modesto— que se atribuya a los aludidos aportes.

Además, me parece necesario llamar la atención sobre otros problemas e interrogantes más específicos, que aparecen en el inicio, en el umbral mismo de nuestras disciplinas. Ellas exigen ciertas respuestas claras que integran lo que, por llamarlo de algún modo, he llamado "conciencia lingüística", "conciencia epistemológica" y "conciencia cosmovisional". Denomino aquí "conciencia" al intento de hacer presente, de tornar explícito cuanto atañe a las mentadas cuestiones. Se asemeja, pues, a una de las acepciones que incluye el diccionario de la lengua, según el cual "conciencia" es un "conocimiento exacto y reflexivo de las cosas".[5] Entiendo que el buen éxito del cultivo de las disciplinas políticas se halla comprometido en estas elucidaciones previas, pues poco se logra a partir de la confusión terminológica, científica y filosófica.

---

3 José María Medrano, *La política como ciencia y como profesión*, en "Prudentia Iuris", V, diciembre de 1981, pág. 5.

4 Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, F.C.E., México, 1987, pág. 7.

5 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, tomo I, Madrid, 1984, pág. 352.

2. *La conciencia lingüística*

Desde antiguo se ha considerado a la palabra como el signo más apto por el cual los hombres manifiestan algo a los demás. Así lo afirma, por ejemplo, Santo Tomás, haciendo suya una proposición de San Agustín. Pero el mismo Tomás puntualiza la aptitud de la palabra para engañar.[6] Nuestro siglo —en el que, al decir de Valverde, 'irrumpe la conciencia lingüística"—,[7] parece especialmente sensible a éstas y otras características de la lengua y del habla.

En nuestros días, habiendo crecido notablemente las ciencias que versan sobre el lenguaje, cabe mencionar lo dicho por Gilson, acerca de que la lengua es lo que los lingüistas dicen que es. Esto podría aceptarse sin restricciones, si todos los lingüistas estuvieran de acuerdo en sus conclusiones y si no desbordaran su propio campo e invadieran indebidamente el filosófico, punto contra el cual previene el propio Gilson.[8]

Entre tanto, nos atendremos a la noción clásica según la cual las *palabras*, son, primera y fundamentalmente, signos sensibles, instrumentales y arbitrarios o convencionales, que representan —de manera completa o no, según los casos— *conceptos* que, a su vez, representan otras *realidades*, en sentido amplio.[9] Recuérdese, además, que *signo* es lo que hace presente al conocimiento algo distinto de lo que él es en sí.[10]

Corresponde retomar, también, la clásica explicación "hilemórfica", por "materia" y "forma". Así, en las palabras, la "materia" —aquello de lo cual están hechas— son el sonido o lo escrito, y la "forma" —aquello por lo cual son lo que son— es significación. La materia puede ser la misma para significados diferentes.[11] Hay que agregar que las palabras adquieren distintas propiedades en la formación de los juicios, en la argumentación, etc.

Cuadra poner de resalto, para nuestro propósito, lo limitado y rudimentario de las palabras, y de los lenguajes que integran, como medio de comunicación humana. Esto presenta facetas peculiares en el ámbito de la política. Entre tantos testimonios que pudieran aducirse, cabe citar a *Thierry Maulnier*, quien sobre el punto expresa: "Las palabras están, pues, provistas de un poder mágico y tanto más terrible cuanto que su significación es ambigua y múltiple; toda o casi toda la habilidad de aquél que pretende conducir a los hombres consiste en utilizar el lenguaje para dar falsos sentidos a los términos que usa".[12]

---

6 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 55, a 4, ad 2.

7 JOSÉ MARÍA VALVERDE, *Vida y muerte de las ideas - Pequeña historia del pensamiento occidental*, Planeta, Barcelona, 1980, pág. 275/277.

8 ETIENNE GILSON, *Lingüística y Filosofía*, Gredos, Madrid, 1974, págs. 11/13.

9 Es conocido el texto de Santo Tomás: "Según el Filósofo, las palabras son signos de los conceptos y los conceptos son representaciones de las cosas" (*Suma eológica*, I, q. 13, a. 1; ed. B.A.C., Tomo I, 3ª edición, Madrid, 1964, pág. 532).

10 JACQUES MARITAIN, *Cuatro ensayos sobre el espíritu en su condición carnal*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1980, pág. 58

11 MANUEL GRAÑA ETCHEVERRY, *Defensa de la gramática tradicional contra la lingüística moderna*, Instituto Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1989, pág. 161.

12 THIERRY MAULNIER, *Diccionario de la terminología política contemporánea*, Rialp, Madrid, 1977, pág. 22.

Más allá del pesimismo que exhibe el texto referido, debo indicar que el problema de las palabras muestra aspectos diferentes en lo que atañe al lenguaje como instrumento científico —científico político en nuestro caso— y el lenguaje como instrumento político —de la "acción política" propiamente dicha—. En el primer caso, cabe exigir un recto empleo de las palabras en orden a los requerimientos del conocimiento perfeccionado que se intenta obtener y expresar (corresponde evitar —en lo posible— palabras oscuras, equívocas, de significación vaga, inútiles, etc.); en el segundo caso, el uso de las palabras ofrece caracteres especiales, según tiendan a vencer o convencer, polemizar, manifestar o disimular la realidad, etc.

Respecto de uno y de otro campo —el de la ciencia política y el de la acción política— he de resaltar aquí lo atinente a dos cuestiones distinguibles, a saber: a) la que se refiere a la multivalencia de los vocablos, cuando las mismas palabras significan conceptos diferentes y apuntan a realidades dispares; b) la que atañe a ciertas peculiaridades del alcance "práctico" de las palabras y locuciones, en general y particularmente en el ámbito político. En este punto ha de recordarse la clásica distinción entre conceptos teóricos y conceptos prácticos, según que tiendan sólo a reflejar la realidad o bien a mover y dirigir la acción; las palabras que a su vez representan tales conceptos conforman un lenguaje teórico o un lenguaje práctico;[13] parece claro que en política tiene primacía el lenguaje práctico, en cuanto expresa ideas a realzar, bienes y valores a conseguir, males a evitar, normas y preceptos a acatar, consejos a seguir, adhesiones y repulsas a lograr, etc. La practicidad de tales voces aparece en la base de ciertos efectos que se atribuyen a los vocablos, de ciertas funciones propias de ellos, de las "cosas" que —se dice— pueden "hacerse" con palabras.[14]

En nuestro ámbito, la multivalencia de los términos se hace patente. Ellos son, a veces equívocos —es decir, con significados enteramente diferentes—, a veces análogos —esto es, con significados en parte iguales y en parte diferentes—. Así, las mismas palabras y locuciones pueden designar, indistintamente, el todo y la parte, la causa y el efecto, el signo y lo representado por el signo, etc.[15]

Antes de ahora, refiriéndome al ámbito político, he señalado que, a menudo, en la raíz de tales diferencias se encuentran desacuerdos que resultan de concepciones políticas encontradas; así, palabras como "dictadura", "democracia", "partido" o "pueblo" tienen alcance diverso, según se las considere a la luz de las doctrinas marxistas o liberales, por ejemplo.[16]

---

13 JESÚS GARCÍA LÓPEZ, *Estudios de metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1976, págs. 206 y sigtes.; JACQUES MARITAIN, ob. cit., págs. 68 y sigtes.

14 Comparar con la obra de JOHN L. AGUSTÍN, que lleva el sugerente título de *Cómo hacer cosas con palabras* (tengo a la vista la edición castellana de Editorial Paidós, Barcelona, 1982); ver también OSVALDO DUCROT y TZVETAN TODOROV, *Diccionario de las ciencias del lenguaje*, 13ª edición, Siglo XXI, México, 1987, págs. 380 y siguientes.

15 En otros términos, ya en el campo de las ciencias del lenguaje, Ducrot y Todorov señalan que "se hablará de *polisemia*, más que de ambigüedad, cuanto leyes relativamente generales, hacen pasar de una significación a otra y permiten prever la variación. Así, una figura de retórica, la metonimia, permite comprender que la palabra "violín" designe ya al instrumento de música, ya al músico" (ob cit., pág. 275).

16 JOSÉ MARÍA MEDRANO, *Notas sobre política y bien común*, en "Prudentia Iuris, III, 1981, págs. 87/88.

En el específico campo de la ciencia política, es necesario eludir estas "trampas terminológicas", atendiendo a los respectivos contextos y situaciones, sin olvido de las "connotaciones" ideológicas ya apuntadas.

Dentro del limitado margen de este trabajo, me parece útil a citar lo aseverado por Bochenski acerca de ciertas cuestiones atinentes al signo en general, afirmaciones que estimo relevantes —también— en el campo de las disciplinas políticas: "Hay que distinguir desde un principio —los escolásticos lo sabían bien— entre las dos funciones del signo. El signo puede *significar* algo, *intendere*, es decir, ser vehículo de un contenido objetivo. Por otro lado, un signo puede *expresar* algo subjetivo, el estado de ánimo del hombre o del animal que causa el signo; esta segunda función se llama subjetiva. De ordinario, un signo usado dentro de un lenguaje humano normal tiene ambas funciones..."; y agrega: "Sin embargo, desde el punto de vista metodológico, una cosa está clara, en la ciencia, siempre que se trate de objetos cognoscibles y, por tanto, expresables, sólo la intención, es decir, la primera función semántica, tiene importancia. Lo que el investigador mismo experimenta vitalmente no tiene interés. La comunicación de sus condiciones situacionales podrá ser en alguna ocasión objeto de una investigación psicológica, pero no "enseña nada" porque no "significa nada", no "se refiere a nada objetivo".[17] Desde luego que no siempre se verifica la prolija distinción que postula Bochenski.

Resulta interesante referir aquí, por su directa relación con nuestro tema, los análisis efectuados por Olivier Reboul en su obra "Ideología y lenguaje". Señala este autor hasta seis funciones, que tienen que ver con los seis factores que el lingüista Román Jacobson encuentra en toda comunicación, a saber: 1) el receptor u oyente; 3) el referente, que es aquello de que se habla; 4) el código, sistema de reglas común al emisor y al receptor, sin el cual el mensaje no sería comprendido; 5) el contacto, que permite mantener psíquica y físicamente la comunicación; y 6) el mensaje mismo, en tanto fue realización material de la comunicación o, dicho de otro modo, lo que se pronuncia o escribe.[18]

Sobre esta base, distingue Reboul lo siguiente: 1) la función expresiva, atinente al emisor, en la que está en juego la sinceridad; 2) la función incitativa, mediante la que se determina o condiciona al receptor, cuyo valor es la licitud; 3) la función referencial, en la que está comprometida la verdad; 4) la función metalingüística, que versa sobre el "código" y en la que está implicada la corrección o incorrección en el empleo de los signos que integran el lenguaje; 5) la función "fática", que gobierna el mantenimiento o la ruptura de la comunicación, que comporta la lucha por la palabra y por los silencios; 6) la función poética, en la que interesa el mensaje mismo en tanto fue realidad material, independiente de su sentido, cuyo valor es la belleza.[19] Desde luego que, comúnmente, tales funciones no se hallan aisladas, en estado puro, sino combinadas de distintas maneras.

He llamado la atención sobre la proposición de Reboul porque el empleo de las palabras en política pueden asumir, según los casos, las mencionadas

---

17 I. M. Bochenski, *Los métodos actuales de pensamiento*, 13ª ed., Rialp, Madrid, 1979, págs. 99/100.

18 Olivier Reboul, *Lenguaje e ideología*, F.C.E., México, 1986, pág. 44.

19 Olivier Reboul, ob. cit., págs. 45 y sigtes.

funciones y, consecuentemente, alcanzar los aludidos valores de sinceridad o de mentira, de licitud o de ilicitud, de verdad o de falsedad, de corrección o de incorrección, de "cortesía" o no, de belleza o de fealdad.

Todo ello tiene que ver con lo que podemos llamar, por llamarlo de algún modo, virtualidad política de las palabras; y resulta particularmente adecuado en lo que atañe al carácter práctico del lenguaje político.

En tal sentido se ha podido decir, por ejemplo, que las palabras, en política, son "polémicas", pues se adecuan instrumentalmente para la controversia con el adversario;[20] también que son "suasorias", ya que sirven para convencer a los demás de algo,[21] cometido éste central en la Retórica clásica; podríamos añadir múltiples usos: palabras que denigran y que encomian, que manifiestan la realidad o que la enmascaran, que incitan o que paralizan la acción, etc.

A título de ejemplo, me parece suficientemente ilustrativo lo concerniente a las "palabras-choque", expresión que propone el mismo Reboul y en la que se entrecruzan, según dice, la función incitativa con la función metalingüística.[22]

Estas "palabras-cheque" tienen un alcance relativamente independiente de cualquier intento de fijar su significación exacta. El alcance es primordialmente incitativo, tiende a hacer obrar, irreflexivamente, en un sentido o en otro, según la connotación peyorativa o encomiástica que acompañe a las "palabras-choque". Palabras-tabú, llama Reboul a las palabras peyorativas, las que producen por sí mismas un efecto negativo y descalifican a lo que designan. Como indica nuestro autor, desde el momento que la "palabra-choque" está allí, se termina el juego: ya no se puede pensar más que de una sola manera, es decir, que no se puede pensar.

Las meras palabras "democracia", "libertad", "solidaridad" son palabras-choque encomiásticas, más allá de cualquier reflexión especial sobre sus respectivos significados.

Decir "fundamentalista" en política tiene, en nuestros días, un marcado alcance peyorativo, aunque nadie, ni siquiera el que así habla, sepa exactamente qué quiere decir, ni a qué personas o cosas alude concretamente con ello.

En este punto cuadra marcar expresamente una nota de historicidad que afecta a dichas expresiones. Palabras-choque inicialmente encomiásticas pueden convertirse en peyorativas en el curso del tiempo, y viceversa. Así, la voz "derecha" tiende a ser actualmente una "mala palabra", un "dislogismo", una palabra-choque peyorativa; lo contrario ocurre con la voz "izquierda", que es o tiende a ser —hoy— una "buena palabra", un "eulogismo", una palabra-choque encomiástica. No parece haber sido así en los primeros años del siglo: los partidos "derechistas" no rehusaban llamarse de tal modo, como acontece en el momento presente.

---

20 MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, "Manuales de la Revista de Occidente", Madrid, 1950, pág. 29.

21 FRANCISCO MIRÓ QUESADA, *El lenguaje de la política*, en "Escritos de Filosofía", Academia Nacional de Ciencias, Centro de Estudios Filosóficos, Año 1, Nº 1, Buenos Aires, Enero-Junio de 1978, págs. 116/122.

22 OLIVIER REBOUL, ob cit., págs. 116/122.

Hace ya muchos años Roberto Michels comentaba, con respecto a los partidos políticos, un fenómenos análogo.

Al examinar las exigencias del electoralismo, señalaba una tendencia centrípeta, inherente a todos los partidos políticos: "Es la tendencia integradora del máximo numérico, enemiga mortal de toda libertad de programa y de pensamiento"; "esta tendencia, inmanente en la vida política contemporánea y a la que un bromista estaría tentado de llamar el juego de las escondidas, se manifiesta incluso en los nombres que acostumbran adoptar los propios partidos políticos en los países democráticos. En verdad, en una democracia, los partidos políticos tienden a envolverse con una niebla terminológica muy espesa, y de color casi parejo. Se diría que ningún partido se distingue de los demás. Todos los partidos alemanes y franceses son más o menos igualmente "populares", "democráticos" y "nacionales". Esta tendencia, en verdad, es un hermoso ejemplo de la aplicación de la ley darwiniana de adaptación al medio, trasladada al campo político. Resulta casi un mimetismo secreto".[23]

Parece claro, según lo expuesto, que es posible dividir los diversos sentidos, usos y funciones de las palabras y locuciones políticas, con arreglo a distintos criterios. Uno podría considerar el mentado alcance incitativo, que incluye notas evaluativas y estimatorias. Así, tendríamos, según los casos, palabras encomiásticas, peyorativas y neutrales. Incluso una misma palabra puede tener, según los diversos contextos y situaciones, las referidas connotaciones (así, el claro ejemplo de la voz "ideología": neutra, en sus orígenes académicos de fines del siglo XVIII y aún hoy, cuando alguien, v. gr., se refiere a sus propias ideas; se carga de un sentido peyorativo, como ocultación o enmascaramiento de la realidad, en sus sentidos napoleónico y marxista, por ejemplo; y adquiere un alcance encomiástico, cuando alguien se refiere al "compromiso" afectivo y vital con las ideas que profesa; estos diversos sentidos coexisten en la actualidad).

Lo dicho basta, en mi criterio, para acreditar la necesidad de una adecuada "conciencia lingüística", tanto en el ámbito de la acción como en el del saber políticos.

3. *La conciencia epistemológica*

Se trata ahora de establecer las reales posibilidades y limitaciones de las disciplinas políticas, lo cual requiere, como paso previo, formular algunas ideas acerca del *"conocer"*, en cuanto operación que consiste en hacer presente un objeto a los sentidos o a la inteligencia; acerca del *"saber"*, en cuanto implica la perfección y la culminación del conocimiento; y acerca del *"comprender"*, en cuanto pone en primer plano el adecuado ajuste que debe mediar entre el conocimiento y el saber, con la índole de los objetivos respectivos: no todos los entes y realidades son cognoscibles y "sabibles" de la misma manera.

Es importante poner en claro las posibilidades del *conocer*, del *saber* y del *comprender* en el ámbito de la política, pero también deben señalarse las correspondientes limitaciones.

---

[23] ROBERTO MICHELS, *Introducción a la Sociología Política*, Paidós, Buenos Aires, 1969, págs. 134/136.

Así, por ejemplo, en este campo no ha sido infrecuente esperar demasiado de las así llamadas ciencias políticas, o bien, por otro lado, esperar poco o casi nada. Una cierta incomprensión de las posibilidades reales del saber político aparecen a la hora de comprobar la exigüidad de los resultados de una ciencia política que tenía como meta su asimilación a las ciencias de la naturaleza.[24] Inspirado por semejante criterio, Maurice Duverger expresa, en la culminación de su carrera como científico político: "La ciencia política sigue siendo embrionaria. El que la practica desde hace treinta años, con todas las etiquetas y honores oficiales debe reconocer que representa un esfuerzo para aprehender de modo objetivo los fenómenos del poder en la Ciudad, y nada más. O casi nada más... En cuanto al resto, no se han superado los propósitos de los autores griegos que describen las deformaciones del poder, ni los admirables análisis de Tocqueville. Pero se ha aprendido a disimular las ignorancias bajo la sofisticación matemática".[25]

Es que no siempre se tiene en cuenta la antigua y certera advertencia aristotélica: "Nos contentaremos con dilucidar esto en la medida en que lo permita su materia; porque no se ha de buscar sl rigor por igual en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos manuales... Por consiguiente, hablando de cosas de esta índole y con tales puntos de partida, hemos de darnos por contentos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo lo que ocurre en general y partiendo de tales datos, basta con llegar a conclusiones semejantes. Del mismo modo se ha de aceptar cuanto aquí digamos: porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico".[26]

Ello sentado, no vamos a discutir aquí en particular lo que parece obvio: es posible *conocer* realidades políticas, en cuanto éstas se ofrecen a nuestras facultades cognoscitivas, esto es, a los sentidos externos y a los sentidos internos, por un lado; y a la inteligencia, por el otro; hay sensaciones, imágenes, recuerdos y reminiscencias políticas, como hay conceptos políticos. Nótese que, hablando del *conocer*, nos hallamos fuera de una mayor pretensión de certeza o exactitud. Para no partir de lo demasiado evidente, basta señalar las frecuentes invocaciones a la imaginación política —incluso a la "imaginación creadora"— y a la memoria en este campo.

Mención aparte merece la clásicamente llamada "cogitativa" o "razón particular", esa estimativa humana por la cual se aprehende en concreto el significado de las cosas, se captan —también en concreto— los valores vitales, se organiza la experiencia y es posible obrar prudencialmente —en política como en otras actividades— aplicando el conocimiento universal a los casos singulares.[27]

---

24 MAURICE DUVERGER, *Sociología Política*, Ariel, Barcelona, 1966, pág. 16.

25 MAURICE DUVERGER, *Los naranjos del lago Balaton*, Ariel, Barcelona, 1981, págs. 61/62.

26 ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, I, 3, 1094 b, edición citada, pág. 8.

27 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 78, a 4; *idem*, II-II, q. 47, a. 3, ad 3; CORNELIO FABRO, *Percepción y pensamiento*, EUNSA, Pamplona, 1978, págs. 195 y sigtes.; SANTIAGO RAMÍREZ, *La Prudencia*, Ediciones Palabra, Madrid, 1979, págs. 46 y sigtes.; JUAN A. CASAUBÓN, *Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica*, en "Ethos", Nos 2/3, Buenos Aires, 1974/1975, págs. 57/58 y 68/70.

Llegamos así a la noción de "experiencia" en general, y de "experiencia política" en particular; tal experiencia comporta un contacto inmediato y directo con lo real, y, para nuestro propósito, basta retener la caracterización que de ella —o que de una variedad de ella— formula Aristóteles en su "Metafísica": "... del recuerdo nace para los hombres la experiencia, pues muchos recuerdos de la misma llegan a constituir la experiencia", y agrega: "...para la vida práctica, la experiencia no parece ser en nada inferior al arte, sino que incluso tienen más éxito los expertos que los que, sin experiencia, poseen el conocimiento teórico. Y esto se debe a que la experiencia es el conocimiento de las cosas singulares, y el arte, de las universales; y todas las acciones y generacions se refieren a lo singular... Por consiguiente, si alguien tiene, sin la experiencia, el conocimiento teórico, y sabe lo universal, pero ignora su contenido singular, errará muchas veces...".[28] El propio Aristóteles se encarga de puntualizar la relevancia de la experiencia en política, cuando indica que los hombres de Estado parecen practicar tal actividad "en virtud de cierta facultad natural y experiencia, más que por la reflexión", "...la experiencia parece contribuir a ella no poco; de no ser así, los hombres no llegarían a ser políticos por la costumbre de la política. Y por esta razón los que aspiran a saber de política parecen necesitar, además, experiencia".[29]

Nótese que todavía nos hallamos en el ámbito del *conocimiento*, esto es, de una realidad que no comporta un perfeccionamiento ni, consecuentemente, un *saber*. Por la experiencia se conoce el qué, pero no el porqué —dice Aristóteles—; hay una cierta "práctica", no clara ni exacta, que resultaría, por lo general, insuficiente ante situaciones y circunstancias que se apartan del curso normal de los acontecimientos. De todas maneras, la experiencia basta para obrar prudencialmente, pues, como indica Santo Tomás, ella reduce los infinitos casos singulares a algún número limitado, y se atiene a lo que suele verse la mayoría de las veces.[30]

Lo expuesto remite a reflexionar —como tantas veces se ha hecho— acerca de la figura del político,[31] distinta, como se indicó *supra*, a la figura del científico político. Tal reflexión conduce a ensayar una referencia al conocimiento *afectivo* o *por connaturalidad*, en cuanto interesa a nuestro tema.

Para decirlo con palabras del profesor Casaubon, dicho conocimiento se funda en una semejanza concreta y vívida de naturaleza —innata o adquirida— entre el sujeto y el objeto de dicho saber.[32] En el sentido indicado, Santo Tomás afirma: "La rectitud del juicio puede tener lugar de dos maneras: de una manera, según un perfecto uso de la razón; de otra manera, por causa de cierta connaturalidad con aquellas cosas sobre las que debe juzgarse. Así, de aquello

---

28 ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 981 a, edición trilingüe por Valentín García Yebra, Volumen I, Gredos, Madrid págs. 4/7.

29 ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, X, 9, 1191 a, edición citada, pág. 173.

30 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 4, ad 2.

31 Ver, por ejemplo ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Ed. Politeia, Buenos Aires, 1951, págs. 489 y sigtes.; allí el autor señala por separado las cualidades naturales que manifiestan la vocación del político las cualidades intelectuales que debe adquirir quien elige el oficio político, y la perfección moral que necesita para poner su idoneidad profesional al servicio de la comunidad.

32 JUAN A. CASAUBÓN, ob. cit., pág. 58; del mismo autor, *El conocimiento afectivo o por connaturalidad*, en Revista "La Ley", 1979-D-776 y sigtes.

que pertenece a la castidad, mediante la investigación de la razón juzga rectamente aquel que aprendió la ciencia moral; en cambio, lo hace por cierta connaturalidad, rectamente, quien tiene el hábito de la castidad".[33] El ejemplo es nítido: puede poseer un conocimiento más íntimo de la virtud quien la vive que quien la estudia; algo análogo ocurre en el ámbito de las artes y las técnicas y también —pienso— en el campo político. Así como el buen juez es justicia viviente, el político prudente es política viviente, y está en posesión de un conocimiento íntimo de tales cosas, que difícilmente alcance el científico político con sólo los recursos de su ciencia.

Con lo dicho trasponemos el campo del *conocer* y arribamos al del *saber*. Hay desde luego, otras variedades del conocer, incluso intelectual, que no hemos mencionado. Con todo, para nuestro actual propósito es suficiente lo expuesto, a fin de destacar la diferencia que media entre el mundo de las sensaciones y opiniones más o menos fundadas, y aquel en que se verifica la pretensión de un conocimiento perfeccionado, riguroso y exacto, esto es, el mundo del saber.

Las limitaciones de este trabajo imponen que sólo mencionemos de paso lo atinente a la Filosofa Política y a la Prudencia Política, cuya consideración exigiría desarrollos especiales, y que nos detengamos en algunos problemas que afectan a la así llamada ciencia política. Aquí traeremos problemas, pues nuestro deseo es, fundamentalmente, suscitar reflexiones y prácticas que contribuyan a elucidarlos y resolverlos.

Este parece un tema inagotable; quienes cultivan estas disciplinas se sienten a menudo llamados a reflexionar sobre su propio saber, especialmente para acreditar su "cientificidad". En esas consideraciones aparecen cuestiones diversas, entre las cuales, a modo de provisional inventario, pueden enumerarse las siguientes: 1) qué es la política, 2) si la política es susceptible de un saber científico, 3) qué variedad típica del conocimiento es la ciencia, 4) qué diferencia media entre las distintas ciencias, en particular, entre las "ciencias naturales" y las "ciencias del hombre", 5) qué peculiaridades tienen las ciencias que versan sobre la política, 6) qué virtualidad tienen para dirigir la acción, en lo cual va incluida la posible consideración científica de lo normativo y lo valorativo, 7) en qué medida dependen de principios filosóficos que comportan respuestas al tema ontológico, al tema gnoseológico, al tema antropológico, al tema moral.

Las respuestas son variadas y sus resultados diversos. Aquí me voy a reducir a examinar brevemente algunos puntos que conciernen a lo que sea la política misma, como objeto de ciencia; a lo que sea la ciencia en general y con respecto a la política, y a las respectivas "filosofías inherentes". En cuanto a este último punto, hago mía —por razones de brevedad— una expresión de *Mario Bunge*, que acierta al indicar como propio de cada "campo de conocimiento" y de cada "ciencia fáctica particular" una "concepción general o filosófica", que comporta una ontología, una gnoseología y un ethos determinados;[34] agrego como

---

33 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 45, a. 2; ed. B.A.C., T. VII, Madrid, 1959, págs. 1142.

34 MARIO BUNGE, *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 24 y siguientes.

tema aparte, especialmente relevante en cuanto a la política, la cuestión antropológica, pues, como tantas veces se ha dicho, en la base de toda concepción política hay una concepción del hombre y de la vida.

Antes de ahora he dado por buena la noción aportada por Sampay, según la cual la política es, primera y fundamentalmente, aquella actividad humana social "causada por un propósito que, de cualquier manera, converja a la constitución del Estado, a su constante recreación y a su conducción gubernativa".[35] Claro está que tal noción requiere un esclarecimiento de lo que se entienda por "Estado", cosa que no haremos aquí. De todas maneras, la referencia al "Estado" implica una noción restringida de la política, el sentido "propio" de ella, la política "pública". Si hubiéramos hallado la diferencia específica de la política en el "poder" —como hacen otros— habríamos arribado, probablemente a una noción impropia o amplia de "política", que incluye tanto la política "pública" como la política "privada". Tal lo que propone, por ejemplo, Dahl, cuando indica que "un sistema político en cualquier sistema persistente de relaciones humanas que comprende, en una extensión significativa, gobierno autoridad o poder"; el propio Dahl admite que está definición es muy amplia y que incluye a los "sistemas" políticos de, por ejemplo, clubes deportivos, empresas de negocios, sindicatos de obreros, etc.[36]

Por lo demás si, como dijimos, la política es, primera y fundamentalmente, el comportamiento humano social caracterizado *supra*, puede nombrarse con la expresión "lo político" a un abigarrado sector que incluye realidades de muy diverso género —ideas políticas, normas políticas, cosas políticas, signos políticos— que son "políticos" precisamente por su relación con aquella primera y fundamental realidad política: la conducta humana social.

Con lo expuesto queda evidenciado la variedad de aspectos y cuestiones que se ofrecen a nuestra consideración: para unos, la política tendrá un sentido amplio, para otros uno restringido; unos darán primacía a las conductas humanas políticas, otros, se atendrán a fenómenos de diversa índole. Hay, además, en todo esto una nota de historicidad: distintos comportamientos y entendimientos de la política aparecen según las épocas; problemas concretos surgen en primer plano en algunos momentos, en tanto otras cuestiones se desdibujan o desaparecen.

Si existen diversas teorías y prácticas de la política en una misma situación histórica, y si ellas cambian durante el curso del tiempo, con distinto ritmo y velocidad, algo semejante ocurre con la teoría y la práctica de la ciencia, que presenta análogas variaciones. Si esto es así, cabe aceptar las aseveraciones de Giovanni Sartori, parcialmente coincidentes con lo expuesto, quien afirma; "...la noción de ciencia política varía en función de qué se entiende por ciencia y qué por política", "... «ciencia y política» son variables que han cambiado mucho" y "variaron en épocas diferentes y con diversas velocidades".[37]

---

35 Arturo Enrique Sampay, ob. cit., pág. 336.

36 Robert A. Dahl, *Análisis sociológico de la Política*, Fontanella, Barcelona, 1968, pág. 14.

37 Giovanni Sartori, *La Política - Lógica y método de las ciencias sociales*, F.C.E., México, 1984, págs. 201/202; un clásico contemporáneo de las variaciones históricas de la ciencia es la obra de Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas;* edición castellana que tengo a la vista; F.C.E., México, 1980.

Con lo expuesto transitamos de la "querella sobre la política" a la "querella sobre la ciencia".[38] Me he ocupado de este asunto antes de ahora[39] y no me detendré en él más que para indicar lo estrictamente necesario. Así, me parece claro que —históricamente y en nuestros días— se llama "ciencia" no a una, sino a diversas variedades típicas del conocimiento, es decir, que más de una de tales variedades típicas recaban para sí, y —a veces— sólo para sí, la calidad de "ciencia". Por ejemplo, la ciencia clásica, cercana a la "episteme" griega, busca lo universal y necesario por las causas, y no se identifica con una así llamada ciencia empírica, cuya principal pretensión consistiría en describir y explicar como transcurren los fenómenos. Pienso que la palabra "ciencia" no es unívoca, sino multivalente, no necesariamente equívoca. Si tuviera que arriesgar una definición amplia, aceptaría la idea de que la ciencia es un conocimiento perfeccionado por algún tipo de demostración, adecuada a la índole del objeto que se pretende conocer. Por lo demás, en distintas definiciones se ponen de manifiesto, descriptivamente, varias características o propiedades del conocimiento científico, que sería metódico, crítico, sistemático, transmisible, etc.

Por otra parte, me parecen relevantes y fecundas ciertas nociones clásicas, a saber: a) la distinción entre la ciencia en sentido objetivo, como sistema, y la ciencia en sentido subjetivo, como hábito o disposición estable que reside en el científico, en el que sabe; b) la especificación de las ciencias por su objetos formales, es decir: una misma realidad —objeto material— es alcanzada por distintos saberes que se dirigen directa e inmediatamente, desde distintos puntos de vista, a aspectos particulares de ella —objetos formales—;[40] c) mención aparte merece la distinción entre ciencia teórica —que tiende a "contemplar «la realidad»"— y ciencia práctica —que tiende a dirigir el obrar y el hacer humanos—; la importancia de este punto en nuestras disciplinas resulta nítida, pues la "practicidad" de la política no puede dejar de afectar a los saberes que versan sobre ella; ya se aludió a esto al hablar del "lenguaje práctico".

Si tal es la "problemática" de la ciencia en general, el asunto se complica en el ámbito de las denominadas "ciencias sociales", entre las cuales tiene cabida la "ciencia política". Aquí aparecen los "reduccionismos" referidos más arriba, los cuales, seducidos por los logros de otras ciencias, suponen que es posible estudiar científicamente política de idéntico modo a como se estudian científicamente los fenómenos físicos, o químicos, o biológicos, etc. *Julien Freund* distingue diferentes casos: la pretensión de reducir las ciencias humanas a las ciencias de la naturaleza en general, a una ciencia de la naturaleza en particular, a un principio o teoría propio de alguna ciencia de la naturaleza, a un método de las ciencias de las naturalezas, a una ciencia humana en particular (psicologismo, historicismo, etc.).[41] En la raíz de todo ello hay una incomprensión de lo que sea la política como objeto de ciencia, y una incomprensión de lo que sea una ciencia "apropiada" o "adecuada" a la política. Unir a la ciencia con la

---

38 CARLOS I. MASSINI, *Querella sobre la ciencia del derecho*, en Revista "La Ley", 1982-A-827 y siguientes.

39 JOSÉ MARÍA MEDRANO, *La política como ciencia y como profesión*, ya citado.

40 Esta doctrina es, desde luego, más compleja, y no explicamos aquí la distinción entre el *objeto formal quod* y el *objeto formal quo*.

41 JULIEN FREUND, *Las teorías de las ciencias humanas*, ediciones Península, Madrid, 1975, *passim*.

política no parece fácil, según se ve. Podemos aplicar al tema lo dicho por Sartori acerca de un tema no idéntico: "En un extremo, es la ciencia la que devora a la política; en el extremo contrario, es la política la que devora a la ciencia".[42] A todo ello hay que añadir lo atinente a las "filosofías inherentes", como se dijo más arriba. El tema ontológico —referente al ser y a la índole de la realidad—, el tema gnoseológico —si se puede conocer o no, qué se puede conocer, con qué medios se puede conocer—, el tema antropológico, especialmente importante en nuestro tema, pues es la política una actividad del hombre, en la que interesan particularmente diversas dimensiones suyas: su inteligencia, su libertad, su "socialidad", etc. Merece recordarse aquí la clásica doctrina de la "subalternancia" de las ciencias, según la cual los principios de una ciencia son conclusiones de otra; en tal sentido, se ha dicho que la moral se subalterna a la antropología filosófica, y lo mismo podría aducirse con respecto a las disciplinas políticas, ya que para saber lo que es y lo que puede esperarse del hombre en política, hay que saber lo que es el hombre "a secas".

Todo ello explica la diversidad que aparece en el ámbito de nuestras disciplinas. A título ilustrativo, podemos mencionar —un poco al azar— algunas clasificaciones o tipologías de los modos y maneras en que aquéllas se cultivan: Bertrand de Jouvenel indica que "es de uso corriente llamar Ciencia Política al estudio de las relaciones entre los súbditos y las autoridades públicas del Estado. Esta ciencia es *normativa*, cuando busca cuales debieran ser estas relaciones y por qué medios; *jurídica*, cuando dice cuáles deben ser según la constitución en vigor (derecho constitucional); *sociológica* y *positiva*, cuando examina cuáles son: *histórica*, cuando relata sus cambios en el curso del tiempo (historia de las instituciones); *naturalista*, en fin, si busca en estas relaciones regularidades que parecen tener un carácter de necesidad".[43]

Por su parte, Harold Lasswell afirma: "hay varias formas de expresión intelectual que se complementan a la vez que rivalizan entre sí. Las luchas de especialización entre los practicantes de las artes intelectuales adoptan con frecuencia las formas siguientes: *naturalistas* contra *normativas*, *sistemáticas* contra *impresionistas*, *expositores* contra *descriptivas*. El estilo del discurso naturalista utiliza palabras que indican circunstancias más que preferencias. El estilo normativo abunda en términos como "deber", "bueno", "feo". Las modernas ciencias sociales subrayan los modos naturalistas de expresión. La ética, la estética y algunos aspectos de la epistemología y la metafísica entran en la categoría de normativa. La ciencia política es naturalista; la filosofía política es normativa. En la práctica, esas distinciones son de énfasis relativo más que de exclusividad total".[44]

Dieter Oberndöfer reseña "tres concepciones de una ciencia de la política: a. Una ciencia de la política que es meramente analítico-descriptiva. b. Una ciencia sistemática de las leyes de lo social y lo político. c. Una ciencia práctica de la política, esto es, una ciencia que de manera crítica considera y proyecta la actividad política". Los tipos expuestos —dice— se hallan rara

---

42 GIOVANNI SARTORI, ob. cit., pág. 260.

43 BERTRAND DE JOUVENEL, *La soberanía*, Rialp, Madrid, 1957, págs. 29/30.

44 HAROLD D. LASSWELL, *La política como reparto de influencia*, Aguilar, Madrid, 1976, págs. 525/526.

vez en forma pura. El autor expone y critica tales concepciones, y asume como propia la última de ellas, que articula en cuatro disciplinas: Filosofía de la comunidad, Política interior, Sociología y Política internacional.[45]

Jörge Hammler, por su parte, distingue una "politología como ciencia crítico-práctica del poder", en la que puede percibirse la influencia de la escuela de Frankfurt; "una politología empírico-analítica" que "se limita a la colección empírica y la ordenación analítica de experiencias socio-políticas, a la descripción y explicación imparcial de la realidad", y "una politología que, siguiendo la tradición de la filosofía antigua, se considera como rama de la filosofía práctica" y "sirviendo de vehículo para la ética y la política... se orienta según los conceptos griegos de la *praxis*, en su calidad de actividad buena y virtuosa, y de la *polis*, en su calidad de colectividad ordenada y justa, que posibilita la actividad virtuosa".[46]

A su turno, *Klaus von Bayme* indica: "En la ciencia política contemporánea existen tres puntos de partida metateóricos que se mantienen en mutua rivalidad: 1. Teorías normativas. 2. Teorías empírico-analíticos. 3. Teorías crítico-dialécticas. Cada una de las tres variantes parte de diferentes conceptos básicos y de distintas definiciones en lo político como concepto central de la ciencia política".[47] En la base de tales teorías se hallarían, respectivamente, la tradición aristotélica, la tradición positivista y la tradición marxista.

Algunas de estas decisiones, clasificaciones o "tipologías" son verdaderamente "disyuntivas", en cuanto comportan sistemas que parten de principios inconciliables. Así, las que discrepan en el plano de las "filosofías inherentes". Lo dicho no implica, desde luego, que tales sistemas inconciliables no puedan aprovechar y asumir mutuos aportes, actos de ciencia distinguibles del sistema en el cual fueron realizados. Otros "sistemas", en cambio, no presentan tan radicales diferencias, y pueden considerarse como diversos acercamientos a una misma realidad política, que ofrece a la facultad cognoscitiva del hombre distintos aspectos y planos inteligibles.

Por mi parte, no oculto mi preferencia por la noción que he denominado propia o restringida de la política. Ella conforma una realidad compleja, cuyo acabado conocimiento requiere el aporte de diversas ciencias, no meramente yuxtapuestas, sino mutuamente exigidas para captar diversas facetas y planos de un mismo objeto real.

Esta reflexión conduce a la idea de *comprensión*, que he aludido más arriba. Ella está tomada de Santo Tomás, que al respecto dice: "...comprender una cosa es conocerla con perfección y conocerla con perfección es conocerla tanto cuanto es cognoscible. Y por esto, si de lo que es cognoscible con ciencia demostrativa sólo tenemos opinión fundada en razones probables, no la comprendemos; por ejemplo, el que sabe por demostración que los tres ángulos de un triángulo equivalen a dos rectos, lo comprende; pero el que tiene de esta verdad una opinión probable, fundada en que así lo enseñan

---

[45] DIETER OBERNDÖRFER, *La política como ciencia práctica* en "Ethos", vol. 4/5, págs. 13 y 52 y *passim*.

[46] JÖRGE KAMMLER, *Objeto y método de la ciencia política* en ABENROTH-LENK, *Introducción a la ciencia política*, Anagrama, Barcelona, 1971, págs. 13, 15/16, 17/18, y *passim*.

los sabios o lo dicen muchos, no lo comprende, porque no alcanza aquel modo de conocimiento perfecto con que es cognoscible esta verdad". Sobre lo mismo agrega Santo Tomás: "A este propósito dice San Agustín, definiendo la comprensión, que *se comprenda por entero lo que se mira cuando se ve en forma que nada de lo que tiene se oculta al que lo mira*; o *también cuando se abarcan sus límites con la mirada*; y sólo se puede abarcar con la mirada los límites de una cosa cuando se alcanza el término del modo de conocerla".[48]

Comprender —en este sentido— comporta un saber penetrativo y abarcador, ajustado a los requerimientos de su objeto; *comprender* implica saber —o intentar saber— todo lo que en el objeto se presta a ser conocido, y por el modo o por los modos en que el objeto se presta a ser conocido, describiendo lo que es describible, midiendo lo que es medible, calculando lo que es calculable, etc.

Tal es el saber que ha de conseguirse para la política: conocerla cuanto es cognoscible, no más, pero tampoco menos. Por eso resultan perturbadores los ejemplos y modelos propios de otros ámbitos: quien pretenda conocer un fenómeno político como puede conocerse una cosa física o un fenómeno biológico o una operación matemática, probablemente fracasará en su empeño.

Así llegamos al fin de esta reflexión "epitemológica", así llamada aprovechando una cierta ambigüedad de tal palabra, que a veces significa una filosofía de la ciencia y a veces alude a una filosofía del conocimiento en general.[49]

Se trata, pues, de *conocer*, *saber* y *comprender* la realidad política; un adecuado entendimiento de lo que ello significa configura la "conciencia epistemológica" que he postulado para el mejor desarrollo de nuestras disciplinas.

4. *La Conciencia Cosmovisional*

Poco diré sobre este punto, que ha sido tratado en otros lugares,[50] y ha quedado de algún modo aludido al mentar a las "filosofías inderentes" y a la teoría de la subalternación de las ciencias.

La voz "cosmovisional" parece remitir a las ideas de *Wilhem Dilthey*, pero esos problemas han sido considerados por muchos, desde numerosos puntos de vista, como no podría ser de otra manera, tratándose de concepciones del mundo y de la vida que se hallan a la base de los comportamientos humanos.

Sobre ello, indica el mismo *Dilthey* que entre "las experiencias vitales se cuenta también el sistema permanente de relaciones en que está ligada la mismidad del yo con otras personas y los objetos exteriores. La realidad de este (yo) mismo, de las personas extrañas, de las cosas que nos rodean y las relaciones

---

47 KLAUS VON BEYME, *Teorías políticas contemporáneas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 41.

48 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 12, a. 7 c. y ad 2; ed. B.A.C., Tomo I, 3ª edición, Madrid 1964, págs. 503 y 505.

49 GUSTAVO ELOY PONFERRADA, *Sobre las denominaciones de la gnoseología*, en "Sapientia", año XXIV, Nº 93, 1969, págs. 210/211.

50 Ver, por ejemplo, FRANCISCO ARIAS PELERANO, *Notas sobre concepción del mundo y política*, Eudeba, 1968.

regulares entre ellos forman la armazón de la experiencia vital y de la conciencia empírica que en ella se constituye".[51]

Por su parte, Miguel de Unamuno planteaba y daba sus propias respuestas a semejantes asuntos: "La filosofía responde a la necesidad de formarnos una concepción unitaria y total del mundo y de la vida, y como consecuencia de esa concepción, un sentimiento que engendra una actitud última y hasta una acción".[52]

Es que, como expresó el Papa Paulo VI, cualquier problema referente a la vida humana, "hay que considerarlo, por encima de las perspectivas parciales de orden biológico o psicológico, demográfico o sociológico, a la luz de una visión integral del hombre y de su vocación no sólo natural y terrena sino también sobrenatural y eterna".[53]

La política, como cualquier problema humano, remite en última instancia a algunos interrogantes fundamentales acerca del hombre y de lo que primordialmente le concierne. Por eso ha podido decirse que toda política es más que política, pues "se resuelve en último término en la serie de intentos y de acciones para realizar pública y socialmente la convivencia entre los hombres, *según un determinado sentimiento o entendimiento del hombre por el hombre*".[54]

Nótese que a la hora de caracterizar las más relevantes concepciones políticas, se hace necesario examinar los principios antropológicos y cosmovisionales que las animan. Así, *William Ebenstein*, al estudiar lo que llama "los ismos políticos contemporáneos: comunismo, fascismo, capitalismo, socialismo", afirma: "Se ha prestado especial atención a las raíces psicológicas de estos cuatro sistemas fundamentales, por cuanto resulta difícil comprender las características de personalidad que contienen, así como las motivaciones que atraen. En último término, diversas concepciones del hombre son connaturales a estos ismos, los cuales sólo se pueden comprender como sistemas que engloban la totalidad de la vida social más que como una simple colección de instituciones sociales, políticas o económicas".[55]

Análogamente procede Henri Lefèbre desde una posición marxista: "¿Qué es una concepción del mundo? Es una visión de conjunto de la naturaleza y del hombre, una concepción del mundo representa lo que se denomina tradicionalmente una *filosofía*. Pero posee un sentido más amplio que la palabra "filosofía". En primer lugar, toda concepción del mundo implica una *acción*, es decir, algo más que una "actitud filosófica". ...En segundo lugar, una concepción del mundo no es necesariamente la obra de tal o cual "pensador". Es más bien la obra y la expresión de una época. Para comprender plenamente una concepción del mundo se requiere estudiar las obras de quienes la formularon, pero sin

---

51 WILHEIM DILTHEY, *Teoría de las concepciones del mundo*, "Revista de Occidente", Madrid, 1974, pág. 43.

52 MIGUEL DE UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, Orbis-Hyspamérica, Buenos Aires, 1984, pág. 8.

53 PAULO VI, *Humanae Vitae*, II, Nº 7.

54 JESÚS FUEYO, *La mentalidad moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, 371.

55 WILLIAM EBENSTEIN, *Los ismos políticos contemporáneos - Comunismo - Fascismo - Capitalismo Socialismo*, Ariel, Barcelona, 1975, pág. 9.

prestar atención a los matices, a los detalles; hay que esforzarse para captar *el conjunto*". El propio Lefebre indica que las grandes concepciones del mundo que se postulan actualmente son tres, y —según él— sólo tres: la concepción cristiana, la concepción individualista y la concepción marxista.[56]

Estas concepciones básicas a partir de las cuales se "hace" política aparecen, más o menos en primer plano, según las contingencias históricas. Así, entre otras observaciones semejantes que pudieran argüirse, cabe recordar la distinción formulada por Saint Simon entre "períodos orgánicos", en los que las creencias y valores senciales son universalmente acatados, en cuyo caso no se explicitan, y los "períodos críticos", en que ocurre lo contrario.[57] También se ha hablado de momentos en los que prima un "cansancio ideológico", en cuyo caso se invoca un así llamado "pragmatismo" y se omite toda referencia expresa a los principios fundamentales, aunque éstos operen secretamente.

No se formulen aquí muchas precisiones, que aparecerían en un tratamiento exclusivo del tema; lo dicho basta, a mi parecer, para acreditar lo necesario de la "conciencia cosmovisional" en nuestro campo, lo cual incluye, como quedó sugerido, una cierta "conciencia histórica". Explícitos o implícitos, los principios cosmovisionales no dejan de estar presentes, y omitir alguna consideración de ellos en el ámbito de las disciplinas políticas comporta el riesgo de estudiar una realidad trunca.

5. *Conclusión*

Creo haber fundado suficientemente mi convencimiento de que el cultivo de las disciplinas políticas se halla comprometido sin las mentadas "conciencia lingüística", "conciencia epistemológica" (conocer, saber, comprender), "conciencia cosmovisional".

Ello, desde luego, no significa que haya que atender sólo a los principios, ni que cuadre disolver y perder lo específico de la política en una serie de fenómenos lingüísticos, o epistemológicos, o cosmovisionales. Más bien, hay que decir que, en nuestras disciplinas, tales principios son necesarios, pero no suficientes; nada sin ellos, pero también nada con sólo ellos.

En similar línea de pensamiento, y puesto que —como indiqué al comienzo— éste es un artículo inicial para una publicación universitaria, dirigida primordialmente a estudiosos y estudiantes de estos temas o, por lo menos, a interesados en ellos, me parece pertinente señalar que se puede "hablar" de las numerosas cosas políticas de muchas maneras. Al respecto, recuerdo algunas ideas que le oí hace ya muchos años al doctor Juan Carlos Goyeneche, profesor universitario que desarrolló en variados ámbitos intensa labor intelectual. Comentaba Goyeneche en mi presencia un proyecto suyo, consistente en fundar una revista política que se llamaría "Oro y Plata". Ignoro si se trataba de una idea original, pero sí recuerdo las partes en que se iba a dividir tal revista: la prime-

---

56 Henri Lefebre, *El marxismo*, Eudeba, 2ª edición, 1962, págs. 7/9.

57 Ver, sobre ello, lo expuesot por Daniel Villey, en *Historia de las grandes doctrinas económicas*. Ed. Nova, Buenos Aires, 1960, pág. 163.

ra iba a tratar de los "principios" y las razones elevadas *—hablando en oro—*; la segunda iba a tratar de las cosas concretas, de las "políticas" particularizadas *—hablando en plata.*

Parece un buen proyecto, siempre que se advierta que, si las referidas partes son distinguibles, no tienen porqué estar divorciadas pues, de algún modo, los principios "viven" en las cosas concretas, y éstas se encuentran "informadas" por aquéllos.

JOSÉ MARÍA MEDRANO

Profesor titular de Ciencia Política I y de Ciencia Política III en la Escuela de Ciencias Políticas de la Fac. de Derecho y Cs. Políticas de la UCA.

CONDICIONES PARA LA PERSISTENCIA DEL SISTEMA DEMOCRATICO *

1. Consideraciones previas

1.1. *Oportunidad del tema y el aporte de las Ciencias Políticas*

Hace ya muchos años que los argentinos vienen discutiendo las razones que motivaron las crisis periódicas del sistema democrático, desde 1930 en adelante.

Habría que aclarar que el sistema democrático se inicia en 1916, por ser la primera vez que se elige un Presidente de acuerdo con la expresión mayoritaria a través del voto secreto y obligatorio.

Reiteremos, para después analizarlo, el hecho de que equiparamos voto universal, secreto y obligatorio, con sistema democrático, razón por la cual, antes, este último no pudo haber existido.

Esta apreciación, digámoslo de paso, también puede impulsarnos a recordar la distinción entre Democracia y Liberalismo, magistralmente analizada por Guido de Ruggiero.

Las opiniones que se han dado para explicar esta ruptura que, de todas maneras corta un curso de 14 años, que inconscientemente equiparamos con un siglo, se originan tanto en estratos socio-culturales académicos como populares.

Muchas explicaciones son de orden moral, y afectan tanto a los gobernantes como a los rupturistas del orden democrático.

Para los primeros se arguye la corrupción insoportable dando como ejemplos: al Presidente Irigoyen, decrépito y aislado de la realidad a merced de un grupo de mediocres inescrupulosos; al gobierno del Presidente Castillo preparando el fraude para ungir a Patrón Costas, previa una infame entrega del patrimonio nacional (CADE, Unión Telefónica, Ferrocarriles) etc.

Para los segundos, el ansia de poder de intereses minoritarios que buscan su propio beneficio imponiendo una ideología espúrea, etc.

Las razones morales se repiten inexorablemente en todos los desgraciados casos de interrupción institucional, desde el '30 hasta el '76.

Pero otro tipo de razones que invocan los más "realistas" son, por cierto, las de orden económico, dando como ejemplos: al Presidente Irigoyen incapa-

(*) Presentado en el Congreso Argentino de Ciencia Política de Mar del Plata.

citado para manejar los efectos nacionales de la crisis de la Bolsa de Nueva York; el Presidente Castillo no es capaz de imaginar el mundo de postguerra, a Perón, que no logra salir de la crisis del '52; o a Frondizi, que sume a la Argentina en una inflación galopante, etc.

Finalmente, están los constitucionalistas que, naturalmente, achacan la quiebra del orden querido al no cumplimiento de la Ley Fundamental.

Por cierto que a estas razones, y otras que sería tedioso enumerar, se les suman las conspirativas, algunas de tipo esotérico tales como la intervención de los masones, los judíos o los jesuitas, y otras más factibles en su comprobación, como la intervención del Pentágono, del Departamento de Estado, de la CIA o la KGB o de la Armada británica. Desde ya estas teorías conspirativas, de muy difícil verificación, serían el marco donde se podrían mover las otras (morales y económicas).

Argentina, en 1983, recibe con alborozo y esperanza, quizá como nunca, el advenimiento de su gobierno democrático, elegido libremente en un acto electoral impecable.

Ante esta situación la primera preocupación de cada argentino es preservar el sistema para que jamás sea vulnerado, buscando afanosa y desesperadamente los mecanismos que eviten el golpe militar para siempre.

Pareciera que hubiera pocas dudas en la comunidad científico-política universal que uno de los más grandes pensadores políticos de este siglo es David Easton.

Quizá la medida de la grandeza de un autor se pueda probar a través de la síntesis analítica que sea capaz de hacer acerca de la evolución de su disciplina.

Easton, en 1987, nos ha regalado el fruto de su reflexión acerca del desarrollo moderno de las Ciencias Políticas.

Ese trabajo, corto, denso, cargado de sugerencias, señala caminos que se deben explorar.

Sin embargo, de ese trabajo, ahora nos interesa retener la referencia al fracaso de la Ciencia Política empírica.

O sea, aquella que pretendía agotar, a la reflexión científico-política, en la labor de análisis de la realidad, pretendiendo obtener de ella leyes de cumplimiento necesario, del tipo de las que rigen las ciencias de la Naturaleza.

Siguiendo fielmente con este criterio, los resultados y la intención serían absolutamente a-valorativas, sin ningún rasgo axiológico, ni ningún compromiso con la comunidad.

Según Easton el falso reduccionismo descripto, subproducto del neopositivismo de la Escuela de Viena, prueba su fracaso epistemológico cuando no tiene nada que decir, en los Estados Unidos, de cara a la guerra de Vietnam, los disturbios estudiantiles del '68, la discriminación, los bolsones de pobreza, etcétera.

Esta actitud, entonces se revisa y la Ciencia Política, en los Estados Unidos, si bien acepta el aporte positivo que para la investigación significó la etapa metodológica, comienza una transición que incorpora valores y pretende servir a la resolución de los problemas comunitarios concretos.

Lo paradójico es que, de últimas, implica volver a Aristóteles, cuando encasillaba a las Ciencias Políticas dentro de la Filosofía práctica, o sea, aquella que se caracteriza porque los conocimientos que se adquieren son para actuarlos, para ponerlos en obra, a diferencia de la Filosofía especulativa donde el conocer se agota en el conocer mismo.

La Asociación Argentina de Ciencia Política da un valiente testimonio, lleno de riesgos, al incorporar el subtema motivo de este trabajo.

Valiente, porque podría haber eludido un tema polémico refugiándose en los puramente lógicos o retóricos, que son los que vuelven a ser tratados luego de siglos de injusta discriminación y riesgoso porque invita a encararse con el principal problema, la realidad argentina con la posibilidad de obtener frutos no esperados y quizá no deseados.

Hace muchos años Carro Martínez escribió acerca del problema del "intrusismo" en Ciencia Política, que pervierte el disquisicionar político, introduciendo conceptos, términos y metodologías de ciencias ajenas que confunden todo.

Nuestro Ernesto Palacio decía algo tan obvio como que un problema político debía ser tratado por especialistas políticos, así como un problema médico, químico o físico, debía ser abordado por alguien formado lógicamente en esas disciplinas.

De todas maneras hay que aceptar el hecho de que cualquiera se siente capacitado para dar opiniones sobre lo que sería el "bonum vivere" comunitario, con lo que se agudiza el problema por aquello dicho por el poeta, "de que la confusión ha sido siempre el mal de las ciudades".

Aunque sea obvio recapacitemos sobre la índole del tema, "condiciones para la persistencia del sistema democrático", que es un *sistema político*, de forma tal que no puede caber ninguna duda que los principales y más aptos, porque han sido preparados para ello, para tratarlo, son los politicólogos y los demás a escuchar, aunque luego tengan todo el derecho a juzgar.

En consecuencia, el tema no es principalmente moral, al menos en la acepción que se da comúnmente a este término, ni mucho menos económico porque poco tiene que ver con la producción, uso, cambio y reparto de la riqueza, aunque debe reconocerse de que la economía es instrumento de la Política.

Tampoco es tema militar, porque ese Arte también está subordinado a la Ciencia Política, en tanto y en cuanto la guerra es la política por otros medios, o sea, es un acto político.

Con estas reivindicaciones previas pasemos a otras consideraciones aclaratorias.

1.2. *Significado de los términos "sistema democrático" o forma de gobierno democrática*

Ya hemos dicho en otros trabajos que la cientificidad de la Política es muchas veces amenazada por la falta de una clara metodología, y acuerdos básicos sobre conceptos y la terminología para expresarlos. Morgenthau y Sampay tocan el tema, y quizá la explicación esté en Mannheim, cuando dice que ello ocurre porque el observador —científico— está incluido, con su subjetividad, a la hora de relatar el hecho.

Lo que ocurre, muchas veces, es que la agonalidad de la Política es total —como la guerra moderna— y entonces nada queda sin ser utilizado para derrotar al "enemigo" y alzarse con el poder.

Es cierto, hay términos que a veces son políticamente positivos para quien los utiliza, y otros, que son cuidadosamente evitados por la connotación negativa que implican.

La prueba de lo dicho radica en el hecho de que nadie deja de proclamarse democrático, no sólo en la Argentina, sino en todo el mundo.

Para ubicarnos en el problema lo más útil sería aclarar qué significan las formas de gobierno y qué es lo que expresan las formas de Estado.

Para ello seguimos a Sampay, que manifiesta que las formas de gobierno son distintas maneras de establecer cómo se han de seleccionar los titulares del poder y cómo se ha de repartir.

Es decir, sería un simple medio técnico de utilización prudencial variable, según los distintos condicionamientos histórico-culturales.

Aceptando esta definición es que la Iglesia no se manifiesta con relación a las formas de gobierno, lo mismo que con relación al sistema económico, siempre y cuando el medio no desvirtúe el fin de la comunidad política, o sea, el bien común.

Y aquí aparece la forma de Estado en una antigua y renovada versión, que hace justamente a la persecución o no, de la causa final estatal. O sea, salimos del campo de lo opinativo, que sería el de las formas de gobierno, para entrar al de los juicios analíticos que no admiten contradicción.

Hay formas de Estado que han sido, son y serán, impuras, porque afectan la dignidad humana, porque infringen derechos esenciales de la persona, persiguiendo el bien de una raza o de una clase, etc.

Por estas razones el tema de las formas de gobierno debe ser estudiado en los planos políticos de la Historia, la Sociología o el Derecho, mientras que el de las formas de Estado es patrimonio exclusivo de la Ontología Política y dentro de ella, de la Política normativa.

La aceptación de esta distinción es útil y operativa y supera problemas en apariencia insalvables.

Quedándonos sólo en las formas de gobierno el triunfo de Hitler en 1933, cumpliendo las previsiones de la Constitución de Weimar, lo hubiera bautizado de democrático.

Forma de Estado es el Liberalismo, que puede no estar de acuerdo con el sistema democrático, tal como lo explicó de Ruggiero. O sea, el primero, según los liberales, está dentro de lo "legítimo" y el segundo dentro de lo "legal", con la lógica preeminencia de lo legítimo sobre lo legal.

Insistamos, el juicio que vale es el de legitimidad. O sea, un régimen es justo si persigue o no el bien común, prescindiendo que haya sido ratificado o no por mayorías.

Esta distinción sirve para los que quieren explicar a los defensores de la Organización Nacional, cuyos protagonistas no fueron precisamente electos por el voto universal, libre y obligatorio, sino a través de fraudes escandalosos.

La Argentina que construyeron, invocando principios filosóficos, que representan una forma de Estado, sería suficiente como para legitimar los viciosos mecanismos escogidos para la elección.

San Martín gobernó al Perú sin necesidad de elecciones y, según Monteagudo, su gestión fue beneficiosa para esa comunidad política. Napoleón fue adorado por los franceses y, salvo los referendum iniciales, jamás se acordó después de convocar electoralmente a su pueblo, lo mismo que su sobrino a partir de 1850.

Pero el problema se complica más cuando, con motivo de la consagración del sistema democrático y de las formas de gobierno como el único criterio de legitimidad, cualquier forma de Estado pretende ser la depositaria auténtica de la verdadera democracia.

Lo que ocurre es que se transfiere la Democracia, de forma de gobierno a forma de Estado.

La Democracia ya no es más una simple forma de elegir y distribuir el poder, sino de algo más profundo, que tiene que ver con la felicidad de las mayorías.

En rigor, sin decirlo, esta transferencia se había realizado con la alianza implícita entre Democracia y Liberalismo, estableciendo que la única Democracia posible, la única reconocida, sería la Democracia Liberal.

Cuando el marxismo triunfante en Rusia se propone la conquista del mundo, esta forma de Estado, por razones tácticas, abandona la crítica a la Democracia a secas, para distinguir entre Democracia Liberal-burguesa y Democracia popular, siendo los marxistas los verdaderos democráticos. Además de los esfuerzos marxistas, nuevas y distintas formas de Estado proponían una mayor participación popular con una intervención decisiva del gobierno, reclamando para sí el calificativo de demócratas. Para estas nuevas formas de Estado, la Democracia Liberal sólo beneficia a una clase social, la burguesa, la libertad es puramente formal (para que las grandes mayorías se mueran de hambre) la igualdad está falseada por las diferencias económicas y la fraternidad es un mito, que encubre la explotación surgida de un mercado falsamente libre.

En este momento se impone una doble reflexión: por un lado, la Democracia o sistema democrático no se agota en una forma de gobierno, por el otro, implica una filosofía política, que supone la elección de una determinada forma de Estado.

En conclusión, pareciera que los argentinos lo primero que debieran hacer es ponerse de acuerdo acerca de los valores políticos que hay que defender para saber qué sistema democrático hay que tratar que persista.

2. Condiciones para la persistencia de cualquier forma de gobierno

Si bien al comienzo se señaló la observación de Easton acerca de la crisis de la etapa positivista de las Ciencias Políticas, hay que tener cuidado en establecer que el error fue universalizar una única y válida versión de esta Ciencia, a través de un falso reduccionismo, despreciando otras también valederas.

Con ello se rescata su valor y su aporte, siempre y cuando se recuerde que el protagonista del hecho político es el hombre, ser dotado de libertad, cuyo comportamiento puede dar lugar a cuasi-leyes de comportamiento colectivo y nunca a regularidades propias de las Ciencias de la Naturaleza.

Esta nueva versión de la "ciencia regia", debida al genio de Maquiavelo, llamado desde este punto de vista "fundador de la Ciencia Política", implica una revolución copernicana a la concepción vigente, que se quedaba en la esencia del Estado, prescindiendo de lo singular, contingente e histórico.

Sin embargo, el propio Santo Tomás en la Q. 96 de su Summa, cuando trata la virtud de prudencia política arquitectónica, propia de quienes dirigen a la comunidad y describe sus partes, identifica una, la "inteligencia", como aquella actividad que tiene por objeto la intelección racional del acontecer del "aquí y ahora".

Es más, la prudencia política para el Aquinatense no es más que el trabajo de poner en relación, al mundo de lo general, abstracto, universal y necesario, con el devenir concreto, de manera de operar un esfuerzo de historificación imprescindible para el buen gobernar.

En definitiva, se trata de observar atentamente la realidad circundante a los efectos de sacar de ella trazos de acontecer que, por repetidos, marcan tendencias a tener en cuenta, sean éstas del presente, que se integra con el pasado inmediato que lo causa, o del mismo pretérito.

No obstante, las Ciencias Políticas, aun después del aporte maquiavélico, se dan el lujo de ignorar el estudio sistemático de la realidad, hasta fines del siglo pasado y comienzos del presente.

Este renovado punto de partida se inaugura con la aparición de Gaetano Mosca, Wilfredo Pareto, Robert Michels y sus precursores, Saint Simon, León Daudet, etcétera.

En Estados Unidos, el mismo Easton señala la perspicacia de Wilson y de Bagehot, cuando descubren que todo el acontecer político no puede ser apresado en la norma constitucional o en el ordenamiento jurídico, sino que lo principal se cuela a través de otros mecanismos no legislados que, sugestivamente, hacen jugar como un "paralelógramo de fuerzas".

Digo, sugestivamente, porque a esa conclusión habían llegado antes los neomaquiavélicos.

La Ciencia Política norteamericana, tímidamente, comienza entonces a desarrollar metodologías para el análisis de la realidad, pero jamás se atreverá a tocar los temas de poder de fondo, con la excepción de Wright-Mills.

Los neomaquiavélicos, en cambio, y para su desgracia, desde el comienzo, no vacilan en ir al fondo de la realidad que los comprehende, la democracia liberal-burguesa de sus días, demitificándola.

Esta tarea coincide con la política fáctica desarrollada en Italia por el Fascismo, que recibe, gratuitamente, un apoyo crítico doctrinario de objetividad científica. Por cierto que el cientista de esos días no hace más que descubrir la realidad, y de ninguna manera aportar juicios de valor y soluciones concretas. Pese a ello los neomaquiavélicos no se salvan de los ataques de los oponentes al fascismo que producen una identificación falsa, entre ambos, que sólo se rectifica luego de terminada la lucha.

Renato Treves, que estuvo exiliado en la Argentina, escapado de la Italia mussoliniana, es de los primeros que comienzan a trabajar sobre minorías dirigentes, continuando el trabajo de los discriminados. La propia Ciencia Política norteamericana encara entonces temas "prohibidos", aunque no con la profundidad debida, razón por cual pierde credibilidad y entra en crisis, tal como se afirmó al principio.

La referencia especial a los neomaquiavélicos se justifica en este trabajo, porque es a partir de los descubrimientos y aportes de esta línea de pensamiento que haremos nuestra identificación de los datos que coadyuvaran a la estabilidad del sistema, en este caso democrático.

Decimos en este caso democrático, porque en verdad servirán para la consolidación y perdurabilidad de cualquier sistema, como veremos más adelante. Esto quiere decir que no haremos juicios de valor, sino de eficiencia, aunque no puede establecerse con rotundidad una separación entre estabilidad, valores y buen gobierno.

Al escoger la metodología de análisis de la realidad como fuente imprescindible a tener en cuenta para el logro de una estabilidad política desechamos aquel nominalismo juridicista que pretende radicarla en la norma positiva.

El hecho de pensar que porque se escribe algo, ese algo tiene vigencia, es una muestra de magicismo primitivo.

La ley tendrá valor en la medida que reconozca, que refleje realidades y, consecuentemente, perderá vigencia cuando no sea representativa de lo real, no obstante no hubiera sido derogada.

El problema principal radica en la fluidez del poder, de esa "libre energía", según Hauriou, que varía a veces con una velocidad incontrolable radicándose ora en un grupo, ora en otro.

Más aún, al no ser susceptible de ser apresado, su identificación se hace dificultosa porque puede radicarse tanto en los titulares formales, o como sucede en la mayoría de las veces, en estructuras informales extralegales.

Es por eso que las grandes Constituciones fracasaron en adjudicar sedes de poder permanentes. La francesa de 1958 fue hecha a medida del Gral. de Gaulle que se transformó –ya lo era– en el "Sire" del siglo XX, pero el mismo instrumento legal recorta el poder de Miterrand al tener que "cohabitar" con Chirac, no obstante el vuelco posterior.

La Constitución material francesa de Luis XIV le da un enorme poder al "Rey Sol", pero no le sirve para nada a Luis XVI; la americana de 1776 lo frustra a Wilson y la misma constitución lo trasmuta a Roosevelt en un "dictador democrático" que manda mucho más tiempo que Hitler.

La Constitución francesa de la IV República determina gobiernos débiles y de poca duración y, sin embargo, dentro de su ámbito, la Asamblea le da todo el poder al Mariscal Petain en el momento de la derrota.

De forma tal que el pensar que la estabilidad de un régimen es producto de la mejor ley es una pura utopía.

Pero la realidad política puede reservarnos revelaciones sorprendentes. Es un hecho que los hombres, durante siglos hemos luchado por formas de gobierno buscando la felicidad de nuestras comunidades.

Muchas veces esta lucha sido cruel y sangrienta. Cada uno ha pensado a veces, que el gobierno de uno brinda seguridad, eficacia y gloria; otras, que no hay buena vida comunitaria sin la virtud y la libertad, razón por la cual deben mandar pocos, varones de inteligencia profunda, dotados de valores éticos acrisolados y, finalmente, que la garantía de la igualdad y la fraternidad reside en que las grandes mayorías ejerzan su voluntad.

Pareciera como si el criterio de cantidad fuera el dispositivo mágico que provocara, mecánicamente, la aparición de valores positivos.

Sin embargo, el examen histórico nos hace ver con claridad que el supuesto gobierno de uno a veces produce un Augusto y otras un Calígula; que el de varios puede dar lugar a la República romana y otras a las oligarquías más despreciables.

Lo mismo ocurre con la Democracia que puede ser casi perfecta en Atenas y tan horrorosa como el terror en la Revolución Francesa.

Pero estos juicios de valor, que recordamos tangencialmente, se deben a la confusión que durante mucho tiempo se ha hecho entre formas de gobierno y formas de Estado, como ya se explicó.

Además, pareciera como que la bondad o maldad de una forma de gobierno dependiera más que del número (¡el magicismo de la cantidad!) de los titulares del poder, en lo que se refiere a inteligencia y moral políticas.

Si el uno, o los varios, o todos, son buenos y saben ver con claridad donde está el bien de la comunidad habrá un "bonum vivere", de lo contrario un infierno.

Pero para los neomaquiavélicos esta discusión es falsa, simplemente porque jamás hubo, hay, ni habrá, gobiernos de uno, varios y todos.

Nuestro Ernesto Palacio, fino y profundo traductor de la línea de pensamiento citada, en una pequeña joya literaria, su Teoría del Estado, cita nada menos que a Proudhom en una página sorprendente donde prueba que jamás se han dado democracias, aristocracias y monarquías puras. Es que la mejor forma de gobierno de Polibio, una combinación de las tres, no es la mejor, sino la única.

Lo que se descubre es que hay una estructura esencial de la realidad del poder que se repite constantemente a través de la Historia, probada a través de la filología comparada, que se agota en la interrelación de tres elementos, el poder personal, la clase dirigente y el pueblo, cada uno de ellos jugando dialécticamente, que en la medida que establece una correcta relación de fuerzas asegura la estabilidad del sistema (¿el paralelógramo de Wilson y Bagehot?).

El poder personal es jefe de la clase dirigente y comparte con ella el poder, que por otra parte es siempre compartido, en mayor o menor medida, según las calidades personales de sus integrantes.

De todas maneras la característica esencial de estos dos elementos es su renovación (la ley de circulación de las elites) según los cambios que ocurran en los principios y aspiraciones concretas de la mente colectiva, y de los valores que aparezcan con representatividad que, por esa razón, deben ser incorporados a la fórmula de poder (Mosca).

Esta renovación no debe entenderse como la que se pauta legalmente convocando a elecciones en tiempos preestablecidos, sino a exigencias fácticas derivadas de una cambiante situación real.

El Pueblo, a su vez, juega un papel decisivo dentro de esta teoría, que falsamente se calificó de antidemocrática, porque no sólo tiene la misión de proveer de su seno a los titulares de poder real, sino la de otorgar representatividad a la fórmula dirigente asegurando la estabilidad.

Es decir, el pueblo obedece (siempre quiere ser mandado por los mejores por un simple instinto de conservación) en tanto y en cuanto los que mandan hayan sido capaces de desentrañar las apetencias profundas valorativas y fácticas vigentes en su seno que sirvan para contestar los desafíos históricos en un momento determinado. O sea, que se es realmente representativo, se manda, siempre y cuando se sea capaz de traducir en fórmulas asequibles las esperanzas e ilusiones de una comunidad.

En 1973 se vota a Cámpora y éste no representa a nadie ni manda a nadie; posteriormente el mismo año es elegido el Gral. Perón en un acto electoral que sólo es el reconocimiento de un mando y una representatividad preexistente, que no había sido votada y que existía "de facto" desde hacía años.

La falta de confiabilidad popular y de credibilidad, disminuye poder, no obstante lo que digan las leyes; las opciones que no acierten en la oferta histórica, obligaran a decidir por cualquiera, pero ese cualquiera llegará con un poder disminuido o sin ningún poder.

Finalmente una vez más la advertencia imprescindible: no se debe identificar los que mandan, poder personal y clase dirigente, necesariamente, con los

titulares formales del poder, si bien es cierto que una ley histórica señala que a la larga los titulares reales quieren también el título (Palacio ejemplifica con los mayordomos de palacio que terminan en dinastía carolingia).

O sea, que a veces el poder personal y la clase dirigente pueden encontrarse en escalones inferiores de la estructura administrativo-política, y otras, fuera de ella (caso de Eva Perón).

Lo que hay que tener como científico-políticos es la humildad de reconocer que el poder reside donde están las voluntades más fuertes (amantes, círculos financieros, sindicatos, etc.).

De lo escrito se desprende que el punto neurálgico a tener en cuenta para la consideración de la estabilidad de un régimen es el tema de la clase dirigente.

Conviene, entonces, precisar alguna de sus características. Es una minoría que manda, debe ser representativa como condición para obtener obediencia sin la cual tarde o temprano perderá el poder. *Esta representatividad deviene cuando invoca los principios vigentes en la mente colectiva,* y debe concentrar en su seno valores personales adecuados al logro de los principios adoptados. Debe ser coherente, lo que implica acuerdos básicos indiscutidos sobre la oferta que provoca el acatamiento, aunque pueda haber discrepancias metodológicas que hacen a la forma de lograrlos, discrepancias que se cancelan por la decisión final del jefe de la minoría. Debe tener la suficiente plasticidad como para variar los objetivos al compás de las exigencias de los tiempos históricos y, sobre todo, debe tener capacidad de circulación o renovación, incorporando todos aquellos elementos que aparezcan en el seno del pueblo con representatividad.

El tema de la clase dirigente nos conduce naturalmente a la dilucidación del problema de si existe una vocación política, así como existe una específica para el cultivo de las artes, en todas sus expresiones, y para las ciencias naturales en todos sus campos.

Uno de los mitos de la democracia, plasmado en las Constituciones, era la de negar este tipo de vocación, ya que cualquiera, con el cumplimiento de requisitos mínimos (edad, religión, etc.) estaba capacitado para acceder a los puestos de conducción.

Era lógico que así fuera, porque si se aceptaba que el poder residía en las mayorías, éstas no podían delegarlo, sino a título de mandato cuasi imperativo.

En rigor esta posición doctrinaria que desconocía la vocación de regir, con el consiguiente desprecio y desconfianza por los "supuestos" capacitados para hacerlo, que llegaba hasta considerar la actividad política como atentatoria a normas éticas, y quizá lindando con el delito, era el mecanismo encontrado por la burguesía triunfante para seguir dirigiendo desde el campo de lo económico.

Esta actitud contrastaba con el concepto que antes de la Revolución Francesa se tenía de la vocación de regir, colocándosela a la cabeza del resto de las aptitudes profesionales.

Objetivamente no hay vocación más excelsa que la de los que aspiran a dirigir la comunidad.

Ortega dice que la parte sustantiva de la dominación no descansa en la fuerza, que es adjetiva, sino en la persuasión, o sea, en la capacidad de mostrar objetivos entusiasmantes por las cuales valga la pena hacer cualquier sacrificio.

Es que el mando político requiere sensibilidad, inteligencia, finura, justamente para conseguir una obediencia racional, tan diferente del mando militar, que se basa en el miedo a la sanción y en la creación del hábito irracional ante la voz de orden.

Esto nos fuerza a volver a Ortega para escudriñar, aunque más no sea ligeramente, el contenido de la oferta entusiastamente, que logra la mejor obediencia, aquella con la cual se pueden afrontar los mejores proyectos. Desde ya que supone una oferta de valores a la medida de las exigencias del hombre integral, luego una historificación de esos principios a la realidad circundante y, finalmente, la explicación de una metodología general apta para llevarlos a cabo. Esto no es ni más ni menos que el "Proyecto sugestivo de vida en común" orteguiano.

Finalmente dejemos constancia que el problema de la persistencia de un régimen dependerá de la existencia de vocaciones liderales y, por supuesto, de su adiestramiento y formación. Si no hay lucidez en la cabeza, no se crea un marco apto para el desarrollo global de las actividades comunitarias (económicas, sociales, artísticas, científicas, etc.) debiendo preverse un futuro incierto y preocupante.

Pareciera que el título general de "Condiciones para la persistencia del sistema democrático" pudiera haber sido reemplazado por el más sencillo de "Condiciones para evitar la Revolución", porque en el sistema democrático estamos.

Aclaremos que, a nuestro parecer la única Revolución real que hubo en la Argentina, entendiendo por Revolución el hecho que implica un sesgo total en el sistema de valores, en el modelo de desarrollo material, y en la elección de una metodología coherente para su logro, se produjo con la generación del '80.

Esta clase dirigente intenta llevar a cabo el proyecto alberdiano, sepultando valores, sistemas culturales, formas de producción y contenidos educativos que consideraron caducos.

Los otros cambios, quizá con la excepción de la incorporación de la clase media y el proletariado como protagonistas históricos, resultaron simples remiendos al proyecto del '80, que en sustancia sigue vigente hasta nuestros días, no obstante su probada caducidad.

Lo que ha ocurrido en general en nuestro país ha sido una sucesión de golpes de Estado.

Pero tanto para evitar la Revolución como los "coup d'etat", la doctrina empírica tiene sus recetas, muchas de las cuales las hemos expresado a lo largo de este trabajo.

No obstante, hagamos una rápida recordación.

El problema central reside en la concreción de una auténtica y valiosa clase dirigente componiendo una fórmula representativa.

Dijimos que la representatividad, condición para la permanencia y superación de las rupturas viene dada por la elaboración del proyecto adecuado a los tiempos históricos.

Pero este proyecto es también el resultado de apetencias sectoriales, siempre y cuando coincidan con el objetivo final, de manera tal que los portavoces de esos intereses lógicamente deben ser llamados a integrar la fórmula.

Con eso damos valor realista a los grupos de presión, de interés y a los factores de poder que, aunque no legislados, siempre, han tenido mayor o menor influencia en las decisiones últimas.

Por cierto que en la selección de los integrantes de la fórmula hay que cumplir con la ley schmittiana de amigo-enemigo, que significa que los primeros deben ser más representativos que los segundos, o sea, estableciendo una relación de fuerzas favorable.

La ruptura, o la finalización del sistema, deviene, justamente cuando la convocatoria es equivocada. La ley que entonces se cumple es que los elementos excluidos cancelan tácticamente sus diferencias, aun ideológicas, se alían y derrocan a la fórmula en el poder.

En 1945, el Gral. Perón construye la fórmula de la victoria con una combinación que comprende a los trabajadores, las Fuerzas Armadas, la Iglesia, sectores industriales y elites nacionalistas.

En 1955 pierde el poder porque agrede a la Iglesia, trata de dividir a las Fuerzas Armadas, enemistándose con la Marina y la Aviación, no puede satisfacer la modernización y el aumento del mercado para los industriales y cae. Para derrocarlo cancelan tácticamente sus diferencias ideológicas y confesionales, los católicos, sectores de Fuerzas Armadas, comunistas, liberales, centristas, las derechas, etc.

El objetivo era derrocar a Perón, dejando para después las terribles disputas entre ellos (13 de noviembre de 1955 - 9 de junio de 1956, purgas militares, etcétera).

De todas maneras lo más difícil para la persistencia del régimen es estar atento a las mutaciones que se dan en la realidad política, que a veces cambia con velocidad, variando las sedes de poder y la intensidad del mismo. Es evidente que las Fuerzas Armadas y los sindicatos no tienen hoy el poder que detentaban en el '45, aunque estos últimos no han perdido tanto terreno. La Iglesia misma no ha avanzado, pero tampoco ha perdido cierta influencia, etc.

Esta constante verificación de la realidad sirve para, o bien cambiar o reforzar el proyecto dando más intensidad a ciertas ofertas, o bien incorporar representantes de sectores en ascenso.

En 1982, el solo recitado del Preámbulo sirvió para llegar al poder, hoy carecería de sentido; el éxito católico en el Congreso Pedagógico obliga a replantear la política con la Iglesia, y la actitud con las Fuerzas Armadas no se ha definido con suficiente claridad; asimismo, la continuación de la crisis económica desespera a los sectores financieros y productivos, etc.

3. Conclusión final: condiciones para la persistencia del sistema democrático argentino

Desde ya que el remedio jurídico-positivo articulado, carece de entidad suficiente para impedir la ruptura del régimen democrático.

Nadie va a dejar de hacer una revolución o golpe de Estado por temor a la sanción legal que configura al hecho como delito.

Es decir, todo dependerá del éxito o no del conato. Si tiene éxito es absurdo pensar que los jueces van a procesar y detener a los titulares del poder, si fracasa entonces sí, la prisión y la sentencia penal podrán ejecutarse.

Puede pensarse otra hipótesis que es la de suponer que al cabo de un tiempo la revolución haya agotado sus objetivos y que la situación institucional se normalice.

También en este caso hay que distinguir. Si la transición se hace a partir de un gobierno "de facto" con cierto grado de fuerza no habrá pedido de cuentas, porque ésa será la condición de la entrega.

Si el abandono del poder es precipitado y forzado, las condiciones de negociación serán duras y la aplicación de la norma punitiva puede efectivizarse.

Los ejemplos son recientes: en 1982 las Fuerzas Armadas argentinas han agotado toda su capacidad gubernativa, carecen de liderazgos políticos lúcidos y, sobre todo, son las derrotadas de la Guerra de las Malvinas. Quedan, entonces, a merced de los que las suceden.

En las antípodas, las Fuerzas Armadas de Brasil designan sus propios reemplazantes civiles, con lo cual se aseguran tranquilidad y seguir manteniendo una cierta y efectiva preeminencia.

En el Uruguay, término medio entre los extremos, si bien las Fuerzas Armadas no designan al sucesor, a través de las negociaciones del Club Naval, donde interviene el Partido Blanco y el Frente Amplio (!), consiguen una relativa seguridad y, finalmente, el actual Ministro de Defensa es el anterior Comandante en Jefe del Ejército.

Si el remedio no es jurídico-positivo en la praxis, todavía queda por ver que efectos tiene una declaración normativa frente al derecho de resistencia a la opresión reconocido en determinadas y precisas circunstancias hace más de siete siglos.

Habría que hacer una encuesta en ciertos sectores de la opinión pública argentina, incluso en los estratos académicos más estimados, acerca de cuál fue su actitud frente al acontecimiento revolucionario del 16 de setiembre de 1955, que desplaza a un gobierno elegido por una mayoría abrumadora en 1952; o cuál fue su comportamiento y deseos en 1976, cuando se voltea al gobierno constitucional de Isabel Perón.

Seguramente la gran mayoría habría manifestado que en *esos casos* estaba legitimada la revolución, invocando transgresiones a derechos esenciales y a la necesidad de sacar al país del caos.

¿Pero en la Argentina de hoy qué posibilidades existen de evitar la ruptura del orden constitucional?

Aplicando todo el aparato doctrinario y metodológico expuesto intentemos hacer una apreciación.

Primero: ¿Los argentinos hemos acordado la tabla de valores que regirá nuestra convivencia política?

¿Optamos por el capitalismo liberal o por el colectivismo marxista? ¿o intentamos una nueva versión filosófico-política que dé respuesta a los requerimientos materiales y espirituales del hombre?

Segundo: ¿Hemos elegido el mecanismo productivo que alcance el modelo de país que hemos acordado?

¿Es este modelo ratificación de país productor de materias primas, o de agro-industria, o de industria liviana o pesada, o nos decidimos por los sectores dinámicos de la postindustria, cibernética, electrónica, bio-ingeniería, etc.?

Tercero: ¿Una vez adoptado el modelo a lograr ("las naciones se constituyen para *hacer* algo juntos, no para vivir juntos") hemos sido capaces de diseñar la metodología general para lograrlo? ¿Con nuestro actual territorio en el espacio subcontinental?

Cuarto: ¿Ha hecho su aparición en el escenario político argentino una clase dirigente lúcida, imaginativa, llena de fantasía e inteligente, capaz de develar valores, modelo y metodología, de cara al tercer milenio?

Quinto: ¿Hemos elaborado los mecanismos de entrenamiento y formación de esas nuevas generaciones dando prioridad a estos estudios políticos, con la excelencia de medios para adiestrar líderes de alta calidad que se adelanten a la Historia en vez de correr cada vez más detrás de ella?

Si estuviéramos en camino de lograr estas definiciones que nos darían la identidad necesaria para ordenar nuestras conductas, las posibles interrupciones no tendrían la más lejana posibilidad de concretarse.

Si así no fuera, la interrupción podría superar en desastre a la de las Fuerzas Armadas, que intervienen cuando hay vacío de poder sin saber que hacer con él por una incapacidad innata y vocacional, concretándose en un caos creciente que puede llevar a la disolución nacional.

Buenos Aires, mayo de 1988.

FRANCISCO ARIAS PELERANO
Director de la Escuela de Ciencias Políticas de la UCA

REFLEXIONES SOBRE GEOPOLITICA Y SOBERANIA TERRITORIAL

1. El término Geopolítica

En algunos ambientes el término Geopolítica es aún resistido, en particular en los ámbitos económicos y diplomáticos. Ello se debe al empleo inicial por los alemanes (Ratzel, Kjellen, Haushofer) para justificar la política expansionista del Tercer Reich en la Segunda Guerra Mundial y a los evidentes puntos de contacto que la Geopolítica tiene con las Relaciones Internacionales políticas y económicas y con la Estrategia.

Sin embargo, el término Geopolítica se va abriendo camino, teniendo ya aceptación mundial y popular. Todos los días podemos leer opiniones sobre la situación geopolítica en alguna región del mundo y no es de extrañar que grandes estadistas como Kissinger, Gorbachov, Nixon, Chirac, y hasta Su Santidad Juan Pablo II la utilicen en discursos o artículos, para referirse a las políticas aplicables a espacios geográficos, no solamente terrestres sino también marítimos, aéreos y aun ultraterrestres.

La actual acepción de geopolítica tiene mucho parecido con la Inteligencia Estratégica de Nivel Nacional, pero la diferencia sigue estando en que una sirve a la Política y otra a la Estrategia. La Geopolítica abarca en general la política territorial con todos sus ingredientes físicos, históricos, poblacionales, económicos, sociales, culturales, científicos y tecnológicos y hoy en día sirve más a la paz que a la guerra. Así podemos hablar de concepciones geopolíticas absolutamente pacíficas, tales como los proyectos del '80, referido a la Pampa Húmeda, del Río Bermejo, del traslado de la Capital, de intercomunicación del continente con la Isla Grande de la Tierra del Fuego, del Puerto de Aguas Profundas, etc.

También la Geopolítica detecta conflictos, los estudia, los describe y esboza lineamientos generales para enfrentarlos, pero es a la Estrategia a quien corresponde su resolución. Aquí aparecen zonas grises, que no tienen porqué provocar choques, pues se trata de diferentes choques.

En tal sentido, la Geopolítica sirve a la Estrategia como una forma de Inteligencia, mediante el aporte de valiosa información obtenida y analizada con mentalidad política y geográfica.

Si bien es cierto que no hay organismos oficiales dedicados a la recolección de información y desarrollo específico de estudios geopolíticos, no existiendo una Central Nacional de Geopolítica, como tampoco la hay de Estrategia, la información que obtiene y procesa la SIDE es fundamentalmente política, así

como la recogida por el Servicio Exterior de la Nación y parcialmente por los Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas. Toda ella es perfectamente apta para los análisis geopolíticos.

En el alto nivel, poco estructurado, de la Política y la Estrategia Nacionales no resulta conducente discutir la aplicabilidad de la Geopolítica, que algunos pretenden cuestionar, ya que ella, como método de análisis político-geográfico de los espacios, su desarrollo y sus conflictos, es plenamente aceptada en el mundo, luego del rechazo inicial al que nos hemos referido.

2. Soberanía y libertad de acción

Otra tendencia actual es la confundir términos tradicionales y firmemente aceptados hasta el presente, tal como el caso de pretender igualar los significados de Soberanía (en particular de tipo territorial) con libertad de acción, tema que merece algunas consideraciones.

Los vocablos Soberanía y Libertad de Acción conservan inconmovibles sus definiciones y pueden tener mayor o menor relación entre sí, pero no se anulan, ni se sustituyen.

En efecto, Soberanía implica el ejercicio de la autoridad suprema e independiente de un Estado (Estado-Nación) sobre el territorio que jurídicamente le corresponde y/o sobre aquellos territorios o espacios que pretende. La Soberanía incluye no sólo os aspectos territoriales geográficos o físicos, sino los de tipo político, ideológico, económico, racial, religioso, cultural, etc., sobre los que el soberano (gobierno) impone o pretende imponer conductas. También el Estado ejerce soberanía frente a otros Estados o cualquier otra entidad que pretenda intervenir en su jurisdicción. Es decir que la Soberanía está profundamente ligada al territorio, esencia de los Estados-Nación, con todos sus ingredientes.

Si bien el mundo es cada vez más interdependiente, el concepto de Soberanía no ha variado en su esencia, habiéndose, eso sí, autolimitado para tener en cuenta en el orden interno derechos o intereses de los ciudadanos, o en el orden externo para mejor convivencia e interdependencia, aceptando, aunque no en todos los casos, decisiones o resoluciones de Organismos internacionales o regionales. El caso más notable es el de la Comunidad Europea donde los Estados han aceptado limitaciones al ejercicio de su soberanía, en particular en el campo económico, pero sin abandonar ni menoscabarla en otros campos en los que mantiene plena vigencia.

La libertad de acción, en cambio, no precisa definición y es aplicable a una enorme variedad de circunstancias y situaciones. Pero no significa Soberanía. Es cierto que se podrá ejercer mejor la Soberanía cuanto mayor libertad de acción tenga el Estado o el gobierno en todas las áreas de su jurisdicción; o si se quiere la inversa: el ejercicio pleno de la soberanía provee una mayor libertad de acción al Estado. Pero son términos distintos que ningún autor importante en el orden internacional deja de diferenciar.

Podríamos, por ejemplo, reemplazar también en la pretendida similitud, libertad de acción por Poder, tal vez con mejores resultados, pero por más interrelación que haya entre los vocablos, la Soberanía, la libertad de acción y el Poder, no son lo mismo, conservando cada uno plenamente su acepción, se los posea, se los obtenga, se los ejerza o no.

Precisamente las Empresas Transnacionales son un ejemplo de formas de vulnerar Soberanías, obtener mayor libertad de acción y lograr Poder económico. Pero aun considerándolas actores internacionales, sus intereses y objetivos no son los mismos que los de los Estados, sino que se dirigen casi con exclusividad a obtener beneficios económicos expandiendo sus mercados.

3. Soberanía territorial

Otra tendencia detectada es la de minimizar el valor del territorio y, por ende, la concepción de Soberanía Territorial. Esto parece ligado a una línea de pensamiento que privilegia exageradamente lo económico y que puede llegar a confundir la interdependencia con subordinación o que cree que el mundo marcha aceleradamente hacia la polarización en la que los Estados perderán importancia y los territorios también.

Tampoco concuerdo plenamente con esta teoría pues creo que la evolución del mundo no marcha hacia una polarización, sino hacia una concepción multipolar en la que aparecen como actores de primer orden en el siglo venidero, según las visiones de expertos internacionalistas: los Estados Unidos, la Unión Soviética, la China y el Japón, todos Estados Naciones con enormes territorios (salvo el Japón) y densas poblaciones. El quinto actor podría ser la CEE, pero ello dependerá, según los analistas, de su evolución o no hacia una mayor unidad político-económica en la que no todos creen.

Otros actores que se prevé alcanzarán mayor gravitación son Canadá (ya incluido entre los siete grandes), la India y el Brasil (condicionado por sus actuales dificultades), también Naciones con inmensos territorios y elevadas poblaciones. También una presunta reunificación de Alemania proveería otro importantísimo actor internacional, pero disminuiría la gravitación de la CEE. En este panorama, el territorio no debe ser considerado sólo como una porción de tierra para asiento de los hombres, sino que incluye inevitablemente los recursos y la población con su ideología, sus valores, sus características raciales, su cultura, etc., apareciendo el Japón como el más vulnerable de los actores principales, pese a su éxito actual, debido precisamente a la carencia de recursos naturales en su territorio, que debe importar a través de una mayor dependencia de territorios ajenos.

Todos estos países, seguramente establecerán relaciones de interdependencia, aceptarán limitaciones a su Soberanía, principalmente en el campo económico; tal vez también con menor énfasis en el campo político, pero no se vislumbra ninguna renuncia a la Soberanía Territorial. Por el contrario, está lleno el mundo de hoy de ejemplos de intransigencia con respecto a concesiones territoriales. Veamos:

Continuando la lucha por la posesión de recursos que son finitos, el mundo avanza hacia la ampliación de las soberanías territoriales hacia el mar y los fondos de los Océanos. La recientemente sancionada Convención sobre los Derechos del Mar, al asignar Mares Territoriales, Zonas Económicas Exclusivas y Plataformas Continentales, muestra que estamos en la era de la extensión de las jurisdicciones estatales hacia el mar. Y para evitar que las grandes potencias se apropien de los recursos de las grandes profundidades, es que los países en desarrollo claman por establecer como Patrimonio de la Humanidad a dichos fondos, la Antártida y el Espacio Ultraterrestre.

En este último ámbito, y más en el campo de la Estrategia que en el de la Política, la carrera satelitaria y espacial así como el proyecto de "guerra de las galaxias", configuran expresiones de Poder que no apunta hacia el infinito exterior, sino hacia el propio planeta en que vivimos.

Hay hoy en el mundo más de 40 conflictos, muchos de ellos de carácter territorial con connotaciones políticas, económicas, ideológicas, raciales o religiosas, comprendidos dentro de la acepción de Geopolítica. Agregó una relación de estos conflictos con sus actores y su caracterización.

Algunos de estos conflictos son muy actuales y complicados: Palestina, Afganistán, Armenia, Líbano, Nueva Caledonia, Irlanda del Norte, Nicaragua, Panamá y otros son de antigua data: salida al mar de Bolivia, islas Kuriles, Namibia, Malvinas, Sahara Español, reclamaciones antárticas, y permanecen irresueltos. Todo esto demuestra y valoriza el significado del territorio. El hombre sigue viviendo sobre la tierra, no puede hacerlo aun bajo el mar o en el espacio aéreo y aun en varias partes del planeta la vida humana no prospera sin un total apoyo logístico desde las partes habitables (desiertos, cimas, Antártida). Y allí donde viven los Estados, en su territorio, se desarrollan sus culturas, sus poderes, sus ideologías, sus intereses. Por ello es que estas características de los Estados y los hombres que lo componen, si no están asentadas en territorios pierden efectividad, con la casi única excepción de la cultura y religión judías durante su diáspora.

¿Qué hubiera sido del comunismo de Marx y Engels si no hubiera logrado asentarse en uno de los más importantes territorios y Estados del mundo?

¿Qué importancia tendrían para los Estados Unidos las diatribas de Fidel Castro, Ortega o Noriega, si éstos no estuvieran al frente de sendos territorios ubicados en su bajo vientre?

¿Qué fue lo que impulsó a Yasser Arafat a afiancarse primero en Jordania, luego en Siria y finalmente en el Magreb?

¿Por qué la Sra. Tatcher se apresuró a declarar a las Malvinas como "territorio británico" y darles ciudadanía británica a los kelpers?

4. El Poder de los Estados

Veamos cuales consideran como principales ingredientes del *Poder de los Estados* según algunos de los principales autores contemporáneos:

1. Para Hans Morgenthau: situación geográfica, recursos naturales, capacidad industrial, población, grado de eficiencia nacional, características nacionales, aptitud de la diplomacia y calidad de gobierno.

2. Para Carlos Meira Mattos: dimensión y posición geográfica, población, recursos naturales, capacidad industrial, tecnológica y científica, capacidad militar y conexión interna.

3. Para el Estado Mayor Conjunto argentino: Población, Moral, Inteligencia, Bienes, Recursos, Producción, Capacidad Industrial, Ciencia, tecnología.

4. Para Ray Cline, en su fórmula de Poder Percibido: Masa crítica (Población. Territorio), Capacidad económica, Poder Militar, Objetivos Estratégicos y Voluntad Nacional Estratégica.

Como puede apreciarse, el territorio y la población siguen constituyendo primordiales elementos del Poder Nacional. Por ello es que creo apresuradas las tendencias a disminuir la importancia del territorio y a considerar la Soberanía territorial como aspiración del pasado. Podremos tal vez considerar mayores flexibilizaciones o limitaciones en el ejercicio actual de la Soberanía en los foros y en los mercados internacionales, pero difícilmente en los espacios.

No parece que ninguna de las superpotencias o potencias de primer orden tengan la menor intención de permitir que se cercene su ejercicio de la Soberanía en sus propios territorios, pero intervienen en las de los demás cuando conviene a sus intereses (Afganistán, Grenada).

Es también cierto que las partes habitables del mundo fueron totalmente ocupadas y, por ende, los conflictos existentes no se refieren a grandes extensiones no conquistadas, las que marchan hacia formas de internacionalización (Antártida, Fondos Marinos, Espacio Ultraterrestre), pero también lo es que la ciencia y la tecnología revalorizan los espacios, pudiendo convertir desiertos en áreas con cierto grado de fertilidad o permiten la extracción de recursos (Alaska, Ogaden, Tibesti). Aun pequeños islotes pueden hoy adquirir inusitada importancia en cualquier momento, por hallarse en ellos recursos escasos que la tecnología no permitía antes detectar o extraer, generar importantes espacios marítimos (Malvinas) o de importancia científica (isla de Pascua) o estratégica (Diego García).

En *el caso de la Argentina*, país que precisa aun poner en actividad vastas porciones de su territorio, es entonces peligroso relativizar la importancia de su territorio y la soberanía territorial, máxime cuando es notorio que en algunos casos otros Estados mantienen aspiraciones sobre algunas porciones del mismo y otras están sometidas a presiones demográficas y culturales.

Así fue como el "proyecto del 80", que llevó al país a los primeros lugares del mundo en base a la expoltación agropecuaria de la Pampa Húmeda, en el reverso despreció y dejó en el olvido enormes extensiones del territorio nacional que la rodeaban, tales como los bañados correntinos, la selva misionera, los inundables terrenos formoseños, el impenetrable chaqueño, los bajos submeridionales santafesinos, el cono vacío de Santiago del Estero, la puna norteña, la diagonal árida y la Patagonia.

5. Conclusión

Cuidado, entonces, porque toda teoría que minimice la importancia del territorio como patrimonio fundamental del Estado, puede formar una mentalidad proclive a la centralización, el desprecio por el espacio, el deslumbramiento de las soluciones puramente economicistas y a cerrar posibilidades de engrandecer el país por el esfuerzo propio y a quedar, por ende, a merced total de los grandes poderes económico-financieros del mundo, que no tienen amigos sino intereses. La necesaria reinserción argentina en el mundo occidental y cristiano requiere coherencia, dignidad y mutuo respeto, desechando tanto los ingenuos desafíos como las complacencias genuflexas.

Jorge A. Fraga
Contraalmirante (RE)
Profesor Titular de
Geopolítica de la Escuela

EL V CENTENARIO DEL DESCUBRIMIENTO DE AMERICA Y LOS PRIMEROS NACIONALISTAS

INTRODUCCION

En las primeras décadas del siglo XX, comienza a manifestarse en los sectores intelectuales argentinos y en algunos sectores de la élite dirigente, una vigorosa reacción ante las consecuencias que la acelerada modernización del país, iniciada en las dos últimas décadas del siglo anterior, había provocado.

La nación se encaminaba por la senda del progreso, pero, junto a la creciente prosperidad, sentaba sus reales un materialismo cada vez más desenfrenado.

Las ideas de la Ilustración, vigentes desde los albores de la independencia, habían fructificado en una política oficial que, informada por los postulados del liberalismo, subordinaba todos los valores al valor económico y en el plano espiritual y cultural iniciaba un proceso de secularización de la vida social que importaba desconocer los vínculos arcónticos que nos unían a la tradición hispanocatólica.

Si en el plano económico el país se insertaba en el esquema de Inglaterra, en el plano cultural y educacional era Francia la nación rectora. Desde Francia llegaba la influencia laicista cuyo corolario, la Ley de Educación Común, provocó no sólo la reacción de los sectores católicos laicos sino que produjo la ruptura del gobierno nacional con la Santa Sede.

La "atrasada" España nada tenía que aportar en esta nueva etapa y aun era necesario olvidar y descalificar las raíces que a ella nos unían.

El proceso de modernización había puesto en movimiento fuerzas cuyo desarrollo aparecía amenazador para la élite dirigente por distintos motivos.

"Gobernar es poblar" había dicho Alberdi, y a poblar llegaban oleadas de inmigrantes de distintas nacionalidades, con sus lenguas, sus sistemas de valores y creencias, sus tradiciones, costumbres y esperanzas.

Hacia 1914 el 34 % de la población argentina era de origen extranjero, mayoritariamente españoles e italianos quienes, ante las limitadas posibilidades de acceder a la propiedad territorial y a la producción agrícola-ganadera, se asentaron fundamentalmente en las ciudades, ubicándose en actividades de servicios y producción.

La diversificación de la estructura económica y el proceso alfabetizador, posibilitaron la expansión de una clase media de origen criollo-inmigrante y el desarrollo de un proletariado mayoritariamente extranjero cuyos integrantes eran portadores de nuevas ideologías que, como el anarquismo y el socialismo, prometían soluciones a sus problemas sociales y económicos.

Más allá del ámbito cosmopolita de la capital se extendería la pampa gringa, donde un sector de inmigrantes se había orientado hacia la agricultura en su mayoría como arrendatarios y aparceros.

El flujo inmigratorio presentaba dos flancos peligrosos para la estabilidad del sistema. Uno de ellos era el problema de la identidad nacional, amenazada por la aparición masiva de elementos que "desconectados del pasado nacional (eran) portadores de otras lenguas y culturas".[1] El otro lo constituían los desórdenes y huelgas que planteaban reivindicaciones de mayor justicia social. También comenzarían junto con el siglo, las presiones de esas mayorías para acceder a una mayor participación política.

"Gobernar es educar" era la propuesta sarmientina. La élite dirigente había comprendido el valor de la educación como instrumento integrador del inmigrante en su nueva realidad, pero había equivocado el camino al orientar esa educación según pautas positivistas despojadas de los valores tradicionales, autóctonos y trascendentes que constituían la esencia de la patria nueva.

Finalmente, el progreso material se fundaba en la dependencia del capital extranjero, fundamentalmente británico. Entrañaba la aparición de una nueva sociedad cuyo ideal y medida estaban en el éxito material. Desvinculada de la ética y de las virtudes cristianas, su norte estaba en la riqueza y para conseguirla se tornaba inescrupulosa, inhumana, desvinculada de toda dimensión espiritual y trascendente.

La modernización, en suma, implicaba una transformación radical de creencias, símbolos y valores y una ruptura con las tradiciones que, a lo largo de cuatro siglos, habían conformado el espíritu de la nación.

Era la recuperación de esa espiritualidad, lo que desvelaba a una nueva generación de intelectuales que iba a desarrollar "una lucha heroica contra el ambiente materialista y descreído, extranjerizante y despreciador de lo argentino, indiferente hacia los valores intelectuales y espirituales".[2]

Era la Generación del Centenario que pondría los cimientos del nacionalismo y que aspiraba a realizar en su país "una obra de evangelización".[3]

Muchos de esos intelectuales pertenecían a los sectores católicos donde comenzaba a surgir un movimiento renovador orientado en lo cultural por la filosofía tomista, a través del estudio de la teología, la escolástica, las ciencias y la literatura y en el plano social y político a la aplicación de la Doctrina Social

---

1 QUIJADA, MÓNICA, *Manuel Gálvez: 60 años de pensamiento nacionalista*. CEAL, Buenos Aires, 1985, p. 22.
2 GÁLVEZ, MANUEL, *El mal metafísico*. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1962.
3 GÁLVEZ, MANUEL, *El solar de la Raza*, Ed. Tor, Buenos Aires, s/., p. 12.

de la Iglesia. Córdoba y Buenos Aires eran los centros convocantes y allí aparecieron círculos de conferencias y estudios que tendrán su exponente más acabado en los Cursos de Cultura Católica fundados en 1922 por Tomás Casares, César Pico y Atilio Dell'Oro Maini, semilla de la Universidad Católica Argentina. Era una nueva generación continuadora de la obra emprendida en la década del ochenta por Manuel Estrada y Pedro Goyena.

Las motivaciones de este primer nacionalismo argentino pueden condensarse en tres conceptos: tradición, hispanidad y espiritualidad. Sus propuestas apuntaban a defender la identidad nacional integrando el inmigrante a través de una educación que afirmara los valores tradicionales e hispánicos y a encauzar a la nación por la senda de la espiritualidad y del catolicismo.

A esa generación pertenecieron Manuel Gálvez y Ricardo Rojas.

El trabajo que presento a la consideración de ustedes pretende marcar algunos aspectos del desarrollo de las ideas que conformaron las bases del nacionalismo en Argentina, a través de las primeras obras de estos dos autores.

El tema, constituyó en su momento un hito significativo en la tarea de valorar y reivindicar la obra colonizadora y evangelizadora de España y a mi entender, continúa aún vigente en estos tiempos próximos al V Centenario del Descubrimiento de América.

RICARDO ROJAS Y MANUEL GALVEZ. MISIONEROS DE UNA NUEVA EVANGELIZACION

Los protagonistas

Ambos provienen de hogares provincianos y es este origen el que, tal vez inconscientemente, los induce a revalorizar una realidad y una historia que era ignorada y hasta despreciada por ese otro país que, desde una Buenos Aires populosa, cosmopolita y floreciente, miraba hacia la vieja Europa.

Manuel Gálvez provenía de una rica familia patricia de Santa Fe. Su infancia y adolescencia se desarrollaron en un ambiente literario orientado hacia la filosofía y la sociología. Educado por los padres jesuitas que lo iniciaron en literatura española, se trasladó con su familia a Buenos Aires donde, tras completar sus estudios secundarios en 1897, ingresó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Sin embargo, no era su vocación el derecho sino la literatura. Frecuentaba cafés y tertulias literarias y escribía algunos artículos que publicaba en "La Nación". En su obra "Amigos y Maestros", el propio Gálvez se refiere a sus intereses de esa época: "Me interesaba todo lo humano". dice. "Me interesaba la política, la religión, la música y la cuestión social".

El contacto con la realidad porteña europeizada y materialista fue para él, como para la mayoría de los jóvenes provincianos, un contacto doloroso. Formado en el ambiente de la Argentina tradicional le resultaba difícil adaptarse a la Argentina moderna y es esa problemática la que se refleja en su obra "El mal metafísico" aparecida en 1916.

También Ricardo Rojas provenía del Interior. Nacido en Tucumán y educado en Santiago del Estero, hijo de una antigua familia cuyos antepasados conjugaban conquistadores y guerreros de la Independencia, había crecido en un ambiente de honda raigambre hispánica. Como a Gálvez, su llegada a Buenos Aires para estudiar Derecho le causó honda conmoción. El materialismo y utilitarismo impactaron profunda y negativamente su personalidad formada en un medio provinciano y tradicional. Se encontró en una ciudad en la que prevalecían, sin orden ni concierto, tendencias, gustos y pensamientos de distintos lugares de Europa, carente de personalidad nacional propia, ocupada por una avalancha inmigratoria que la asemejaba a una ciudad extranjera.

El estado de la educación popular, imbuida de ese mismo espíritu cosmopolita y extranjerizante, carente de sentido nacional y americano, fue una de sus principales preocupaciones.

Fruto de esas preocupaciones fueron sus ideas acerca de la importancia de una educación basada en el conocimiento de la tradición argentina y americana, que sólo así lograría integrar al inmigrante y crear una conciencia nacional.

Así nació su primera obra: "La Restauración Nacionalista", en 1909 y un año más tarde "Blasón de Plata", un blasón cuyos emblemas de tradición indiana aspira a restaurar.

En mayo de 1903, aparecía el primer número de una revista, "Ideas", en la cual la nueva generación se proponía difundir sus objetivos. Ricardo Olivera, fundador junto con Gálvez de la nueva publicación, las expresaba así:

> "Es necesidad nacional que grita su urgencia, reunir el esfuerzo de la juventud al de las generaciones anteriores y polarizar todas las energías hacia la gestación de un ideal para el pueblo argentino".[4]

Las ideas

En 1909, Ricardo Rojas publica "La Restauración Nacionalista". Era en realidad un informe que había sido encargado por el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública del gobierno argentino y su realización lo llevó a iniciar un extenso viaje por Europa para estudiar los sistemas educativos.

En el prólogo a la segunda edición, escrito en 1921, Rojas explica la estructura de su obra. Dice que en ella hay "dos materias visiblemente yuxtapuestas": una de información objetiva sobre los métodos de enseñanza de la historia en Europa, y otra de crítica personal, acentuadamente política sobre nuestra educación frente a la crisis de conciencia argentina". Esa crisis lo mueve a "despertar a la sociedad argentina de su inconsciencia, turbar la fiesta de su mercantilismo cosmopolita" (...).[5]

La obra fue recibida con frialdad y posteriormente comenzaron los ataques de la prensa de partido. El reconocimiento llegó desde España a través de los

[4] LAFEUR, H. R. y PROVENZANO, S. D., *Las Revistas Literarias Argentinas 1893-1967*, CEAL, Buenos Aires, 1962, pp. 40-41.

[5] ROJAS, RICARDO, *La Restauración Nacionalista*, A. Peña Lillo, Ed. Buenos Aires, 1971, p. 15.

favorables comentarios de dos escritores pertenecientes a la Generación del 98. A comienzos de 1910, Miguel de Unamuno publicó en "La Nación" varios artículos comentando "las predicaciones idealistas" de Rojas tan coincidentes con las suyas propias.[6] Posteriormente es un extenso estudio de Ramiro de Maeztu, publicado en "La Prensa", el que analiza la obra afirmando, con visión certera, que el asunto "será por muchos años el eje de la mentalidad argentina".[7]

Rojas plantea en esta obra el problema de la necesidad de argentinizar la enseñanza de la historia para adaptarla a las necesidades del país. Considera que ha llegado el momento de imprimir a nuestra educación un carácter nacional porque encuentra en la sociedad argentina de su época, signos que demuestran la necesidad de "una reacción poderosa en favor de la conciencia civil".[8]

Rescata como positivas las ideas de Alberdi y de Sarmiento, porque entiende que su ideal de cosmopolitismo tenía por base la conservación de la raza y la educación con miras nacionales.[9] Afirma que el error lo cometieron quienes deformaron el pensar de los maestros cuyas propuestas se tornaron absolutas al utilizarlas fuera del sistema de ideas que las limitaba.

Acusa a la inmigración y al afán de riqueza el haber provocado la pérdida de la homogeneidad. El cosmopolitismo, la disolución moral, el olvido de las tradiciones, la corrupción del idioma, el ansia de riqueza sin escrúpulos, la venalidad del sufragio, han actuado como elementos disolventes forjando una grandeza aparente que ha desvirtuado todo aquello que constituía el alma de la nación.

Aboga por la enseñanza de una historia propia, argentina, cuyos antecedentes deben buscarse en los historiadores de Indias a quienes tocó dar nuevos modelos generados por el contacto entre España y América.[10]

La historia, sostiene Rojas, sugiere el patriotismo. Distingue tres formas de patriotismo: el patriotismo instintivo, el patriotismo religioso y el patriotismo político.

El primero es un sentimiento que nos mueve a amar al territorio originario y se manifiesta casi exclusivamente en la lucha contra los invasores extranjeros. Así, los indígenas que combatían al conquistador mostraban un patriotismo instintivo.

Posteriormente la patria se convierte en la tierra de los padres, el suelo santificado por sus tumbas, lo que importa la solidaridad con las generaciones anteriores y la continuidad de esfuerzos. Incorpora valores religiosos y espirituales y deviene un patriotismo religioso.

Y finalmente, la patria es además del territorio y de la tierra de los padres, la fraternidad de varias ciudades en la nación. "Contiene la emoción del paisaje, el amor al pueblo natal, el hogar y la tumba de la familia". Une a sus habitantes

---

6 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 18.
7 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 19.
8 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 84.
9 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 88.
10 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 30.

una lengua y una tradición común. Se agregan nuevos valores: la solidaridad con todas las regiones de la nación, los intereses colectivos corporizados en el estado, la creación de nuevas obras que enriquezcan el patrimonio nacional. Es el patriotismo del hombre que conserva el patrimonio de sus antepasados y confía en la labor solidaria de las nuevas generaciones. Es éste el patriotismo político. La conciencia de la nacionalidad debe formarse por la conciencia de su territorio y la solidaridad cívica (el autor la llama "cenestesia colectiva") y por la conciencia de una tradición continua y de una lengua común (a la que llama "memoria"). Por eso el fin de la historia es formar esa conciencia a través de los elementos de la tradición.

En 1910 Manuel Gálvez publica "El solar de la Raza" y Rojas, una segunda obra, "Blasón de Plata".

Gálvez ha tenido en los cinco años anteriores la oportunidad de tomar contacto con la realidad argentina y española. En 1905 conoce por primera vez la tierra de sus ancestros. Descendientes de nobles familias españolas que participaron en la conquista y colonización de América, sus raíces genealógicas amén de sus conocimientos históricos, literarios y artísticos sobre aquella nación, le hacen sentir a España de una manera peculiar y profunda.

Luego, entre 1906 y 1910, su función de Inspector de Enseñanza le permite recorrer las regiones del Norte y Noroeste de su país. El alma de su patria se le revela más hondamente a través de los paisajes, costumbres, música y cultura.[11]

Regresa a España y el reencuentro con su milenaria arquitectura, su paisaje y sobre todo con las viejas ciudades castellanas, ahondan aún más sus lazos con la madre patria. También toma contacto con el mundo intelectual español y con la obra de la "generación del 98".

Todas esas experiencias constituyen el sustrato de "El solar de la Raza", logrado intento de revalorizar lo hispánico para interpretar lo americano en busca de una espiritualidad que atempere "la barbarie de las energías materiales".[12]

Ha emprendido, junto con sus compañeros de ruta, una campaña que es a la vez idealista y nacionalista porque el idealismo "fue en otros tiempos decoro de la patria y representa por esto un valor tradicional".[13] El materialismo, en cambio, sólo ha aparecido recientemente junto con la fiebre de riquezas y ha sido el inmigrante el que ha introducido en el país un nuevo concepto de vida.

También Rojas ve en el inmigrante al enemigo de la vieja raza argentina aunque agrega a "sus propios desertores que visten de materialismo y liberalismo académicos su estolidez claudicante y solemne".[14]

Surge así el primer tema que los nacionalistas reiterarán en todas las épocas: el temor a esa masa inmigratoria desvinculada de nuestro pasado histórico y a la influencia extranjera en todos los ámbitos del quehacer nacional.

---

11 GÁLVEZ, MANUEL, *En el mundo de los seres ficticios. (Recuerdo de la vida literaria)*, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1961, p. 48.
12 GÁLVEZ, MANUEL, *El solar de la Raza*, op. cit., p. 11.
13 GÁLVEZ, MANUEL, op. cit., p. 11.
14 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1941, p. 150.

Es necesario, aseguran, realizar una obra de evangelización semejante a aquella que realizara España cuatro siglos atrás para integrar, como lo hiciera España con el indígena, al inmigrante en su nueva patria. Y esa obra será relizada por los escritores jóvenes cuya misión, dice Gálvez, es "semejante a la que tuvo en España aquella generación de ideólogos que surgió después del desastre. España, por medio de Ganivet, Macías Picavea, Costa, Unamuno y algunos otros se observó a sí misma y llegó a conocerse profundamente".[15]

Conocer profundamente el alma argentina, he ahí su objetivo y para ello es necesario conocer el alma española porque "constituimos una forma especial de españoles" y por eso "son las imágenes del espiritualismo español" las que deben presentar a sus conciudadanos para construir el idealismo argentino, sacándolo del fondo de nuestra raza, es decir, de lo español y de lo americano que llevamos dentro de nosotros".[16]

El renacimiento de la vida espiritual del país, ahogada tras el advenimiento de la época "materialista y transitoria" por la que atraviesa,[17] sólo se logrará cuando los argentinos dejen de preocuparse tan sólo de acrecentar la riqueza y acelerar el progreso y realicen todos los esfuerzos de que sean capaces para rescatar el alma nacional que "no se ha extinguido del todo, sino que sigue su camino aunque oculta bajo una espesa capa de cosmopolitismo".[18]

Inmigración, materialismo, cosmopolitismo. Estos son los temas que preocupan a los jóvenes nacionalistas. Quieren rescatar lo hispánico, la tradición formada desde finales del siglo XV y desarrollada durante tres siglos que conformó el espíritu nacional al que ahora ven amenazado por estas nuevas realidades.

"Los argentinos no hemos dejado de ser españoles", afirma Gálvez; es España la que ha contribuido a configurar nuestras raíces y es en ella en donde renace y se exalta nuestra espiritualidad.[19]

Igual temática desarrolla Rojas en "Blasón de Plata" donde sostiene que la acción conquistadora y colonizadora de España constituyó el espíritu de los pueblos americanos. Rojas acentúa la importancia de la vertiente indígena junto a la hispánica. Considera que en el siglo XIX el pueblo argentino, al cobrar conciencia de sí mismo, equivocó el camino porque sufrió "un doble extravío acerca de sus orígenes: por lo que tenía de americano creyó necesario el antihispanismo y por lo que tenía de español juzgó menester el antiindianismo".[20]

Así, despreciando las dos vertientes que confluyeron en la formación de su personalidad y de su caudal espiritual, buscó otra identidad que le es ajena.

Es necesario entonces, buscar "el equilibrio de todas las fuerzas progenitoras" rehabilitando lo indígena y lo español que constituyeron nuestras raíces.[21]

---

15 GÁLVEZ, MANUEL, *El solar de la Raza*, op. cit., p. 12.
16 GÁLVEZ, MANUEL, op. cit., p. 16.
17 GÁLVEZ, MANUEL, *El Diario de Gabriel Quiroga. Opiniones de la vida argentina*, Buenos Aires, 1910, p. 51.
18 GÁLVEZ, MANUEL, op. cit., p. 51.
19 GÁLVEZ, MANUEL, op. cit., p. 65.
20 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 127.
21 ROJAS, RIBARDO, op. cit., p. 96.

Temática fundamental en el pensamiento de ambos autores. El proyecto político implementado a partir del 80, despreció esas fuerzas progenitoras que reputaban causas de los desencuentros que hasta 1853 habían signado la vida política de la joven nación y también del atraso en su desarrollo económico. El liberalismo atemperado de los constituyentes del 53 fue reemplazado a partir de 1880 por un positivismo materialista cuyo único norte era el progreso. Un progreso que sólo se conseguiría sustituyendo la tradición hispano-indígena por nuevos principios ajenos a esas primigenias raíces.

Rojas cree en el poder de la tradición, de esa tradición indiana surgida desde los fundamentos de una nación que se formó por la fusión de dos razas: la indígena y la hispánica".[22]

El conquistador fue un inmigrante no convocado. Su encuentro con los antiguos pobladores del Nuevo Mundo no fue siempre pacífico. Hubo de enfrentar toda serie de dificultades. Ofreció su religión, su lengua, su cultura, sus instituciones y se enriqueció con otros aportes: nuevas lenguas, culturas y costumbres.

El resultado de esa recíproca interacción "fueron el caudillismo y la montonera de nuestra política, los mitos y leyendas de nuestro folklore, los idiotismos y americanismos de nuestro vocabulario, el poncho y el chiripá de nuestros gauchos". Del indio nos viene "el lazo, la lanza y las boleadoras, la habilidad del rastreador y el baqueano, las yerbas medicinales, los telares de lana y los zumos tintóreos que todavía usan los campesinos del interior".[23]

Gálvez, a su vez, en "El solar de la Raza", recusa a quienes acusan a España de nación atrasada y afirma que fue en España donde nacieron las dos más grandes conquistas del mundo moderno: la libertad política y la libertad filosófica. La primera nació con los Fueros de Aragón y la segunda con la casuística que afirmaba la libertad del individuo contra la ley tiránica y ambas iniciaban la independencia del pensamiento contra la interpretación dogmática y unilateral, anticipándose a las nuevas doctrinas.[24]

Rojas, consideraba que el individualismo y el cosmopolitismo son un retraso para la civilización porque nada nuevo han traído que, si fuese bueno, no estuviese ya como historia o como profecía en nuestro pasado.[25] En ese pasado en el que reside el espíritu americano que, como cree Gálvez, ha resistido en la barbarie anárquica para no desaparecer bajo la implantación y el predominio del espíritu europeo. "En las entrañas de aquella barbarie, hoy tan incomprendida, se elaboraba la conciencia nacional y el espíritu eterno de la futura patria", mientras la Generación de Mayo meditaba constituciones abstractas y realizaba pactos con el extranjero que conspiraban contra su propio país.[26]

También Rojas reivindica esa barbarie tan calumniada por los historiadores que "fue el más genuino fruto de nuestro territorio y nuestro carácter".[27]

---

22 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 82.
23 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 98.
24 GÁLVEZ, MANUEL, *El Solar de la Raza*, op. cit., p. 36.
25 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 155.
26 GÁLVEZ, MANUEL, *El Diario de Gabriel Quiroga*, op. cit., p. 125.
27 ROJAS, RICARDO, *La Restauración Nacionalista*, op. cit., p. 97.

Surge aquí el eterno enfrentamiento entre el puerto y el interior y la reivindicación del provincialismo como forma pacífica y actual de resistencia ante el avance del cosmopolitismo y de las tendencias extranjerizantes que han surgido como contrapartida del progreso material. Sin embargo, la restauración de una conciencia nacional cuyas raíces se buscaban en el pasado, no implicaba una negación de la modernización. Suponía una síntesis superadora que integrara todos los elementos que conformaban la realidad de su época para integrarlos en una nacionalidad que, sólidamente arraigada en el pasado, se proyectara hacia el futuro. Rojas sostenía que era necesario cuidar que "nuestro afán moralizante no se convierta en fanatismo dogmático y nuestro nacionalismo en regresión a la bota de potro, hostilidad a lo extranjero o simple patriotería litúrgica".[28] Gálvez, a su vez, proponía atemperar la energía progresista del pueblo argentino con el impulso inteligente que permitiera aceptar las ventajas del progreso pero manteniendo los valores espirituales latinos.[29]

Era inevitable abrir el país a las influencias extranjeras, pero ello podía atemperarse si nuestra argentinidad era capaz de nacionalizarlas. Como decía Rojas en "Blasón de Plata": "Se equivocan asaz quienes crean que nuestro pueblo modificará su íntima constitución espiritual que después de 1810 España haya dejado de enviar a Buenos Aires sus virreyes y porque después de 1910 Italia siga enviándonos su inmigración e Inglaterra sus capitales: todo será absorbido por la tierra indiana".[30]

La reivindicación de España estaba ligada a la defensa del catolicismo, elemento fundamental de nuestra constitución espiritual. Gálvez, en "El solar de la Raza", afirma que España es el país donde más se ha vivido en Dios y para Dios, es decir, donde más se ha vivido espiritualmente. Y esa España donde la espiritualidad no queda encerrada en las iglesias sino que desborda "sobre la vida, el carácter y el ambiente de la ciudad",[31] la derramó también en las tierras del Nuevo Mundo. Y ese catolicismo que arraigó tal vez en España como en ninguna otra parte le atrajo el odio de protestantes y anticlericales que inventaron leyendas falsificando la historia con fines de religión y de raza. Retoma el tema en "El diario de Gabriel Quiroga". Alguien ha escrito", dice "que la salvación de América latina está en el protestantismo". Ello significaría, la completa desnacionalización de la república. El espíritu de toda latinoamérica fue moldeado por el catolicismo que al igual que el bautismo en el alma del creyente, ha impreso su carácter al alma americana.[32]

Ricardo Rojas revaloriza la acción de los misioneros de Indias. Ellos "abrían en la conciencia del aborigen idólatra y del soldado supersticioso la senda celeste de la fraternidad y el amor". "Desde el padre Bartolomé de las Casas, protector de los indios hasta el último misionero, podían hablar al más rico feudatario en nombre de las Ordenenzas de Valladolid que garantizaban la vida de los naturales o del Evangelio que aconsejaba la caridad".[33]

---

28 ROJAS, RICARDO, op. cit., p. 140.
29 GÁLVEZ, MANUEL, *El Solar de la Raza*, op. cit., p. 27.
30 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 127.
31 GÁLVEZ, MANUEL, *El solar de la Raza*, op. cit., p. 20.
32 GÁLVEZ, MANUEL, *El Diario de Gabriel Quiroga*, op. cit., p. 66.
33 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 83.

"La religión", dice Gálvez en "El diario de Gabriel Quiroga" "es lo más íntimo, lo más eterno, lo más suyo que tiene el alma popular".[34] Rojas, por su parte afirma, que la religión encarnada en el apóstol de las reducciones fue una de las fuerzas que realizaron en América la fusión de las razas progenitoras.[35]

No fueron Rojas ni Gálvez apóstoles solitarios en la defensa del catolicismo. Las posturas liberales y laicas de los gobernantes del 80 habían sido combatidas por núcleos de laicos católicos que se habían organizado no sólo para defender los principios religiosos sino para ocuparse también en la solución de la cuestión social, en función de un conjunto de normas morales que debían regir las relaciones económicas, políticas y sociales. Estrada, Goyena, Emilio Lamarca, Achával Rodríguez, Félix Frías a cuya influencia nacieron las Asociaciones Católicas, fueron los precursores. Luego, finalizada la Primera Guerra Mundial, los Círculos católicos iban a intervenir cada vez más activamente en la vida social y política argentina. Aquellos precursores serían sucedidos por Casares, Pico, de Estrada, el padre Julio Menvielle, el jesuita Leonardo Castellani y tantos otros.

En el plano político, tanto Gálvez como Rojas creían en la necesidad de gobernantes que conformaran una élite intelectual y espiritual, el gobierno de los mejores. No abdicaban de la democracia pero abogaban por una democracia limitada porque la consideraban "un lujo espiritual de los seres superiores". Era la reacción frente a la reforma electoral, producto de la presión ejercida por las mayorías que unían a sus anhelos de bienestar económico y ascenso social, el de una mayor participación política. Rojas consideraba que el gobierno debía estar en manos de distinguidos intelectuales y estadistas, debía ser el gobierno de los "maestros" y al igual que Gálvez abogaba por la limitación del sufragio.[36]

La realidad los desbordó y ambos quedaron atrapados en unas ideas que no tenían cabida en ese momento histórico. Pero su prédica encontró eco en los nacionalistas posteriores que hicieron de esos postulados una de las bases fundamentales de su ideario.

En "El solar de la Raza", al referirse a Ignacio de Loyola y a la labor de los jesuitas, Gálvez preanuncia también otro de los elementos que serán tomados por el nacionalismo de la década del 30: la obediencia y la disciplina que configuran el orden. Dice el autor: "Ahora que el espíritu de la libertad se ha exacerbado entre los hombres y que una violenta anarquía los enloquece e inutiliza, se ha comenzado a sentir la urgente necesidad de la disciplina". "Sólo una norma puede ponernos de acuerdo con nosotros mismos, con el Universo, con la vida".[37]

Para ambos, la obra de evangelización que proponían suponía un proceso de espiritualización. Sus raíces debían buscarse en la conjunción de lo americano y lo hispánico para posibilitar la consolidación de una identidad nacional capaz de integrar al inmigrante y argentinizar las influencias extranjeras. Era necesario encaminar a la nación por una senda de progreso orientado por los principios católicos, cuyos gobernantes formaran parte de una élite de intelectuales y estadistas que timonearan con virtuosismo la nave del estado.

---

34 GÁLVEZ, MANUEL, *El Diario*... op. cit., p. 67.
35 ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 82.
36 GÁLVEZ, MANUEL, *El Diario*..., op. cit., p. 113.
37 GÁLVEZ, MANUEL, *El solar de la Raza*, op. cit.

La hora actual

Hoy, nuevamente Argentina y Latinoamérica enfrentan una grave crisis. Otros son los factores desencadenantes pero análogas las consecuencias.

También es ésta una época marcada por el materialismo, el ateísmo y el relativismo. Estamos en un mundo signado por una honda crisis cosmovisional y en ese mundo que la revolución comunicacional ha transformado por primera vez en un único escenario,[38] corremos el peligro de perder nuestro ser y nuestra identidad si desconocemos las vertientes arcónticas que concluyeron a constituirlo.

Una Latinoamérica caracterizada por el hombre, la pobreza, la marginalidad, la injusticia social, potenciadas por el efecto demostración que el mundo desarrollado ejerce sobre sus pueblos, es campo propicio para la acción de ideologías disolventes uno de cuyos principales objetivos es destruir esas raíces sobre las que se asienta nuestro ser nacional y americano.

Nuevamente se apunta a destruir los valores que conformaron nuestra nacionalidad, relativizándolos, deformándolos o simplemente desconociéndolos.

La conmemoración del V Centenario del Descubrimiento, ha provocado reacciones negativas en la mayoría de los países latinoamericanos por parte de quienes propician y comparten esas ideologías, quienes se aprestan a resucitar la "leyenda Negra" y a convertir la conmemoración en un juicio en el que la España del descubrimiento será la acusada y el indígena la víctima que es necesario reivindicar.

Detrás de esa reivindicación, subyace otro propósito menos evidente. Enjuiciando a España se está apuntando a destruir los valores espirituales, la cultura y las instituciones que ella aportó al Nuevo Mundo.

Oponerse a estos propósitos, no supone omitir la crítica, ni dejar de reflexionar sobre los aciertos y errores que se cometieron. Supone en cambio, rescatar y preservar los valores morales, espirituales y culturales que constituyen las bases de nuestro ser como nación y descubrirnos a nosotros mismos en lo que realmente somos y en lo que queremos ser.

No es enfrentando las dos vertientes que confirman el ser latinoamericano, como consolidaremos nuestra identidad, sino integrándolas como lo hicieron los colonizadores y misioneros durante tres siglos.

Por eso hoy es necesario realizar nuevamente una obra de evangelización para revigorizar los valores espirituales y religiosos que España nos legara.

Podemos decir como Ricardo Rojas que "la inquietud religiosa significa para nosotros ideas, preocupaciones más nobles que el lucro y el bienestar material (...) y tal vez haría nacer en los seres más indiferentes cierto interés por los problemas fundamentales y eternos de la vida humana".[39]

---

[38] ARIAS PELLERANO, *Proyecto de Reforma al Plan de Estudios de la Licenciatura en Ciencias Políticas*, p. 5.

[39] ROJAS, RICARDO, *Blasón de Plata*, op. cit., p. 123.

Y podemos proponernos, como aquellos primeros nacionalistas "reunir el esfuerzo de la juventud al de las generaciones anteriores y polarizar todas las energías hacia la gestación de un ideal para el pueblo argentino".[40]

Si así lo hiciéramos el V Centenario del Descubrimiento sería algo más que una conmemoración; sería el comienzo de un nuevo descubrimiento.

ELENA T. PIÑEIRO DE SALAVERRY
Profesora asistente de Historia Política, Económica y Social Argentina II en la Escuela

[40] LAFEUR, H, R. y PROVENZANO, S. D., op. cit., pp. 40-41.

Documentos

COHERENCIA ENTRE LA VOCACION MILITAR Y LA CRISTIANA

Discurso del Santo Padre a los jóvenes militares de la guarnición de Cechignola, Roma, durante la visita pastoral al Centro, domingo 2 de abril

Hoy vivimos en una época de diálogo, y entre los potagonistas del diálogo, que quieren dialogar en toda situación, yo diría que los periodistas se encuentran en una posición privilegiada. Conozco su ambiente porque me encuentro con ellos durante mis viajes y debo, además, presentarme ante ellos y contestar a sus preguntas, muchas veces bastante complicadas. Veo que este sistema del diálogo, de las preguntas, ha entrado también en las parroquias de Roma. Cuando me acerco a visitarlas, especialmente los jóvenes me presentan sus preguntas. Se ve que este sistema del diálogo y de las preguntas hechas al Papa ha entrado también en la parroquia militar, en el Ordinariato militar, al menos aquí, en Cechignola. Pienso que esto es un bien, una cosa útil. Hemos sido creados por nuestro Padre; El nos ha hecho capaces de dialogar, de intercambiar las ideas, de preguntar y de responder, de reflexionar, porque ciertamente una pregunta es siempre fruto de la reflexión y provoca e impulsa a una posterior reflexión. El desarrollo del conocimiento humano, al principio, ha ido adelante a través de las preguntas y las respuestas. También este sistema y esta época de la Iglesia del diálogo podrá hacernos avanzar en el conocimiento de Dios, de Jesucristo y de nosotros mismos, porque, como nos ha enseñado el Concilio Vaticano II, Cristo no nos ha revelado solamente a Dios, sino que al revelárnoslo como Padre, con su amor por el mundo, nos ha revelado la persona humana, nos ha dado una visión plena y adecuada de la persona humana.

Quiero agradecer a estos cuatro jóvenes las preguntas que me han dirigido y quisiera responder, quizá no punto por punto sino con una breve síntesis de lo que me ha venido a la mente mientras escuchaba sus preguntas. Quisiera recordar, sobre todo, que entre los militares y Jesucristo mismo —como también, antes de El, su precursor Juan Bautista— han habido encuentros muy significativos.

Pensemos en las palabras que repetimos cada vez que nos acercamos a la sagrada comunión: "Yo no soy digno...". Son palabras de un militar, de un centurión romano que así ha expresado su fe, su admiración por Jesucristo, su profunda humildad y su oración por la curación de su siervo (cf. *Mt* 8, 8; *Lc* 7, 8). Pero no solamente eso. Si tomamos los Hechos de los Apóstoles, es significativo que el primer convertido bajo el influjo del Espíritu Santo —convertido no hebreo, sino pagano— haya sido nuevamente un militar, un centurión romano llamado Cornelio (cf. *Hch* 10, 1-48). Y Pedro mismo fue empujado por el Espíritu Santo a ir a casa de este centurión romano, a Cesarea, para bautizarlo.

Más tarde, durante las persecuciones de los tiempos romanos y a lo largo de los siglos, encontramos tantas figuras heroicas de militares, de soldados, de oficiales. Basta pensar en la figura de San Florián: estoy muy ligado, por mi historia personal, a este Santo, quizá poco conocido aquí en Italia. Pero tampoco en Italia, en Roma, han faltado los heroicos confesores y mártires de la fe que eran militares: han descubierto la fe y han sabido vivir como militares su nueva situación interior, conjugando y sintetizando los dos aspectos.

Ciertamete no hay una dificultad de fondo, una imposibilidad de juntar la vocación cristiana y la vocación al servicio militar. Si se considera su naturaleza en sentido positivo, el servicio militar en sí mismo es una cosa muy digna, muy bella y muy noble. El núcleo mismo de la vocaciión militar no es otro que la defensa del bien, de la verdad y sobre todo de los que son agredidos injustamente. Y aquí encontramos el principio que explica en qué situación la guerra puede ser justificada: si es una defensa de la patria agredida, una defensa de los que son perseguidos, inocentes; una defensa incluso con el riesgo de la propia vida.

Esta defensa puede llevar consigo la muerte o el daño del agresor, pero él es culpable en este caso. Naturalmente se busca siempre disminuir el daño aun del agresor, pero quien se expone mucho más al riesgo del daño y de la muerte es sobre todo el que defiende. Basta pensar en tantos caídos por la patria. He tenido ya la oportunidad de visitar los campos de guerra en las montañas, donde han caído tantos alpinos durante la primera guerra mundial. Pero, si vuelvo mucho más atrás en el tiempo, en la historia de mi patria de origen ha habido siempre muchos heroicos militares —también miliciano durante la última guerra— que, aun a costa de la propia vida, no han cedido a la injusta agresión a su patria. Aquí se ve cómo ambas vocaciones pueden ir juntas y coordinarse bien: no son divergentes, sino convergentes, coherentes.

Naturalmente hay que subrayar que se necesita también una buena formación espiritual, para crear, para encontrar y para desarrollar esta coherencia entre las dos vocaciones, la militar y la cristiana. He tenido la oportunidad de conversar mucho con vuestros obispos militares, Ordinarios militares; primero con Mons. Schierano, predecesor de Mons. Bonicelli y con otros muchos. Ordinarios militares de otras naciones, cuando ha venido en visita *ad Limina*, todos dicen que es muy positivo desde el punto de vista espiritual. Todos ven en el servicio militar una prueba para el joven. Cuesta, sin embargo, mucho, especialmente en el plano afectivo: para un joven no es una cosa muy fácil de cambiar su estilo de vida laico y civil y convertirse en un recluta. Sobre todo no es fácil integrarse en esta disciplina, porque la característica de la vida militar es la disciplina. Pero precisamente lo que cuesta y no es tan agradable, es al mismo tiempo muy útil y constructivo. Cada uno de vosotros debe ser disciplinado.

Quizá lo que falta a muchos jóvenes de hoy —especialmente en los países acomodados, en los países de larga libertad por no decir liberalismo, libertinaje— es una disciplina, una autodisciplina. Se trata de dos cosas diversas: la disciplina puede ser solamente externa, impuesta por una orden o por un eventual castigo, pero puede darse al mismo tiempo disciplina y autodisciplina. El período del servicio militar es para los jóvenes un período en el que pueden madurar verdaderamente en la autodisciplina. Y no solamente en la del cuerpo, en la externa:

se ve ciertamente en el modo de ser de un militar que su cuerpo es disciplinado. Pero esta disciplina corporal debe ir pareja con la disciplina interna, espiritual, que atañe a la conciencia humana, a la voluntad y al corazón. Un hombre disciplinado, autodisciplinado, es un hombre maduro.

Estas son las cosas más importantes que quería deciros como respuesta a vuestras preguntas. Quizá no hayan dado respuesta a todos los detalles, pero han estado centradas en los problemas más importantes. Pienso, y estoy convencido, de que el servicio militar puede ser útil no solamente a la sociedad, sino también a vosotros mismos. Al hacer el servicio militar vosotros podéis ser útiles a vosotros mismos y conseguir resultados de orden moral, espiritual, si este servicio es bien utilizado, si se aprovecha bien este período. Naturalmente, es necesaria una colaboración muy profunda entre los superiores profesionales militares. Así se puede crear una sintonía entre todos estos elementos y llegar al fruto maduro de una personalidad joven responsable, que es tan importante para toda la vida, en diversas circunstancias. Muchos de vosotros, después del período del servicio militar, vuelven a su vida civil, laica. Si se ha logrado esta madurez, esta autodisciplina, servirá también en la vida profesional, en la vida familiar. La vida familiar gira toda ella en torno al afecto, pero incluso debe ser ella en cierto sentido disciplinada, sobre todo debe ser responsable: el amor no camina sin responsabilidad.

ALVARO D'ORS, *La Violencia y el Orden*, Madrid, Ediciones Dyrsa, 1987 (125 pp.).

El notable maestro de Derecho Romano que es don Alvaro d'Ors ha resultado siempre un pensador profundo. Por supuesto que en esa área específica. Pero también en otras. Por eso no nos sorprende la lectura de esta relativamente pequeña obra, donde en forma densa y apretada nos habla del orden político contemporáneo. El estilo es netamente intimista. Casi un diálogo consigo mismo sobre hechos que ha vivido y que ahora rememora. Pero del cual, sin egoísmo, nos quiere hacer partícipes. Como él mismo lo expuso en ocasión de la presentación de la obra en Pamplona, Hotel de los Tres Reyes, su escritura le significó el reencuentro con muchos capítulos de su vida, un volver a atar el tapiz de los hilos de su vida, de ese tapiz del que solamente Dios conoce, además del revés de la trama, el envés. De ahí que el resultado del lector puede gustar interna e intensamente es *"un libro con muchos rincones"*. Es quizá la clave, dada por el propio autor, para poder sacar provecho de su lectura. Son muchos y variados los lugares donde, casi en forma repentina, se presentan esos recodos, bajo la forma de profundas intuiciones, que invitan al lector —sin agobiarlo, ni mucho menos— a detenerse para reflexionar y meditar.

La obra es difícil de clasificar. Con sabroso grano de humorismo, el A. cierra su "colofón" así: "Y quiero terminar con una indicación práctica para las bibliotecarias, y bibliotecarios, que se puedan encontrar ante cierta dificultad para catalogar este pequeño libro: *"Teología política"*. Y ello es exacto. El punto de partida y el fundamento de todas las ideas vertidas por el A. es el de que el "fundamento dogmático en que debe basarse una auténtica Toelogía Política es el Reinado de Cristo, como expresión actual, histórica, del Reino de Dios (o "de los Cielos", según San Mateo). Este es eterno, y se manifiesta en el tiempo como Iglesia, en tanto el Reinado de Cristo es esencialmente histórico, pues tiene por objeto la Creación, y abarca todo lo creado, incluso los demonios, que, evidentemente, no pertenecen al reinado de Dios" (p. 51).

Está dividida en tres partes. La primera está titulada *"Retrospectiva"*. Evoca, en forma casi autobiográfica, la historia de su España. De la que le tocó vivir y participar. Comienza desde sus primeros recuerdos "un poco más atrás del 36", para explicar luego cómo es que se generó la Guerra del 36. Con mucho cuidado elige las palabras adecuadas para rememorar los acontecimientos y asignarle la interpretación de "Cruzada". Pero tal cual la describe, comparando la "Carta Pastoral" del Obispo de Salamanca Pla y Deniel ("La actual lucha reviste, sí, la forma externa de una guerra civil, pero, en realidad,

es una Cruzada. Fue una sublevación, pero no para perturbar, sino para restablecer el orden") con lo que decía Franco en abril de 1937 en un discurso desde la Radio Nacional ("Estamos ante una guerra que reviste, cada día más, el carácter de Cruzada, de grandiosidad histórica y de lucha trascendental de pueblos y civilizaciones"), llega a esta conclusión: "Resulta interesante observar cómo el verbo 'revestirse' utilizado por el Obispo Pla y Deniel en 1936 vuelve a aparecer en el discurso de Franco de 1937; pero con esta diferencia notable que señala el distinto punto de vista de uno y otro: para el Obispo, representante en ese momento de la Iglesia, la Cruzada se reviste de la "forma externa de una guerra civil", en tanto, para el jefe militar, la guerra "reviste cada día más el carácter de Cruzada". No fue, pues, el Ejército quien pretendió hacer una Cruzada, llevado como por aquel sino de ser los españoles "más papistas que el Papa", sino que fue la Iglesia quien vino a considerar al Ejército como un brazo armado contra ese nuevo infiel que era la Revolución. Eso me parece del más alto sentido para juzgar la significación de nuestra guerra del 36" (p. 21).

Igualmente importante es la consideración histórico-política que realiza en torno a la no aceptación en España de la idea de "estado". Esta noción es moderna. Y "moderno" equivale a "protestante", "en todas las graves consecuencias que esto tiene para la historia europea y universal": "Europa es un producto de la Reforma y sigue viviendo de ella" (p. 24). "Sin Lutero, como ya han dicho algunos, no hubiera sido posible Luis XIV, y esto es así porque el Estado, monárquico o republicano, lo mismo da, surgió de las guerras de religión, con el fin de constituir un nuevo dios, un nuevo Leviathán, dueño absoluto de los súbditos de un determinado territorio". En cambio, España no se hizo un Estado. "A la monarquía de los Austrias, la idea de Estado era totalmente extraña, y los pensadores de la época reaccionaron contra la teoría "estatista" de los que ellos llamaban los "políticos" de Europa" (p. 25). Incluso, la aceptación de los Borbones ocurrió "con la misma mentalidad personalista de su antigua fidelidad a los Austrias" (p. 26). Sin embargo, "las nuevas estructuras oficiales, en su pretensión de convertir a España en un Estado, crearon una crisis permanente de España, facilitando la entrada en ella, no ya de la herejía protestante, primera responsable de la Revolución, pero sí de esta misma, y muchas veces en sus formas más extremadas. Con esta crisis España parecía haber perdido su primera identidad lograda con la Reconquista. De ahí la melancólica historia de España desde siglo XVIII, con la ruina de su Imperio" (p. 26).

Con ese tono confidencial e intimista que caracteriza la obra, analiza luego críticamente lo que representó Franco en la historia posterior a la victoria de la Cruzada, e incluso la muy particular relación que se dio con los distintos grupos políticos y movimientos (el Carlismo, la Falange, la Iglesia, etcétera).

La segunda parte de la obra lleva por título *Perspectiva*. Acá reconocemos de nuevo al pensador político. Retoma algunos aspectos muy conocidos del autor. Así, el de "autoridad" y el de "potestad": la primera corresponde "al que sabe"; la segunda, "al que puede". Pero la Autoridad Suprema es siempre Dios pero, por tal es el Dios Vivo y Presente; no el "Dios ausente" "—que está más allá de las estrellas, y allí se queda, como en el "Himnos de la Alegría"—; un Dios

que no se ocupa de las cosas humanas, y deja por ello al hombre en total independencia, lo que equivale, en último término, al "Dios muerto" de la filosofía moderna" (p. 57).

Igualmente es importante la disquisición que medita sobre la diferencia entre "lealtad" (respeto a lo privadamente contenido), "legalidad" (respeto a la "ley positiva") y "legitimidad" (respecto al fundamento más permanente: Dios y su ley) (pp. 48 y ss.). E igualmente, lo que escribe a propósito de la "violencia". A propósito de esta palabra, que en principio suena como algo desagradable, ello es porque se entiende como tal "frecuentemente la fuerza contra el orden" y se olvida "que ese orden, a su vez, es el resultado de una violencia". "Hay así dos sentidos en la palabra violencia: la de fuerza que impone un orden frente a un espontáneo desorden, y la de fuerza que descompone un orden; la confusión se agrava por el hecho de que, a veces, la fuerza tiene que descomponer un orden para imponer otro orden distinto que quien la ejerce considera un bien superior" (p. 74). Es precisamente lo que ocurre a propósito del Derecho: "El derecho, como declaración de lo que es justo, es un producto de la autoridad; en ella no interviene fuerza actual alguna, pues carece de toda violencia, pero esa declaración no podría integrarse en un verdadero orden jurídico si no se hallara reforzada por un dispositivo jurisdiccional de la potestad capaz de hacer violencia para conseguir la aplicación del derecho" (pp. 74-75). En consecuencia, esa "violencia" (involucra el carácter de coercibilidad jurídica) resulta necesaria para la subsistencia del orden. "Por eso es interesante ver cómo el dulce y manso San Francisco de Sales, comprendiendo esta necesidad de una violencia que haga cumplir el orden de la justicia, añade la nota de "fuerte" en esa definición, cuando dice "...la voluntad constante, permanente y fuerte de dar a cada uno lo suyo".

La tercera parte lleva por título *"Prospectiva"*. Analiza el Autor las líneas problables del "rumbo político del mundo futuro... dentro de un marco universal". En tal sentido acepta que en el momento actual no puede haber un país aislado, "pues partimos de una realidad actual, que es la unidad del mundo" (p. 83).

Un párrafo sustancial de esta parte es el siguiente: "...Sabemos que Jesucristo, al fundar su Iglesia, constituyó en poder supremo universal a Pedro, y dio parcelas de poder a sus apóstoles, de donde la potestad universal del Papa y la de los Obispos sobre sus respectivas iglesias particulares. Fuera de la Iglesia no consta una delegación de poder único universal, sino que, como decíamos, cada poder realmente constituido, en la medida en que es reconocido y por ello una propia potestad, viene a tener una delegación divina de gobierno. Por ello, un gobierno universal parece ser contrario a la voluntad de Dios. Cristo no quiso constituir un poder universal para el gobierno secular" (p. 89).

En tal sentido le asigna una especial importancia a la "polarización este-oeste" (pp. 92 y ss.). "No sólo se apoyo en el hecho decisivo de la dual victoria legítimente del actual dominio del mundo, sino que corresponde a una real diferencia de cosmovisión, a la contradicción entre Comunismo y Capitalismo" (p. 96). Este último (al cual denomina más ajustadamente como Consumismo) es un resultado de la revolución protestante. Es el que ha creado la ciencia económica; por ello es reconocido como mucho más productivo de riqueza que

el colectivismo comunista. El Comunismo surge como una reacción al Capitalismo: "puede ser considerado como un subproducto de la Reforma, aunque, aparentemente, se haya alejado de los principios puramente protestantes" (p. 96). Pero el Comunismo "sólo puede argumentar con vagas razones de justicia social, es decir, morales. De ahí que, en la actualidad, y en contra de lo que preveían los fundadores del Comunismo, éste haya dejado de ser una doctrina económica válida para convertirse en una ideología humanitaria, y pueda, como tal, hacer las veces de una religión. Es decir, lo que fue concebido como infraestructura social ha venido a convertirse en supestructura" (p. 97).

Y sin embargo, pese a esta polarización Este-Oeste, lo que se ve es la posibilidad de un "entendimiento". ¿Cómo es ello posible? "Sobre la base del común materialismo y reconociendo la superioridad económica del Consumismo occidental, el Oriente tiene interés en salvar la desventaja que también reconoce en el campo de la Tecnología y por eso se aviene a importar de la otra parte ese mayor desarrollo económico, ofreciendo, en cambio, una ampliación de nuevos mercados y, al mismo tiempo, una mano de obra a bajo precio. Pero todavía, como ese trato no acaba de cubrir los respectivos intereses, se añade el pacto de favorecer la ideología marxista que inspira el Comunismo a cambio del respeto por las condiciones económicas del Capitalismo. De este modo... el Capitalismo parece haber entregado al Comunismo todo lo relativo a las personas, en tanto se reserva él el control de las cosas y, con este reparto, el Comunismo no pierde la esperanza de, llegando a cambiar la mentalidad de las personas, alcanzar un día un dominio universal, en tanto que el Consumismo capitalista cuenta con la seguridad de que la misma facilidad y aumento del consumo relajará inexorablemente la ortodoxia de la otra parte. En otras palabras: el Comunismo aspira a convertir a los hombres —como hacen las religiones— y el Capitalismo prefiere corromperlos con la mayor riqueza que él puede producir. En cierta medida, esta mayor eficacia de la corrupción que de la conversión puede apreciarse ya, pues no sólo la acción proselitista del Comunismo no ha podido alterar el ritmo consumista del hemisferio capitalista, sino que en el mismo terreno del Comunismo, la corrupción hedonista del Consumismo parece estar dejando sin juventud a la ortodoxia comunista" (pp. 100-101).

En otros de los "rincones" de este libro, el autor establece: "La relación profunda entre pacifismo y democracia es tan clara como oculta. Se trata simplemente de sustituir la decisión armada, que, en principio conduce a la victoria del más fuerte, por la negociación económica, que conduce al dominio del más rico. Esto es así porque, la democracia, por sus mismos principios, postula la transitoriedad del gobernante, cuya potestad depende de las elecciones populares, dentro de ciertos límites constitucionales. Esto quiere decir que el gobernante aparente, al no ser estable, no tiene el poder realmente decisivo, sino que éste debe reservarse a un cierto grupo de personas que, por su gran potencia económica, pueden controlar la vida social, dentro de cada Estado, incluyendo el mismo resultado de las elecciones, pero a la vez, puede establecer un sistema de entendimiento supranacional permanente. De este modo, la Democracia es, en el fondo, una Criptocracia plutocrática, para que la negociación, los negocios, es su oficio, y no la violencia militar... Por este camino de la Criptocracia encubierta bajo apariencias democráticas, es el mismo Estado el

que viene a caer en crisis; se convierte también él en un puro instrumento de la Sinarquía mundial" (pp. 105-106).

De este modo, la crisis del Estado —un producto de "una patente claridad y eficacia muy típicas del lúcido genio del pueblo francés"— resulta un hecho innegable. Las armas atómicas superan la territorialidad de las fronteras. Ello supone el control de bases en puntos distantes de la potencia principal que las instala, con lo que comporta "una nueva forma de enclave en territorios ajenos; en definitiva, un quebranto de la idea de soberanía propia de la teoría del Estado" (p. 106). Por el otro lado, se ha desfondado la idea de la autarquía o autosuficiencia nacional, "y esto contribuye poderosamente a reforzar aquel poder sinárquico, que, organizando instituciones internacionales con funciones económicas y fomentando la prepotencia de las empresas multinacionales por el juego de la competitividad, acaba por aular la independencia económica de los Estados" (p. 107). Y esta crisis del Estado también se manifiesta por una cierta relajación de la autoridad interna de los propios Estados. Esto toca directamente a España, convertida, "por la Democracia, en un "Estado de las autonomías". Pero, en forma curiosa, también a Francia, la gran sostenedora de la idea de Estado, puesto que ha sido de Francia precisamente de donde salió el plan de una organización del territorio europeo como conjunto de regiones: la "Europa de las regiones".

El autor se declara abiertamente contrario a este tipo de "unidad del mundo": "La unidad forrada de un Estado universal sería contraria a la libertad y, por ello, a la Moral cristiana. Pero tampoco parece ser conforme con la voluntad de Dios, pues atenta igualmente contra el dogma del Reinado actual de Jesucristo, la unidad universal que pretende conseguir el gobierno sinárquico al que nos hemos venido refiriendo; antes bien, este poder universal secreto, cuyo fin es el dominio universal por el control económico, es esencialmente anticristiano" (pp. 115-116). "La única unidad universal positivamente querida por Dios es la de la Iglesia, y parece conforme a esa misma voluntad que coexistan distintas potestades en el orden político, ajustadas a las diferencias naturales de las naciones: a la unidad de la Iglesia corresponde la pluralidad del mundo secular, y la unidad política del mundo secular, en cambio, atenta siempre contra la unidad santa de la Iglesia" (p. 116).

Las tesis del autor se mantienen ante un reconocimiento de la realidad de este Poder Mundial actuante: "No negamos que exista actualmente en el mundo un cierto orden, precisamente el impuesto por la victoria militar con que terminó la Guerra Mundial en 1945... pero no parece que este orden haya de ser permanente, y por ello presentimos que una nueva violencia habrá de subvertirlo. Pero esta subversión habrá de ser total. No es probable, dada la unidad del mundo a que antes nos hemos referido, que pueda darse una subversión, constitutiva de un mejor orden nuevo, en un territorio particular. Aunque el Ejército sea el defensor de la constitución natural de un determinado pueblo, no parece posible que, en el futuro, un sólo Ejército nacional pueda operar ese cambio radical aisladamente. La fuerza de la sinarquía mundial no permitiría una subversión local de ese tipo. Esta situación de fuerza universal no es, desde luego, irreversible, pero difícilmente puede ser conmovida por una subversión que no sea total" (p. 119).

En las circunstancias actuales, el Consumismo parece llevar un rostro más allevadero. "No deja de haber aquí un cierto aire de libertad, aunque las elecciones suelen estar muy condicionadas por la seducción de masas, que ha alcanzado una perfección técnica irresistible, y que esta apariencia de libertad falta en el hemisferio comunista. Pero no es menos cierto que el deterioro humano del Consumismo, al ser más placentero e insensible, resulta por ello mismo mucho más letal que la brutal disciplina del Comunismo. Este, por lo menos, puede hacer mártires, en tanto el Consumismo no hace más que herejes y pervertidos" (p. 122). Incluso advierte una ventaja del Este y es que no sufrió la corrupción protestante, "de suerte que, bajo la larva marxista que hoy lo domina y le da carácter, se esconde todavía un cristianismo, aunque pueda ser cismático, menos contaminado que el del Oeste, corrompido por la Reforma protestante. Si algún día esa larva marxista pudiera ser eliminada, quizá sería del Este de donde otra vez habría que esperar la luz: "¡Ex Oriente lux!" Y bajo el quizá mito de Moscovia como la "tercera Roma" no sabemos si no late todavía una verdad misteriosa que el futuro nos pueda develar. Pero el futuro sólo es de Dios, y los hombres no podemos predecirlo sin una gracia especial para ello" (p. 122).

"En definitiva, puede haber una guerra mundial o puede ésta no ser necesaria, pero, en todo caso, ese nuevo orden sólo puede venir por la "violencia de Dios", la "theou bía" que decían los griegos, como sería también la de inesperadas conversiones "tumbativas", que no han de ser necesariamente singulares como la sufrida por Saulo camino de Damasco. En todo caso, es el mismo Dios quien nos habla de una victoria final de Cristo Rey, y las victorias implican siempre violencia: para un nuevo orden, una nueva violencia" (pp. 122-123).

Quizás, en nuestra tarea de reseñador, se nos ha ido la mano en cuanto a la nuestra más o menos extensas citas del autor, pero la forma tan particularmente interesante como está escrito el libro, así lo exigía.

ALFREDO DI PIETRO

LA OBRA DE JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Juan Vallet de Goytisolo tiene un bien ganado prestigio en los medios jurídicos especializados, que no es preciso en absoluto encarecer. Notario de Madrid desde muy joven y hasta su reciente jubilación —tras la que ha mutado su quehacer profesional consagrándose al ejercicio de la abogacía—, ha desplegado una intensa actividad en la Unión Internacional del Notariado Latino, de la que ha ostentado la presidencia, y en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la que ocupa la Secretaría General, siendo uno de los académicos de número más antiguo al tiempo que más activo.

Como civilista, en especial en lo que al Derecho de Sucesiones hace, está entre las primeras cabezas espeñolas y aun europeas. A su viejos *Apuntes de Derecho Sucesorio* (1955), que por tantos opositores a notarías han pasado, o

a los novedosos tomos sobre *Las legítimas* (1974), ha venido añadiendo unos *Estudios de Derecho de Sucesiones* (1980-1983) de los que van publicados seis gruesos volúmenes, y, últimamente, como en una recapitulación de su obra, un *Panorama del Derecho de Sucesiones* cuyo segundo y último tomo, tan original como maduramente erudito, apareció en 1984.

Menos conocida, en cambio, y aunque desde antiguo haya venido desarrollándose paralelamente a sus actividades iusprivatísticas, es su dedicación a la filosofía jurídica, campo en el que también se le deben valiosas aportaciones. Principalmente una ambiciosa tarea de inserción del pensamiento tomista en los problemas jurídicos y políticos más apremiantes de la hora presente, en una línea que —saltando por encima de las deficiencias de que han venido acompañados los "neotomismos"— resultan cabalmente continuadora y renovadora del iusnaturalismo clásico, en especial en lo que se refiere al método y al concepto de naturaleza. Desde *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico* (1965) a los *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino* (1976), ofrecido en homenaje a don Federico de Castro, una buena parte de sus afanes ha quedado para la filosofía jurídica. Una filosofía jurídica a la que ha llegado siempre —y esto es también lo destacable— partiendo del conjunto de investigaciones realizadas en sede propiamente jurídica, pues no en vano —por seguir la calificación hecha por la prestigiosa revista *Archives de Philosophie du Droit* en su tomo 32 (1987)— se trata de un jurista filósofo y no de un filósofo académico. Precisamente, no hace muchos años, en la apertura del curso de la Academia de Jurisprudencia pudimos oír de labios de Antonio Hernández Gil un significativo paralelismo entre las tesis iusfilosóficas de Michel Villey —profesor de la Sorbona recientemente fallecido y autor de los más polémicos y audaces en el panorama de la disciplina— y las de Juan Vallet, subrayando el vigor, la originalidad y la ponderación del pensamiento de éste.

Pero Vallet ha rebasado ampliamente los moldes de lo jurídico con su ocupación por los problemas de filosofía política y social. En este sentido puede considerársele como un campeón de las libertades concretas y de los cuerpos intermedios en la organización de la sociedad. Aparte de más de media docena de obras menores quiero referirme especialmente a cuatro. En primer lugar, en *Sociedades de masas y Derecho* (1969) realizan *in extenso* la diagnosis de la enfermedad social que por excelencia conocen nuestros días. Por amplitud de miras, variedad de enfoques y profundidad de tratamiento este *opus magnum* deberá ser referencia inexcusable para cualquier aproximación a la crisis de la modernidad. En segundo término, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia* (1971 y 1975), obra por la que es conocido principalmente en Italia, Estados Unidos e Hispanoamérica, y que le ha valido la participación en congresos, simposios y seminarios celebrados en numerosos países, es una bajada a la arena polémica del "fin de las ideologías" y una demostración de cómo las perspectivas parciales —la inteligencia divorciada de lo real— llevan a una acción uniformante total y constriñen a fabricarse un mundo imaginado, donde enseñorean la tecnocracia y el *socialismo sin rostro*. En tercer lugar, en su discurso de ingreso como numerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen* (1986), nos muestra a un Costa anticipadamente opuesto a la concepción kelseniana del derecho, de la que advierte que aunque es cierto está en retroceso en filosofía

del derecho, sigue imperando en cambio en el mundo político. Finalmente, su "relectura" de Montesquieu –que ha obtenido el premio concedido por la Academia de Burdeos–, *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes* (1986), nos presenta un "nuevo perfil de tal autor, más cercano a Santo Tomás y a Giambattista Vico que a Hobbes, Locke o Rousseau, y que, en palabras del filósofo Rafael Gambra, ha de causar asombro a quienes consideran Montesquieu, como uno de los padres del constitucionalismo pactista moderno. Pero aun me atrevería a mencionar otra gran obra que en lo formal difiere sustancialmente de las anteriores. Es una obra que está viviente entre sus numerosos amigos y en todos cuantos de un modo o de otro se han –nos hemos– beneficiado de su magisterio. Porque Juan Vallet no un intelectual retirado e inaccesible. Es un sabio que trabaja en equipo, que alienta proyectos ajenos y anima cuantas empresas a él acuden. Principalmente en el seno de la revista "Verbo", de formación cívica y acción cultural según el derecho natural y cristiano, de la que es director y en la que se ha dejado muchas horas y sacrificios sin cuento para elevarla al alto nivel científico que la distingue. Esta es quizá su obra más querida y en la que más patentes se han hecho sus valores humanos en los casi treinta años de existencia de la misma.

Pero la obra de nuestro autor sigue creciendo y desarrollándose, alcanzando –por una parte– nuevas empresas, y trabando –por otra parte– síntesis más depuradas. Si aquello se acredita en su libro, todavía inédito, *Religación, tradición y dialéctica en la historia y en el derecho de Cataluña*, esto se hace palmario en la *Metodología jurídica* (1988) de que paso a ocuparme.

En este libro –originado en un recurso de doctorado impartido por él en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) durante el curso 1987-1988– recapitula una buena parte de sus aportaciones a la filosofía jurídica, ordenadas y sistematizadas. Ahí radica su importancia y eso explica al mismo tiempo que hayamos preferido la referencia a la global ejecutoria del autor que el análisis por lo menudo de la obra. Puesto que articula en un sistema maduro y coherente –por más que nunca cerrado y excluyente– las ultimidades del pensamiento jurídico su autor. En cierto modo es otra forma de presentar –indudablemente más asequible– el ingente material compilado en sus *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico* (1982).

Lo primero que llama la atención es la paradójica –modesta en su presentación y ambiciosa en su ejecución– reducción de su pensamiento a simple "metodología". Efectivamente, lo característico del pensamiento filosófico-jurídico de Vallet de Goytisolo –lo ha subrayado recientemente uno de los más destacados cultivadores de la iusfilosofía en nuestra patria, el profesor Sánchez de la Torre– no puede fijarse exclusivamente en el proceso de coronación de los distintos grados del saber jurídico, experiencia y sentimiento jurídico, análisis cintíífico y su progresividad hasta la comprensión intencional de la esencia global del Derecho, sino también en su propia autolimitación metódica y su íntimo pudor en advertirse a sí mismo como investigador en "filosofía". Prefiere por ello enunciar sus propias investigaciones como "metodología", aunque está claro que se trata de estricta filosofía jurídica. Pero, al mismo tiempo, es también notable la ampliación que de la metodología hace en su obra, y que considera exigida por la inteligencia de toda la historia del derecho al tiempo

que reclamada por la propia realidad actual. De ahí que no titule su obra *Metodología de la ciencia del derecho* ya que, en su entendimiento, una metodología jurídica cabal debe desarrollarse en tres niveles: para hallar las normas y formular las leyes para realizar el derecho como lo justo concreto y para elaborar la ciencia del derecho.

En la doble vertiente de la sistematización y de las aportaciones históricas va desarrollándose el discurso del autor. Que comienza con un panorama sobre los diversos saberes humanos, de la mano sobre todo del tomo I del *Tratado de Filosofía del Derecho*, del profesor Elías de Tejada; que sigue con los conceptos de derecho y de sus fuentes en relación con el método; que aborda, a continuación, el examen de la trascendencia e inmanencia del derecho; entrando ya de lleno, seguidamente, en el estudio del método jurídico según el triple nivel a que antes nos hemos referido. Desde este ceñido y sugerente entendimiento del método jurídico, Vallet toma el hilo de los jurisconsultos romanos y de los autores del *ius commune*; pasa revista al derecho natural clásico, a los pensadores de la escuela del derecho natural y de gentes y a los neotomistas; somete magistralmente a análisis las aportaciones de Vico y Montesquieu, pues no en vano es Vallet uno de los más profundos conocedores del napolitano y del bordelés; y se ocupa de la extensa gama de positivismos —legalistas, historicistas, sociológicos o judiciales— que han ido marchitando el sentido de lo jurídico. Finalmente va presentando el camino, lento y erizado de dificultades, que, a través de la jurisprudencia de intereses y la fenomenología, ha ido últimamente abriendo la ciencia y la filosofía del derecho alemanas hacia una superación del positivismo; así como el renacimiento del derecho natural. Un último ensayo —el capítulo XV y último— lleva el título de "recapitulación constructiva y conclusiones": es una joya donde destacan con especial brillo algunas de las aportaciones más importantes de la obra, ya sea la valoración de las propuestas de Coing o Larenz para una metodología de la ciencia del derecho, o la reflexión sobre el ámbito que las leyes deben abarcar, o la exposición del método que debe seguirse para determinar en concreto lo justo y que conjuga la diagnosis jurídica del hecho con la selección de la norma aplicable.

Juan Vallet de Goytisolo, pues, sigue enriqueciendo incansablemente el panorama jurídico español, fiel a su concepción —influida por la de Michel Villey pero a la que ampliamente supera en una pauta de confrontación y ponderación que exige paralela y conjuntamente la deducción y la inducción— de que el derecho natural constituye sobre todo un método que combina el conociminento de la cosa en sí misma con el examen de las consecuencias dimanantes de las cosas. Método por medio del que es posible conocer principios sociales y ver si la acción humana se adecua a la naturaleza y, en su caso, evitar y corregir los errores de concepciones parciales que se imponen como totalizantes. Por eso, el derecho natural es, para nuestro autor, un método para hallar soluciones justas induciéndolas del orden de la naturaleza y por eso en su —por el momento— última obra ha vuelto a mostrarse como —según le definió Francisco Elías de Tejada— "jurisconsulto total, maestro en el arte, en la ciencia y en la filosofía de derecho".

MIGUEL AYUSO TORRES

"PROPIEDAD INDIVIDUAL VERSUS PROPIEDAD COLECTIVA", por *Paolo Grossi*. "*Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*". Traducción española, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., colección Ariel Derecho, 1986, 188 págs.

I. En el comienzo de una indagación sobre el concepto del "dominio público", y hurgando conceptos generales, me he encontrado con este ensayo que quiero dar a conocer. La verdad es que adentrarse en este tema de la propiedad, a mi juicio, se torna cada vez más difícil, sobre todo cuando de por medio haya un sincero interés científico; pues es común que el concepto mismo de propiedad se presente mediatizado ideológicamente; ello impide, si se ha de ser sinceros, comenzar su estudio sin un prejuicio en nuestra mente. Este libro de Paolo Grossi es una clara demostración de lo anterior, como él mismo da cuenta. La obra original, en lengua italiana ("«Un altro modo di possedere». La emersione di forme alternative di proprietà alla cosciencia giuridica postunitaria", Milán, Giuffré Editore, 1977, nº 5 de la colección "per la historia del pensiero giuridico moderno"), tiene dos partes: la primera, el "dibattito europeo", y, una segunda, la "vicenda italiana"; pues bien, de esta segunda parte sencillamente se prescindió en la edición española que comentamos; pienso que, independientemente de estar de acuerdo o no con el análisis de Grossi, es bueno conocer el último capítulo —el 4º— de la segunda parte de la edición italiana ("problemi de costruzione giuridica"), en que son resumidos muchos planteamientos, y se propone por Grossi una tentativa de construcción jurídica, que, al fin y al cabo, debe examinarse para poder acoger o no sus argumentos; todas estas observaciones las efectuamos sin considerar el valor de la obra, únicamente como crítica a la técnica editorial, ya que creemos que las traducciones deben ofrecer el texto íntegro de las obras, como en otras ocasiones magníficamente lo ha demostrado Editorial Ariel. Como dato complementario, la edición inglesa de esta obra ("An Alternative to Private Property. Collective property in the juridical consciousness of the nineteenth century", Chicago-London, The University of Chicago Press, 1981), contiene no sólo toda esta segunda parte, sino, además, una "prefazione" de Grossi (también excluida en la edición española), y un útil "Index", tanto de materias como de autores.

Paolo Grossi es profesor de la Universidad de Florencia, y director del Centro de Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno y de su órgano de difusión, los "Quadermi Fiorentini".

II. *El debate europeo*. La indagación de Grossi tiene por objeto una reflexión sobre las formas de propiedad; se declara él mismo cauteloso ante la compleja clave ideológica que morodea a este tema: según él "propiedad individual y propiedad colectiva no son de por símbolos de ideologías contrapuestas" (pág. 28), con lo que estamos de acuerdo, pero declaramos que el peligro está en las matizaciones, en que el mismo Grossi, como veremos, incurrirá. Mas, el deseo declarado del autor es conseguir elaborar un concepto jurídico de "propiedad colectiva", que nada tenga que ver con un problema y una instancia de colectivización general; él cree que la historia ha conocido ampliamente otro modo de poseer, minimizado por el individualismo, y que es precisamente lo que

trata de hacer resurgir; en definitiva, su pretensión es colocar al lado del modelo "propiedad individual" la propiedad colectiva, como alternativa.

El debate europeo, de que da cuenta esta edición española, se desarrolla —junto a una introducción— en seis capítulos, a través de los cuales, se enfrentan, por un lado, los testimonios "colectivistas", podríamos decir, de Maine y Laveleye, con, por otro lado, el impugnador de tales tesis colectivistas: Fustel de Coulanges. El problemas de las formas históricas de apropiación, según Grossi, habría constituido uno de los grandes problemas "culturales" del siglo XIX.

El testimonio de Henry Sumner Mayne (Capítulo I, págs. 53-86) es, en verdad, "provocador"; a su entender, "el monopolio y la prepotencia de una cultura de cuño romanista han colocado entre los desperdicios de la historia a la propiedad colectiva" (cit. en pág. 72); dirigiendo sus empeños intelectuales no sólo a tratar de desentronizar el modelo "propiedad individual", sino el modelo "cultural" del que se hacía portador (entiéndase: iusnaturalismo). En la misma línea, Emile de Laveleye (Capítulo II, págs. 87-113) cree probar que el dominium exclusivo es reciente, y que, desde tiempos primitivos, la verdadera forma de poseer es la colectiva. Es notorio el entusiasmo del autor por estas tesis; a su juicio "las teorías justificativas del surgimiento de la propiedad individual adoptadas por dos mil años de fertilidad inventiva de los politólogos, filósofos y juristas quedan demolidas y aun ridiculizadas" (pág. 99), lo que —creemos— no es ni correcto ni tampoco un modo ponderado de enfrentar las cosas.

Si es notorio el entusiasmo del autor por aquellos testimonios, también lo es su animadversión por el pensamiento de Fustel de Coulanges (Capítulos IV, V y VI, págs. 131-188); creemos que sobre él nada necesitamos decir, pues es suficientemente conocido que el autor de "La ciudad antigua" sigue la tradición romana.

III. *Comentarios*. En suma, la conclusión de Grossi es que la noción de propiedad individual no se conocía antes de la Revolución Francesa, que habría sido una creación de la época, y que por el influjo del individualismo se ha relegado al olvido el otro modo de poseer: el colectivo.

En mi opinión, guiado por mis actuales reflexiones, el actual y gran debate sobre la propiedad dice relación con la determinación de su subjetividad u objetividad: ¿es la propiedad el principio epistemológico del derecho?; y, en relación con el dominio público (incluso bienes "del Estado"), ¿se puede trasladar estas nociones al campo iusadministrativo?

No podemos dejar de pensar en lo huérfana que se encuentra la noción actual del dominioo público, precisamente porque tradicionalmente se la ha intentado explicar a base de categorías civilísticas; si estamos de acuerdo en que actualmente el derecho civil, por sí solo, es incapaz de explicar las relaciones jurídicas que se producen entre los particulares y el moderno Estado administrador, debemos modelar nuevas nociones alejadas de la conflictiva —y quizás, hasta cierto punto, insuficiente— concepción de "propiedad" en sentido privado (¿es que todo tiene que ser propiedad?); y ubicar estas nociones, a mi parecer,

y para el caso del dominio público, más cerca de los "fines", los que, en cierto modo, podrían justificar aquello que llamamos potestades administrativas, que vemos surgir por doquier.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

"ESTUDIOS SOBRE LA FORMA DE LAS LEYES". Grupo de Estudios sobre técnica legislativa Gretel: *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1986, 318 págs.

1. No es la técnica legislativa un tema que haya llamado suficientemente la atención de los juristas; de hecho, como lo señalan sus autores, éste es el primer libro sobre el tema que se edita en España; esta carencia de interés doctrinal no es repetible para otros países del concierto europeo, donde existen excelentes obras, algunas de las cuales sirven de apoyo a muchas opiniones de los autores de esta colectánea; referencia especial merecen los trabajos de Müller y Schneider en Alemania Federal; Thorton en Inglaterra; y, una serie de escritos dispersos en Italia (como dato adicional, desconocido por los autores, existe en idioma castellano un trabajo publicado en Chile: Jorge Tapia Valdés, *La técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, 104 págs.). Por otro lado, el ordenamiento jurídico positivo español nada dice al respecto, en contraste con otros países europeos, que presentan importantes avances; especialmente, Alemania Federal, Austria, Suiza, y, recientemente, Italia; dichos países cuentan con ciertas "Directrices" que contienen criterios básicos, con el fin de uniformar la calidad de los textos legislativos.

Como se verá, es este un libro que trata de aspectos un poco insólitos para la mente del jurista que, tradicionalmente, lleva a cabo tareas de dogmática jurídica, la que es completamente diferente a la actividad tendente a la *elaboración* de los textos jurídicos (*"ingeniería social"*, como se la califica aquí, pág. 11). No se piense pues que sus únicos destinatarios habrán de ser quienes trabajan en el campo de la creación del derecho: políticos y legisladores de hecho o de derecho; si bien es imprescindible para ellos el conocimiento de esta obra, lo es también para el jurista-intérprete de la ley, pues los riquísimos elementos que en este libro se entregan, sobrepasan dichas técnicas, y entran derechamente, en muchas ocasiones, al análisis de sus presupuestos y consecuencias dogmáticas.

2. El contenido de los distintos estudios, como está dicho, aborda los diferentes aspectos formales de la técnica legislativa (con referencia especial a la legislación catalana, pero perfectamente repetible *mutatis mutandis* para cualquier otra legislación); su criterio general apunta a la más correcta estructuración formal de la ley. Su texto discurre a través de diez estudios, cuyos autores (Pablo Salvador Coderch; Miguel Martín Casals; Carles Viver i Pi-Sunyer; María Teresa Castiñeira Palou; Pedro Kirchner; y R. F. Andugar) son miembros de este Grupo de Estudios sobre técnica legislativa (Gretel), y se refieren a los siguientes temas: I) *Introducción* (breve, necesaria e instructiva introducción), ps. 7-27; II) *El título de las leyes*, ps. 29-58; III) *Preámbulo y*

disposiciones directivas, ps. 59-92; IV) *la promulgación y la fecha de las leyes*, ps. 93-103; V) *División de las leyes*, ps. 105-125; VI) *La parte final de las leyes*, ps. 127-195; VII) *Las leyes modificativas*, ps. 197-220; VIII) *Las remisiones*, ps. 221-241; IX) *reglas de citas*, ps. 243-257; X) *la publicación de las leyes*, ps. 259-290; termina este libro con la proposición de unas «directrices» (ps. 293-304), y un listado de leyes catalanas. No siendo posible referirse a cada aspecto analizado con el detalle deseado, destacaremos sólo algunas ideas que hemos estimado importantes:

a) *El título de las leyes*. Es importante retener lo señalado en cuanto a que «el título oficial de la ley tiene un significado específicamente jurídico: desde luego es parte de la propia ley (es aprobado junto con el resto de la misma) y participa por tanto de la "fuerza de ley". Dogmáticamente se traduce en que es utilizable para interpretar sus disposiciones como un elemento más que es de la ley» (p. 32), pues más de una vez se han abrigado dudas al respecto; se analizan detenidamente las tres partes que, desde el punto de vista jurídico, tiene el título de la ley: la indicación de su categoría normativa («*Ley*...»); su fecha y número; y la indicación del objeto de la norma. Se resalta la importancia de una correcta numeración, práctica relativamente reciente, que permite identificar y citar exacta y económicamente a las leyes, sobre todo en la actual situación de «inflación legislativa», o de «legislación motorizada», en la acertada expresión de Carl Schmidtt; destaca el caso de Alemania Federal, país en el que existe una directiva que establece claras reglas para diferenciar el «nombre oficial» de las leyes, con su forma de citarlas (y ejemplo de lo cual se señala aquí). Atendibles proposiciones encontrará a lo largo de este parágrafo el legislador, sobre un aspecto importante como es el título, primer acercamiento al texto de la ley por parte del lector-intérprete; «debe conseguir identificar y descubrir exclusiva, rápida, exacta, clara, breve y plenamente» (p. 41), lo que —todos sabemos— no siempre es así. En todo caso, téngase presente que, como sentencia el autor «no hay un buen título para un mal contenido» (p. 46).

b) *Preámbulo y disposiciones directivas*. En las directrices extranjeras, normalmente se establece la necesidad de motivar los proyectos legislativos sobre aspectos a veces olvidados por el legislador, su finalidad es evitar las leyes inútiles o, incluso, dañinas; a veces, quizás, es mejor no legislar, decisión ésta que debe ser razonada suficientemente con anterioridad. Es altamente necesario que los «antecedentes» de los proyectos contengan estos razonamientos: saber los puntos esenciales de la ley; si existen alternativas a la actuación legislativa; sus efectos, ya sea económicos, jurídicos (incluyendo una «tabla de derogaciones»), en fin, costos sociales. Encontramos aquí importantes consideraciones sobre el preámbulo; de su nulo valor normativo y sólo interpretativo; su relación con el señalamiento del objetivo de la ley (que no de su finalidad); importante diferenciación del «fracaso teórico» y del «fracaso de la ley»; el señalamiento de contenidos que no corresponden a la ley (v.gr.: *lex iubeat, non laudat*), consideraciones tantas veces olvidadas. En fin excelentes proposiciones acerca de las «disposiciones directivas» (*Leitvorschriften*), importantes éstas por su carácter dispositivo, y guía del intérprete para conocer la finalidad perseguida por las leyes.

c) En cuanto a la *promulgación y la fecha de las leyes*, de acuerdo a su autor, «desde una perspectiva de política legislativa, existen argumentos más que suficientes para afirmar que la promulgación es un acto perfectamente ocioso que podría y, en rigor, debería ser sustituido por la simple orden de publicación» (p. 95); en todo caso, junto con señalar los rasgos actuales de esta «figura evanescente, instituto falto de unas características propias y específicas bien delimitadas» (p. 96), como no se duda en calificar a la promulgación, y sin cerrarse el autor en esta actitud dogmática, encuentra aquí el legislador importantes indicaciones; lo mismo que en cuanto al tema de la fecha de las leyes.

d) Capítulo importante el dedicado a la *división de las leyes*, con el objeto de uniformar su sistemática, a partir de la unidad básica de toda ley: el artículo; su correcta tipografía; numeración y construcción formal, son objeto de recomendaciones y análisis.

e) La *parte final de las leyes*. Se analiza aquí los tres tipos de disposiciones de que se compone la parte final de las leyes: disposiciones adicionales; transitorias y finales; es este un capítulo muy bien logrado, con excelentes proposiciones; ordenado análisis metodológico y dogmático. Se ordena la verdadera «maraña» en que se han transformado la parte final de las leyes de todos los días, en las que vemos introducir los mismos contenidos en una u otra categoría de disposiciones, y viceversa, casi no encontrándose en las recopilaciones legislativas un par de leyes de factura homogénea. El autor propone suprimir estas tres categorías, sustituyéndose por un solo capítulo con título genérico: «disposiciones finales». Pero como la generosidad intelectual de nuestros autores no se plantea límites, para el caso de que «se considere útil mantener estas tres categorías, ya sea por tradición...» (p. 136), se señala algunos criterios básicos a respetarse, y se propone un orden y clasificación de las grandes categorías que debieran componer las disposiciones adicionales, transitorias y finales; consideraciones todas éstas llenas de contenido útil para una buena técnica legislativa, y de tanta riqueza, que nos remitimos, sin más a ellas: ps. 136-195, las que considero de lectura casi "obligada" (como todo el libro, por cierto) para nuestros «facedores y desfacedores de leyes».

f) Las *leyes modificativas*, son objeto de una serie de recomendaciones, sobre sus partes; su ordenación; sus fórmulas; y datos a incluir, con el objeto de evitar ambigüedades y de que sirvan de verdadera ayuda al intérprete.

g) Las *remisiones*. Es importante considerar detenidamente los criterios a seguir en cuanto a remisiones; es ésta una técnica jurídica que plantea problemas muy heterogéneos, y debe tenerse en cuenta: la certeza del derecho y su comprensibilidad, su clara accesibilidad. Luego de un excelente análisis sobre las formas de efectuar las remisiones, de sus consecuencias dogmáticas, y de sus paradojales contrastes, pone en evidencia el autor lo peligroso del uso indebido de esta «arma de doble filo» (p. 241).

h) Las *reglas de citas*; se incluye una serie de recomendaciones con el fin de unificar criterios, y facilitar su uso (incluso informático), proponiéndose, además, un listado de abreviaturas (p. 255). Esperamos un esfuerzo similar por parte de los hacedores de leyes.

i) Por último, es objeto de análisis la *publicación de las leyes*. Junto con exponerse la disputa doctrinal sobre su validez, pone en evidencia el autor cómo la publicación de las leyes en el Boletín Oficial del Estado (Diario Oficial) es una mera exigencia legal (Código Civil), no tiene esta exigencia carácter constitucional; por lo tanto, es sólo un modo tradicional y habitual de hacerlo; pero, concluye: «la institución del Diario Oficial o Boletín Legislativo constituye un punto de no retorno en la seguridad jurídica que cabe superar pero en relación al cual no cabe retroceder» (p. 266). Defiende el autor una amplia *vacatio legis*, mostrándose crítico —con razón, pensamos— con la práctica de las leyes que entran en vigor el mismo día de su publicación; sus razones: «primero, la exigencia de publicación no es una ficción ni puede vaciarse simplemente de contenido pues, en segundo lugar, publicación de una ley no es una mera impresión de la misma en los talleres del Diario Oficial. Antes bien, es algo que supone un *plus*: la edición y distribución del Diario Oficial de forma tal que se pueda tomar objetivamente conocimiento de su contenido» (p. 273), frases lo suficientemente expresivas, que nos ahorran todo comentario [me permito hacer aquí una pequeña indicación bibliográfica: junto con la aparición reciente en España del libro de Jorge Rodríguez Zapata, *Sanción, promulgación y publicación de leyes*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, sobre el tema del conocimiento del derecho, Vide recientemente también, el excelente estudio de: Hernán Felipe Corral Talciani, *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, 314 págs., especialmente capítulo VII, p. 285 y sigtes.]. Finalmente: los errores; según el autor, por cierto, ellos son inevitables, y lo importante es disponer de regulación adecuada para su corrección.

Termina el libro con unas «directrices», cuyo contenido se encuentra razonado previamente en los estudios anteriores; si bien se formulan como «Directrices», o (en puridad) como recomendación o proposición de Directrices, ellas constituyen propiamente las conclusiones de estos trabajos; son señaladas, por lo demás, admirablemente, con una técnica —como la predicada para las leyes: breves, precisas y claras. Para ser tomadas en cuenta.

3. A la hora de valorar este libro, creo que el balance es altamente positivo; me parece que es un libro de aquellos que para quienes trabajan diariamente con las leyes, no importando la rama del derecho que se cultive, no es recomendable dejar de leerlo; sobre todo por los valiosos elementos que proporciona para su interpretación. Veo en él un libro "trabajado"; es notorio y fluye de su texto el intenso análisis previo, no sólo de la doctrina sobre el tema, sino, en especial, de las leyes, cuya forma es su objeto particular de análisis. Tiene el mérito de abrir camino a temas usualmente no tratados, y que, creemos, a partir de ahora serán objeto de una mayor preocupación, y a cuyo esclarecimiento importantes aportes ofrece esta excelente colectánea. No sólo ofrece análisis y recomendaciones de la forma que deben adoptar las leyes, sino también, y siempre con acierto, un estudio previo de las consecuencias jurídicas de cada solución, lo que acrecienta el interés para quienes no están llamados a redactar leyes, sino a interpretarlas o aplicarlas.

Pienso que no debo eludir el merecido elogio a sus autores; trasluce de esta obra una gran generosidad científica, esa tan escasa virtud, generosidad plan-

teada desde la misma idea de sus autores de agruparse para estudiar en conjunto, en pro del avance de la técnica legislativa, aspecto que a ellos mismos se les debió plantear como una novedad en un principio. Su actual trabajo es una entrega no sólo a la crítica de la comunidad científica, como cualquier otra obra, sino, más que eso, a un fin social concreto: lograr una mejoría en la técnica de elaboración de las leyes.

Hay una asombrosa homogeneidad en los trabajos, pues el libro se deja leer de corrido; no hemos señalado más arriba al autor de cada trabajo, no por falta de espacio, ni por comodidad u olvido, sino premeditamente, con el fin de resaltar la unidad de grupo científico que veo en ellos (sin conocerlos personalmente); creo que incluso ni a sus autores importará mucho esa omisión mía; es que ellos no han hecho simplemente un libro con trabajos de varios autores, sino que, en este caso, varios autores han hecho un libro; es el fruto de un estilo de trabajo que se deja ver en el texto; si bien es obvia la autoría de cada trabajo, fruto del estudio individual, es también notoria la mutua colaboración; no vemos un abandono de cada autor a la búsqueda exclusiva de argumentaciones para sostener los propios plnateamientos; en el mismo lenguaje de cada escrito se puede verificar ese trabajo de grupo tan necesario; la discusión de ideas; ni un cerrado «dogmatismo»; ni un cerrar caminos; en fin, una entrega científica digna de resaltar. Su tópica son las recomendaciones; nada de creer tener la última palabra; tampoco vemos en ello falsa modestia; un botón de muestra: «este libro es sólo un primer paso (...) y, como todo paso aislado, queda en algo inútil si nadie da otro más y otro y otro (...); en verdad, el mejor destino que puede experimentar este libro es verse prontamente superado» (p. 27).

Pienso que si de superar este libro se trata, podrán hacerlo sus autores, pues el acervo que habrá ganado Gretel se presenta, hoy por hoy, difícilmente superable; no debe por tanto desdeñarse todo ese vagaje, y esperamos pronto ver cumplida su promesa de dejar «para otra ocasión los aspectos más materiales de la técnica legislativa como son, por ejemplo, los relativos al lenguaje legal y al utillaje conceptual que sirven para montar cualquier ley y ensamblarla adecuadamente con el resto del ordenamiento jurídico» (p. 9). Esperamos.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Impreso en los Talleres Gráficos de
UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 — Buenos Aires