

34
PCI



PRUDENTIA IURIS

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



Agosto 1995

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

Suplentes:

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,
Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

Secretario Académico:

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Junta Asesora:

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,
Dr. JOSE O. CLARIA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

PRUDENTIA IURIS

NUMERO 38

Agosto 1995

SUMARIO

<i>Hugo Luis Dalbosco: Una lección perdurable</i>	5
<i>Eugenio Luis Palazzo: Los nuevos aspectos de la cuestión social en la doctrina de la Iglesia y en la reforma constitucional de 1994. Rango constitucional del Protocolo de Buenos Aires</i>	9
<i>Adalberto Zelmar Barboza: Sacheri y la complementariedad de las obras ...</i>	23
<i>José Luis de Imaz: Carlos Alberto Sacheri: el universitario</i>	29
<i>Alberto Rodríguez Varela: Carlos Alberto Sacheri (El hombre de pensamiento)</i>	33
<i>Homenaje de las facultades de Derecho y Ciencias Políticas y de Economía y Ciencias Sociales al Profesor Doctor Carlos Sacheri con motivo de cumplirse el 22 de diciembre de 1994 20 años de su muerte</i>	39
<i>Jorge Alejandro Amaya: El movimiento consumidor, reflexiones propias y compartidas en torno a su protección</i>	41
<i>Eduardo A. Barreira Delfino: La capacitación en el sistema financiero</i>	75
<i>Camilo Tale: El pensamiento filosófico-jurídico de Werner Goldschmidt (Exposición y comentario crítico)</i>	85
<i>Trabajo práctico acerca de la objeción de conciencia</i>	127

*Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.
Queda hecho el depósito que marca la ley.*

UNA LECCION PERDURABLE

HUGO LUIS DALBOSCO

En ciertos ámbitos del saber, como el humanístico, muchas veces el tiempo y la fluidez de la vida se encargan por sí mismos de probar la consistencia de una doctrina. Si esta apunta a lo esencial, no será afectada sensiblemente por el paso del tiempo ni por el a menudo azaroso cabalgar de las modas intelectuales. Esta experiencia, que quienes sobreviven en los ámbitos académicos conocen de sobra, puede aplicarse también a las enseñanzas de los maestros, entendiéndolo por ellos aquellos profesores que por sus conocimientos y su actitud *hacen la diferencia* en la vida universitaria. Muchos de ellos, aunque no elaboren una doctrina original, son capaces de enriquecerla; pero otros –lamentablemente menos numerosos– suelen superar su alcance logrando que los discípulos extraigan consecuencias para su propia existencia personal y se cumple así el principio formativo que está en la base de la vida universitaria.

Es el caso del Dr. Carlos Sacheri, asesinado hace veinte años en plena maduración intelectual, cuando entre otras cosas, se desempeñaba como profesor de filosofía en distintas carreras universitarias. Obviando otros rasgos esenciales de su rica personalidad es preciso recortar su magisterio de la singularidad histórica y sostener su proyección al momento presente.

Aquellos años

Para el profesor en aquella época la preocupación esencial era que sus alumnos pudieran salir airoso de la confusión de ideas reinante. Distintas dimensiones caracterizaban una situación sumamente compleja en lo político: el orden internacional todavía dominado por las consecuencias de la guerra fría, el ápice tercermundista de la etapa postconciliar, un mundo sometido a la violencia terrorista y la amenaza totalitaria asomando, como un dato, en el horizonte de las alternativas de solución a la prolongada crisis nacional que caracterizó el período 1955-73. La propuesta sugestiva de distintos modelos de militancia con que se deslumbraba a los que se incorporaban ansiosamente al trajinar de la *conciencia colectiva* tenía por denominador común una suerte de voluntarismo dialéctico. La rebeldía era el piso de cualquier proyecto, y tenía al menos dos lecturas: una filosófica, amparada en un macrocontexto conceptual e ideológico sumamente discutible; otra, política, no

era tan susceptible de una crítica global representaba en cierto sentido la reacción natural de una nueva generación de argentinos que sólo había sabido de frustraciones y buscaba una nueva oportunidad en un microcontexto, cuya apreciación, según se demostró diez años después, fue finalmente equivocada de parte de todos –o casi todos– sus actores.

Como nunca, una filosofía realista, para ser eficaz, necesitaba ser encarnada. Esta tarea fue abordada con inteligencia y buen humor. Era preciso arribar a definiciones claras que pudieran ser aplicadas a las diferentes situaciones de la vida. Por lo tanto, se abordaban todos los temas sin cortes. La actitud misma constituía una enseñanza: la filosofía era capaz de dar respuesta del mundo y no se refugiaba en una lógica autista. Todos los temas del catálogo filosófico se abordaban con idéntico método y apuntaban a lo mismo: ubicar a la persona en su dimensión, lejos del individualismo pero sobre todo capacitada para resistir el totalitarismo, tanto en el plano de la teoría como en el de la práctica. La contrastación polemizaba con las teorías dominantes, las desmenuzaba e intentaba una proyección superadora.

Veinte años después

¿Qué pasó en 20 años? El individualismo volvió por las suyas ante la caída estrepitosa de la experiencia totalitaria y el descrédito de la filosofía respaldatoria. En la transición intelectual, la filosofía vigente ha descubierto el autismo como refugio. Pero es la propia imagen del hombre la que se ha resentido. La paradoja del triunfo del individualismo casi a ultranza reside en la inconsistencia del modelo de individuo que se impone. Hace pocos días nos visitó el psiquiatra español Enrique Rojas, quien ha difundido un libro en el que describe un tipo humano dominante cuya caracterización resulta sumamente sugestiva: el *hombre light*, es decir, aquel que, renunciando a las exigencias absolutas, es capaz de vivir en el sometimiento total a los criterios de superficie y no responder jamás, ni intentar hacerlo, *al enigma de la vida*. En buena medida, ciertas corrientes agrupadas alegremente bajo la denominación genérica de *pensamiento débil* dan la apoyatura conceptual a una actitud de neutralidad que resulta, en sí misma, un extremo.

La pérdida de aquel idealismo original tan equivocado, la vigencia de fenómenos universales como el consumismo, el confinamiento de toda postura ética al terreno de la privacidad –mientras que, paradójicamente, la ecología se convierte en una disciplina normativa–, la reconstrucción de la *política como espectáculo* y otros cambios dramáticos –*revolución sin programa*, dice también Enrique Rojas– han dejado sin criterios de referencia firmes la conducta de los individuos. Es precisamente en este punto, en el que se plantea tal vez uno de los problemas más serios de la sociedad contemporánea: el poder como configurador. Asoma en esta caracterización ajena a calificación moral alguna toda su característica potencialmente violenta. Dado que no hay otra forma de trascendencia, ni escala axiológica, la idea fuerza es la afirmación voluntarista del propio yo. En la idea de Romano Guardini, el mayor daño que causa el poder así concebido es el que produce en la persona que lo utiliza, hasta tal punto, que puede hablarse de la aparición de un *hombre no humano*. Con lo cual, la crisis del individuo no hace sino realimentarse constantemente: sin una vigorosa concepción de la persona, de la felicidad como

objetivo arduo y de la necesidad de programa para el uso de un atributo tan específicamente humano como es el poder es difícil salir de ella.

Una solución perdurable

A los desafíos propios de su tiempo, Sacheri respondía presentando la imagen del hombre a partir de lo que podría llamarse una *filosofía de la responsabilidad*. La validez de esta enseñanza se impone por sí misma aunque hay cambiado el contexto. La capacidad de responder –de estar detrás– de aquello que el individuo hace completa la concepción personalista basada en la racionalidad y la libertad. El acento en demostrar esta última característica –tan cuestionada entonces– no le hacía perder de vista la responsabilidad. A menudo decía que era difícil oponer a sistemas que se presentaban como autosuficientes conceptos como éste, el cual parece tratarse de una actitud más que de un componente permanente.

Sin embargo, la lectura negativa de la responsabilidad –las consecuencias, aun las no queridas, que acarrearán los actos– puesta de relieve con un sinnúmero de ejemplos, fácilmente apuntaba hacia la decisión personal. La reflexión, la deliberación en la que se juegan las consecuencias como condiciones previas, era el punto clave para entender la dimensión espiritual de la libertad. La responsabilidad, no es sino la medida de la libertad y por ella confluye en la virtud. El hombre virtuoso vive sin sobresaltos desde una libre decisión del espíritu porque la motivación de sus acciones ha sido deliberada antes y las contingencias no alcanzan a sorprender su fortaleza.

La conclusión vigorosa por entonces es perfectamente traspoleable a las circunstancias actuales. La crisis contemporánea es la crisis del núcleo vital de la persona: la superación no pasa por los controles exteriores sino por el desarrollo de una interioridad reflexiva en la cual el hombre encuentre a la vez su expansión y sus límites. La paradoja del individualismo actual que hemos señalado más arriba manifiesta esta carencia de una filosofía de la responsabilidad así como la carencia de una filosofía de la libertad amenazaba la conciencia personal por aquellos años. La coerción de un sistema asfixiante constituía entonces un peligro latente: el vacío impersonal alentado por el consumismo y la cultura light no parecen haber resuelto el problema y exponen al hombre de la misma manera a sucumbir ante la tentación de un poder sin criterios trascendentes.

La Argentina del terror se llevó un profesor universitario lúcido y un hombre cabal. Aquellos cuya vida fue modificada en muchos sentidos por su enseñanza difícilmente lo olvidemos. Aunque las opciones sean otras, la convicción de que es preciso desarrollar el hábito de ir a lo esencial, de buscar la verdad aun a costa de todo otro interés constituye una lección inolvidable.

DE

LE
THE
B

1884

1885

1886
1887

1888
1889
1890

1891
1892
1893

1894
1895
1896
1897
1898
1899

LOS NUEVOS ASPECTOS DE LA CUESTION SOCIAL EN LA DOCTRINA DE LA IGLESIA Y EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. RANGO CONSTITUCIONAL DEL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES

EUGENIO LUIS PALAZZO

Revolución Industrial, liberalismo y cuestión social

1. Durante, aproximadamente, la segunda mitad del s. XVIII y la primera del s. XIX se suceden transformaciones en los sistemas de extracción y producción de bienes que van a modificar sustancialmente la organización económica y social de Inglaterra primero y luego de las restantes sociedades europeas. Este proceso se denomina usualmente con la expresión revolución industrial, que acuñara Toynbee.

La introducción de adelantos mecánicos en los hilados y tejidos de algodón y lana, el empleo de la máquina de vapor, que inventara Watt en 1776, la sustitución de la leña y del carbón vegetal por el cok y el carbón de piedra; las mejoras en las industrias del hierro; la construcción de caminos y canales que hacen posibles transportes más rápidos y baratos; las migraciones de los trabajadores agrícolas a las ciudades conducen, por un lado, a un creciente aumento de la riqueza nacional, pero, por otro, a una miseria terrible. La máquina sustituye, progresivamente a mayor número de obreros creando ejércitos de desocupados y además transforma la tarea del hombre: ya no es más artesano orgulloso de su obra, pasa a ser un simple asalariado auxiliar de la máquina.

2. Esta falta de distribución de los beneficios de la industrialización encuentra otra de sus causas en el campo de las ideas económicas, donde triunfa el liberalismo más extremo, que proclama la libertad individual y propugna reducir al mínimo la intervención del gobierno en la industria (*laissez faire*) y en el comercio (*laissez passer*). En el mismo año que fuera inventada la máquina de vapor Adam Smith escribe su "Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones", donde señala, como aspectos fundamentales: a) división del trabajo; b) organización espontánea del mundo económico bajo la acción del interés personal;

c) reducción de la tarea del gobierno a la defensa nacional, la justicia, las obras públicas de interés general, la protección del comercio exterior, evitando el monopolio y el subsidio.

Sus ideas dan origen a la llamada Escuela de Manchester, constituida, principalmente, por comerciantes y fabricantes, quienes afirman que las restricciones gubernamentales en sus quehaceres resultaban nocivas y perjudiciales.

Ya el mercantilismo, refutado por Smith, había separado la riqueza de la nación del bienestar de su población, propiciando que el estado siguiera una política similar a la de los comerciantes individuales, procurando desplazar a sus competidores, mediante prácticas monopólicas, explotación de los recursos de las colonias y de la fuerza de trabajo barata de la metrópoli. Durante la época de los Tudor mujeres y niños vestidos con harapos trabajaban en las minas inglesas de carbón.

La existencia de mano de obra abundante implica, de acuerdo con el esquema liberal de oferta y demanda, que el precio del trabajo se vea reducido. La actitud permisiva del estado posibilita que dicha oferta se incremente con mujeres y niños, necesitados de trabajar pues el salario del padre no alcanza. Tampoco se controla la extensión de la jornada, ni las condiciones de salubridad de los lugares de trabajo. La libertad proclamada con énfasis, deviene peor que la más dura de las opresiones.

En esta época fueron eliminadas las corporaciones, a partir de la ley Le Chapelier, cuya organización no respondía a las necesidades de los cambios económicos en marcha. Ello implicó aún mayor desprotección para los obreros, que no podían recurrir a nadie ante los abusos del patrón. La concepción del hombre libre, igual a los demás, pero aislado frente a un estado pasivo, que únicamente debe asegurarle esa libertad, sin permitir que nadie se interponga para regular su derecho a contratar, deja indefensa la parte más débil del contrato.

3. La cuestión social, también llamada problema social o cuestión obrera es ese conjunto de consecuencias nefastas para importantes sectores de la población, principalmente los obreros industriales, los trabajadores agrícolas y sus familias, que provienen de los cambios en los esquemas de producción y en el pensamiento económico y jurídico que hemos sintetizado.

Por supuesto que la historia nos muestra que siempre han existido problemas de carácter social. Lo comprueban la reforma agraria de los Gracos, la sublevación de Espartaco, la servidumbre de la gleba, la esclavitud, los movimientos de campesinos en Europa, las asociaciones de compañeros como reacción dentro de las corporaciones, etc. Pero la cuestión social a la que nos referimos consiste en la miserable condición de obreros y campesinos durante, fundamentalmente, el s. XIX, que reconoce dos causas principales, que actuaron al combinarse: la victoria del liberalismo económico y el desarrollo de la gran industria.

En esta época desaparece la organización familiar y patriarcal del antiguo artesanado, en la que el maestro compartía con oficiales y aprendices la tarea, y hasta el hogar común, pues la mano de obra se convierte en una mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda. Los obreros, desconocidos para su patrón, viven hacinados en los barrios infectos y miserables que se crean en las grandes ciudades, abandonados a su suerte en caso de enfermedad y desocupación, debiendo trabajar hasta quince o dieciséis horas, cualquiera fuera su sexo y desde temprana edad.

El contraste entre esta situación y el enriquecimiento de los organizadores y directivos de la industria –los capitalistas– que tienen a su alcance las comodidades que engendra el progreso posibilita reconocer la existencia de distintas clases sociales que se distinguen casi exclusivamente, a diferencia de los anteriores estamentos, por diversidades de orden económico o directamente derivadas de éstas.

Las doctrinas posteriores

4. Esta situación, de verdadera explotación de los asalariados, produce, como era lógico, reacciones de todo tipo.

Así, en el terreno de las ideas, diversas corrientes han superado el esquema liberal clásico o manchesteriano, algunas de ellas proponiendo remedios más nefastos que el mal que pretendían curar.

5. A principios del siglo XIX ciertos pensadores, procurando solucionar los problemas que hemos descrito, preconizan transformaciones sociales, por lo cual se los llama socialistas. Posteriormente se les añade el aditamento de utópicos, en contraposición al marxismo que se denomina socialismo científico. Podemos citar al conde de Saint Simón (1760-1825), Roberto Owen (1771-1858), Carlos Fourier (1772-1837) y Luis Blanc (1813-1832), quienes plantean esquemas de trabajo y, más aún, de vida comunitaria que recuerdan la utopía de Tomás Moro y que por lo general fracasan cuando se intentan llevar a la práctica.

Los socialistas que no aceptaron las tesis extremas de Carlos Marx, ya a partir de la segunda mitad del siglo pasado, vinculados con el creciente desarrollo de los sindicatos, propugnan una transformación progresiva y paulatina, aspirando al poder a través de las contiendas electorales, concertando alianzas con movimientos de otro signo, para la ejecución de reformas prácticas que mejoren la condición de los trabajadores. Abogan por una amplia intervención del estado en la economía, no solo reglamentando y controlando, sino también mediante nacionalizaciones de empresas, nivelación parcial de la riqueza a través de impuestos progresivos y de los mecanismos de redistribución, etc.

Se destacan, en Alemania Fernando Lasalle (1825-1864), en Francia Jean Jaures (1859-1914) y en Inglaterra la sociedad fabiana. En los últimos años del siglo XIX se fundan partidos socialistas en todos los países europeos importantes y en Estados Unidos.

6. El comunismo constituye una interpretación global del hombre y de la historia. Se funda en el pensamiento de Carlos Marx (1818-1883) y sus postulados esenciales, en muy apretada síntesis son: 1) la interpretación materialista de la historia, según la cual todos los fenómenos sociales tienen un fundamento primordialmente económico; 2) por ende podrá transformarse la sociedad cambiando su organización económica. Para ello, inevitablemente, la concentración capitalista irá aumentando día a día el número de proletarios, provocando finalmente la lucha de clases; 3) el triunfo de los explotados traerá la necesaria abolición y socialización de la propiedad privada, de los medios de producción y la dictadura del proletariado para imponer sus reformas; 4) finalmente, en su etapa posterior, será suprimido el estado, reinando la absoluta igualdad entre los hombres.

El comunismo triunfa en la revolución rusa del 7 de noviembre de 1917 dirigida por Lenin (1870-1924) y a partir de la segunda posguerra se extiende a toda Europa oriental y numerosos países de Asia y Africa y algunos de América. Su expansión concluye abruptamente a partir de movimientos internos en los países sojuzgados por este sistema, a fines de la década de los ochenta y principios de la actual. Los simboliza la caída del muro de Berlín.

7. El anarquismo proclama como objetivo la supresión violenta del estado y de la propiedad privada, preconizando un régimen de absoluta libertad, sin autoridad, basado en la igualdad y en la buena voluntad mutua.

Cabe citar como precursor a Godwin (1756-1836), como fundador a Proudhon (1809-1865) –que en realidad desaprueba la violencia– y como figuras descollantes a Bakunín (1814-1876) y al príncipe Kropotkin (1842-1919). Constituye una corriente de real importancia durante los últimos años del siglo XIX y los primeros del corriente.

8. Diversas doctrinas buscan realizar la justicia social mediante la intervención del estado en las relaciones entre el capital y el trabajo, procurando reducir al mínimo la desocupación y alcanzar una distribución más igualitaria.

Así, por ejemplo, el socialismo de estado, que nace en el Congreso de Universitarios Alemanes de Eisenach, en 1872, origina la legislación del trabajo y previsional germánica de la época de Bismark y el pensamiento de Keynes (1883-1946) influye notoriamente en la política del New Deal, iniciada por Roosevelt en 1933 para superar la gran depresión que comenzara en 1929.

Inclusive, en este siglo, quienes se enrolan en el liberalismo –neoliberales– han atenuado sus proposiciones más extremas, efectuando concesiones a un relativo intervencionismo y aceptando una moderada legislación social.

9. Por su parte el corporativismo reconoce la pluralidad de grupos sociales intermedios –interesan a nuestro tema sobre todo los sindicatos– a los que incorpora al poder político mediante la representación profesional. Se trata más de una doctrina política que económica-social, pero sus consecuencias abarcan estos aspectos.

Este sistema tiene su momento de auge en la primera posguerra, sobre todo a través de la acción de Mussolini en Italia y del canciller Dolfus (asesinado por los nazis) en Austria y perdura, hasta hace dos décadas en los regímenes de Portugal y España.

La doctrina social de la iglesia

10. El cristianismo aporta, en su momento, al mundo antiguo y a todo el devenir posterior, una especial valorización del trabajo. Jesús nace en la familia humilde de un carpintero, oficio que desempeña hasta comenzar su vida pública, sus apóstoles también son trabajadores y su prédica se basa en la justicia y en la caridad. La transformación que produce en las entrañas del Imperio Romano, basado en el paganismo y la esclavitud, es la más grande revolución moral que haya conocido la historia.

11. Durante el siglo pasado numerosas voces de la Iglesia se alzaron para denunciar la penosa situación de los obreros. Podemos citar a Lacordaire, el obispo Ketteler, La Tour du Pin y el Conde de Mun. Pero el documento más trascendente de esta centuria es la Encíclica *Rerum Novarum* dada por el Papa León XIII el 15 de Mayo de 1891.

Allí, en primer término, se señalan las causas del malestar obrero, indicándose como tales: 1) la eliminación de los antiguos gremios, sin sustituirlos por otro mecanismo de defensa; 2) el apartamiento de las instituciones y leyes públicas de la religión; 3) la usura y 4) la concentración de la producción y del comercio en manos de unos pocos hombres opulentos y riquísimos.

En segundo lugar se descarta la solución socialista: acabar con la propiedad privada y sustituirla por la colectiva. Defiende el Pontífice la propiedad privada y familiar, aclarando su verdadera función, pues "aún después de poseer, entre personas particulares, no cesa la tierra de servir a la utilidad común".

El núcleo de la Encíclica lo constituye la exposición de la solución que, extraída del Evangelio, propone la Iglesia para la cuestión social. En tal sentido, ante todo, la doctrina católica brinda un conjunto de enseñanzas que "puede mucho para componer entre sí y unir a los ricos y a los proletarios, porque a ambos enseña sus mutuos deberes y en especial los que dimanen de la justicia". Requiere de los dependientes fidelidad en el cumplimiento de su trabajo y abstenerse de toda violencia y sedición. Reclama de los patronos el respecto a la dignidad del trabajador, al tiempo que debe dedicar al culto y a su familia, a sus ahorros; no imponiéndole tareas que excedan sus fuerzas, según su sexo y edad y, sobre todo, dándole un salario justo, pues "explotar la pobreza ajena para mayores lucros, es contra todo derecho divino y humano".

Finalmente aconseja León XIII medidas que tiendan a aliviar la suerte de los proletarios, encomendando alguna de ellas al estado, al que reconoce el derecho de intervenir en estos temas, en razón de que debe atender el bien común, y otras, a la iniciativa privada de patronos y obreros. Dentro de las primeras, señala que la prestación del trabajo no puede compararse a una mercancía, incluye la vigilancia de que el jornal resulte suficiente para sustentar al obrero, su mujer y sus hijos y entre las segundas, la participación en asociaciones obreras, patronales y de socorros mutuos, propiciando en especial la creación de organizaciones católicas de estos tipos.

El constitucionalismo social

12. La aparición de las doctrinas reseñadas, las luchas de los obreros y la preocupación de algunos gobernantes -fundadas incluso en argumentos utilitarios: evitar el agotamiento prematuro del material humano- van a comenzar a revertir la triste situación de los asalariados, sobre todo avanzada ya la segunda mitad del siglo pasado.

Durante la primera mitad se habían dictado algunas leyes protectoras del trabajo de menores y mujeres y en Inglaterra -donde en 1802 se limita a 12 horas la jornada de los niños-incluso se aceptó la existencia legal de los sindicatos, en 1824.

El movimiento obrero había tenido un momento de triunfo en la primera etapa de la Revolución de Francia en 1848. La constitución de la efímera II República, sancionada a fines de ese año, pese a que ya había predominado la pequeña burguesía, incluye normas protectoras relativas al trabajo, la previsión, la educación profesional, los desocupados, etc.

También corresponde citar a la constitución suiza de 1874, que faculta a la Confederación para dictar normas tuitivas de las condiciones del trabajo.

En forma paralela e interrelacionada con este proceso se va ampliando la base del sufragio, lo que incrementa el peso político de los obreros. Cabe recordar que la constitución francesa de 1795 suspendía la ciudadanía "por el estado de doméstico asalariado", seguida, entre muchos, por nuestro texto de 1826, que disponía dicha suspensión para quien fuere "criado a sueldo, peón jornalero".

13. Con las características actuales el constitucionalismo social nace con las constituciones mexicana de 1917, o de Querétaro y alemana de 1919, o de Weimar. La ideología marxista inspira, en la misma época, a la constitución rusa de 1918, sobre la base de la dictadura del proletariado y la abolición de la propiedad privada.

A partir de allí prácticamente todas las constituciones que se sancionan o se reforman incluyen cláusulas de contenido social. Por supuesto que difieren en aspectos sustanciales, según cuál fue la doctrina, de las sintetizadas más arriba, que predominaba en los constituyentes.

En cuanto a la forma, los regímenes corporativos se han caracterizado por reunir las declaraciones de este tipo en cartas o fueros especiales, siguiendo el modelo de la Carta del Trabajo Italiana de 1927. Las restantes constituciones han superpuesto estos preceptos a las normas de reconocimiento de los derechos civiles, habituales en las constituciones liberales, al modo de las capas geológicas que corresponden a épocas distintas.

Los problemas sociales en la constitución Argentina antes de 1994

14. Si bien la inserción de nuestro país en el constitucionalismo social data de la reforma de 1949, el texto de 1853, que incluye en el art. 14 el derecho de trabajar, posibilitó además el desarrollo, desde principios del corriente siglo, de una abundante legislación laboral y previsional.

Cuando se sanciona la constitución no existían en las Provincias Unidas los problemas derivados de la industrialización, pues ésta aún no había llegado a nuestras tierras, escasamente pobladas. En realidad hasta la agricultura era aún incipiente.

La cuestión de tipo social de mayor gravedad fue resuelta de acuerdo con el espíritu que España, a través de las Leyes de Indias, había procurado imponer a la colonización: se encomendó al Congreso promover la conversión de los indios al catolicismo (art. 67, inc. 15 de la anterior numeración). La esclavitud, por su parte, nunca había sido un fenómeno masivo en estas latitudes, probablemente por la falta de grandes explotaciones agrícolas y en 1853 se había reducido casi totalmente en razón de las medidas abolicionistas que se sucedieron a partir de la Asamblea del año XIII. El artículo 15 posibilita su eliminación definitiva.

A su vez la revisión del liberalismo que propiciaban en Europa las corrientes que antes hemos reseñado, había influenciado, a través de Esteban Echeverría, que en 1837 escribe el Dogma Socialista, en la Asociación de Mayo, a la que pertenecieron Alberdi, Gutiérrez, Gorostiaga, quienes inspiran y redactan el artículo de 1853. Pese a ello la temática social no se incluye en esa normativa, pero sí aparece en ella la promoción del progreso como tarea a cargo del Estado Central y de las provincias. Para llevar a cabo este cometido se faculta al poder para intervenir en la vida económica y cultural de la sociedad (arts. 67, inc. 16, 108 –actuales arts. 75, inc. 18 y 125– y concordantes); lo cual, junto a la facultad de dictar los códigos de derecho común (art. 67, inc. 11 –art. 75, inc. 12 actual–) y posteriormente a una interpretación amplia del poder de policía, facilita la fundamentación de las normas laborales y previsionales que se sancionan desde comienzo de siglo.

15. El tema se incorpora a algunas constituciones provinciales con bastante anterioridad a la enmienda de 1949. Cabe citar como antecedentes a Tucumán (1907) y Mendoza (1916) y ya en la etapa del constitucionalismo social a Santa Fe (reforma de 1921, vetada por el Ejecutivo Provincial, que luego rigiera entre 1932 y 1935), San Juan (1927), Salta (1929), Entre Ríos (1933) y Santiago del Estero (1939).

16. El ordenamiento sancionado en 1949 incluye numerosos preceptos vinculados a la cuestión social, aun cuando corresponde apuntar que su tono, en general, aparece como excesivamente declamativo (Fallos 237.272)

Además de ratificar en el preámbulo la decisión de constituir una nación socialmente justa, en un muy extenso art. 37 se declaraban derechos especiales del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura. Los arts. 38, 39 y 40 estaban dedicados a explicitar la función social de la propiedad, del capital y de la actividad económica. A la lista de códigos de derecho común se agregó el de derecho social. Finalmente se ampliaron las previsiones de la cláusula de prosperidad, mencionando la asistencia social, la extinción de latifundios, el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación, la creación de nuevos centros poblados con las tierras, aguas y servicios públicos que sean necesarios para asegurar la salud y el bienestar social de sus habitantes, etc.

17. Dejadas de lado estas reformas por la Proclama del 27 de abril de 1956, la convención reunida en Santa Fe en 1957 dispuso la inclusión de un nuevo artículo, ubicado en el texto a continuación del 14 y, como agregado al art. 67, inc. 11, facultó al Congreso para dictar el código del trabajo y seguridad social.

El citado artículo nuevo, de no muy feliz técnica jurídica, se halla estructurado en tres párrafos. El primero de ellos está dedicado a las condiciones en que deberá desenvolverse la relación individual de trabajo, salvo las dos últimas menciones que se refieren al empleo público y a las características de la organización sindical. El segundo trata de los derechos de los gremios y de los representantes gremiales. En la última parte se desarrollan los temas de seguridad social y familia.

La actualización de la doctrina social de la Iglesia

18. Durante el corriente siglo han sido muy numerosos los pronunciamientos de la Iglesia Católica acerca de la cuestión social y de las modificaciones que le han

impuesto los cambios económicos, políticos y tecnológicos. Los Pontífices, a través de encíclicas, cartas apostólicas, alocuciones, etc.; el Concilio Ecuménico Vaticano II, las conferencias episcopales regionales y nacionales y en general todos los que participan del magisterio de la Iglesia, han ampliado, actualizado y aplicado a problemas concretos las enseñanzas de León XIII.

19. El primero de estos documentos *Quadragesimo Anno*, del Papa Pío XI, aparece al cumplirse cuarenta años de la publicación de la *Rerum Novarum*. En una primera parte se explicitan los frutos obtenidos a raíz de la difusión de las enseñanzas contenidas en aquella encíclica, entre ellos la formación de una nueva legislación que asegura los derechos de los obreros, la creación de asociaciones obreras católicas y formula el principio de subsidiariedad.

Entre los cambios habidos expresa el Papa que en el régimen económico capitalista a la libre competencia le ha sucedido la concentración económica, de carácter despótico, en manos de muy pocos, que inclusive procuran obtener el predominio sobre el poder público y afectan las relaciones internacionales. A su vez reconoce en el socialismo una rama más violenta, el comunismo de "carácter impío e injusto" y otra más moderada, que conserva el nombre de socialismo, pero que continúa siendo contraria a la verdad cristiana.

Como remedios indica el correcto ordenamiento de la vida económica, considerando a los bienes creados como instrumentos que debe conducir al fin sobrenatural del hombre, reconociendo que "es equitativo que el que sirve a la comunidad y aumenta su riqueza se aproveche asimismo del crecimiento del bien común conforme a su condición, con tal que se guarde el respeto debido a las leyes de Dios, queden ilesos los derechos de los demás, y en el uso de los bienes se sigan las normas de la fe y de la recta razón".

20. En 1961, al celebrarse el setenta aniversario de la *Rerum Novarum*, el Papa Juan XXIII da a conocer la encíclica *Mater et Magistra*, recordando sus ideas y el desarrollo que de ellas hicieron Pío XI y Pío XII.

El jefe de la Iglesia retoma algunos aspectos de aquellas enseñanzas: trata sobre el papel de los individuos, las asociaciones y el estado en el campo económico: acerca de la socialización, "entendida como un progresivo multiplicarse de las relaciones de convivencia con diversas formas de vida y de actividad asociada, y como institucionalización jurídica"; se refiere al trabajo, afirmando, entre otras consideraciones, que resulta "legítima en los obreros la aspiración a participar activamente en la vida de las empresas en las que están incorporados y trabajan" y analiza la propiedad privada, reafirmando su carácter de derecho natural y la función social que le es inherente.

También destaca los que estima nuevas facetas de la cuestión social: las exigencias de la justicia respecto de las relaciones entre los distintos sectores productores, entre las diversas regiones de un país y entre las naciones con distintos grados de desarrollo económico; los desniveles de incremento demográfico y disponibilidad de medios de subsistencia, cuya "verdadera solución se halla solamente en el desarrollo económico y en el progreso social, que respeten y promuevan los verdaderos valores humanos, individuales y sociales" y la necesidad de colaboración a nivel mundial.

21. El Concilio Vaticano II, en su IV sesión, celebrada en 1965, aprobó la Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual, que comienza con las palabras "El gozo y la esperanza" –"Gaudium et spes".

Allí se describe la situación actual del género humano como "una edad nueva de su historia, en la que los cambios profundos y rápidos se extienden gradualmente al universo entero", lo cual, pese a sus aspectos positivos, conduce a desequilibrios en la misma persona, en la familia, entre las razas y clases sociales, entre las naciones y aun en las instituciones internacionales. En tal sentido destaca el documento que "Las excesivas desigualdades económicas y sociales entre los miembros o pueblos de una misma familia humana dan motivo de escándalo y contradicen la justicia social, la equidad, la dignidad de la persona humana y hasta la paz social e internacional"

22. La dimensión universal de los problemas sociales actuales y la urgencia de una acción solidaria en el plano internacional son las preocupaciones expuestas por Paulo VI en la encíclica *Populorum Progressio*, de 1967.

Señala cual es la función de la Iglesia "fundada para establecer desde acá abajo el Reino de los cielos y no para conquistar un poder terrenal", pero que "compartiendo las mejores aspiraciones de los hombres y sufriendo al ver que no quedan satisfechas, desea ayudarles a conseguir su pleno desarrollo, y por esto ella les propone lo que posee como propio: una visión global del hombre y de la humanidad".

Al tratar, luego, diversos aspectos de la acción que se debe emprender, distingue entre el capitalismo liberal que "ha sido la causa de muchos sufrimientos, de injusticias y de luchas fratricidas" y la industrialización, pues "es justo reconocer la aportación irremplazable de la organización del trabajo y del progreso industrial a la obra del desarrollo".

Acerca del trabajo recuerda su carácter de cooperación en la tarea de la creación, pero advierte sobre su ambivalencia: "promete el dinero, la alegría y el poder, invita a los unos al egoísmo y a los otros a la revuelta, desarrolla también la conciencia profesional, el sentido del deber y la caridad para con el prójimo. Más científico y mejor organizado tiene el peligro de deshumanizar a quien lo realiza, convertido en siervo suyo, porque el trabajo no es humano sino permanece inteligente y libre". Destaca la urgencia de las reformas a emprender, pero descarta la violencia, pues "la insurrección armada –salvo en el caso de tiranía evidente y prolongada, que atentase gravemente a los derechos fundamentales de la persona y damnificase peligrosamente el bien común del país– engendra nuevas injusticias, introduce nuevos desequilibrios y provoca nuevas ruinas".

En la segunda parte del documento se estudian los medios para lograr el desarrollo solidario de la humanidad, la asistencia a los débiles, la equidad en las relaciones comerciales, la caridad universal, para concluir reiterando y explicando al aforismo que ya había incluido Paulo VI en una carta dirigida al Secretario de las Naciones Unidas: "el desarrollo es el nuevo nombre de la paz".

23. A diferencia de los tres últimos documentos reseñados, en *Laborem Exercens*, dada por Juan Pablo II en 1981, es decir, transcurridos noventa años de la *Rerum Novarum*, se encuentra el acento en el trabajo humano.

Distingue el Pontífice entre el trabajo en sentido objetivo, como la universalidad y multiplicidad del proceso de "someter la tierra", encomendado en el Génesis y en el sentido subjetivo, pues independientemente del contenido de su tarea, el trabajo sirve al hombre para perfeccionarlo en su vocación de persona, en su humanidad. En esta dimensión ingresan otros ámbitos de valores: la vida familiar a la cual el trabajo aporta los medios de subsistencia y condiciona el proceso de educación, por un lado, y por otro, la nación, considerada como "una gran encarnación histórica y social del trabajo de todas las generaciones".

24. En *Sollicitudo rei socialis* Juan, Pablo II, al conmemorar el vigésimo aniversario de la *Populorum Progressio*, destaca indicadores negativos, pero más allá de ellos advierte la realidad de una multitud de hombres y mujeres bajo el peso de la miseria.

Señala que en el mundo actual, entre otros derechos, a menudo es reprimido el de iniciativa económica. En lugar de la iniciativa creadora nace la pasividad, la dependencia y la sumisión al aparato burocrático.

25. Finalmente, en *Centesimus annus* el mismo Papa muestra aspectos positivos de la moderna economía de empresa –su raíz es la libertad y su factor decisivo el conocimiento–, pero también sus riesgos y problemas: la marginación de quienes no acceden a la red de conocimientos e intercomunicaciones, la diversidad de regiones y sectores sociales que plantea graves problemas al desarrollo y las dificultades en conseguir un acceso equitativo al mercado internacional, que se base en la valoración de los recursos humanos.

La superación de la igualdad formal en la reforma al texto constitucional realizada en 1994

26. La reforma constitucional de 1994 se ocupa de los temas que, sobre todo desde *Mater et Magistra*, la Iglesia ha expuesto como nuevos aspectos de la cuestión social. Centraremos esta investigación en las desigualdades sectoriales, regionales e internacionales.

27. En primer término cabe advertir que las enmiendas efectuadas superan el concepto de igualdad ante la ley, delineado por el art. 16, a través de numerosas disposiciones, como el art. 37, que garantiza la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, el 41 que consagra, a favor de todos los habitantes, el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, el 42 que establece para consumidores y usuarios un trato equitativo y digno, el 43 que habilita a interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y diversos incisos del art. 75, sobre atribuciones del Congreso, como el 17 referido a la preexistencia de los pueblos indígenas, el 19 que menciona el progreso económico con justicia social y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones y el 23 que faculta para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato.

El reconocimiento de las desigualdades concretas, de la necesidad de actuar para evitar que ellas impliquen menoscabo a la dignidad de la persona y, a la vez, la aceptación de las múltiples posibilidades de enriquecimiento de todo tipo que se originan en las diferencias –rasgo propio de nuestra geografía: de nuestra población, “crisol de razas”, y de nuestra idiosincrasia– es el primer paso para superar una visión jurídica alejada de los problemas reales de la gente.

La región

28. El derecho constitucional comparado nos trae dos acepciones del concepto de región. En un sentido el estado regional constituye una categoría intermedia entre el estado federal y el estado unitario en el cual las regiones poseen autonomía legislativa, pero no constitucional. Son ejemplos España e Italia. En el interior de un estado federal, en cambio, indica una distribución que reúne a varios estados miembros contiguos en relación con temas comunes. Así se ha utilizado en Alemania y Estados Unidos (v. Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, 1976). En el derecho internacional público, por otra parte, la misma expresión se emplea para identificar procesos de integración o cooperación regionales, es decir, entre varios estados de la misma zona.

Nuestro derecho público admite el segundo de esos significados. Con él se utilizó la expresión regiones de desarrollo en la ley 16.964 y en su decreto reglamentario 1907/68 que divide al territorio nacional en Patagonia, Comahue, Cuyo, Centro, Noroeste, Noreste, Pampeana y Área Metropolitana. Diversas normas posteriores –leyes de promoción, leyes convenio sobre emprendimientos comunes, tratados interprovinciales– toman en cuenta esta división.

29. En realidad la configuración de una región para enfrentar una cuestión común a varias provincias o a sectores de ellas puede concretarse de tres formas: o bien por un acto exclusivo del gobierno central, o bien por un acuerdo entre éste y las provincias interesadas (ley-convenio), o bien por un tratado sólo entre ellas.

De estas alternativas parece la más aconsejable la segunda, en cuanto la regionalización depende de una planificación y ésta requiere, incluso para su eficacia, ser hecha con criterio nacional y participación provincial (María Celia Castorina de Tarquini, la provincia y la región, en Derecho Público Provincial de Pérez Guilhou y otros).

No obstante la reforma de 1994 sólo ha hecho referencia expresa a los otros dos caminos: el nuevo art. 124 habilita al tercero de ellos, es decir el acuerdo sólo entre provincias, y el art. 75, inc. 19 al primero, esto es la promoción, por parte del Congreso Nacional, de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, desempeñando el Senado, para estas iniciativas, el papel de Cámara de origen. Pero estimamos que ello no impide que se instrumenten regiones, en temas de jurisdicción compartida o concurrente, a través de acuerdo en los que también intervenga el gobierno federal.

30. El problema del desigual desarrollo relativo de las regiones de nuestro país es uno de los más acuciantes. Si analizamos el total de hogares con necesidades básicas insatisfechas, de acuerdo a los datos del censo de 1991, advertimos que

sólo ocho distritos, de los veinticuatro existentes, tienen un porcentaje menor al promedio para el total del país, que es 16.5%, y cinco provincias, ubicadas todas ellas en el norte (Salta, Formosa, Jujuy, Chaco y Santiago del Estero), al menos duplican esa media. Tomando datos de 1985 más de la mitad de los establecimientos industriales existentes en el país estaban localizados en la Capital Federal y la Provincia de Buenos Aires, mientras que diez distritos, fundamentalmente del noroeste y sur, tenían menos del 1% cada una de ellos (cfr. Anuario Estadístico de la República Argentina – 1994, publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos).

Sin perjuicio de la importancia política de las menciones efectuadas en los arts. 75, inc. 19 y 124, cabe reconocer que el texto anterior a la reforma de 1994 igualmente permitía reconocer la atribución de crear regiones con propósitos vinculados al desarrollo económico-social tanto al gobierno federal, en base a la cláusula de la prosperidad (anterior art. 67, inc. 16; actual art. 75, inc.18), como a través de acuerdo interprovinciales fundados en la facultad de las provincias de celebrarlos (anterior art. 107, actual art.125)

Por otra parte las posibilidades de las provincias de agruparse excede lo económico social. Pueden hacerlo, a través del mecanismo de los tratados parciales (art. 125), también para fines de administración de justicia y trabajos de utilidad común. Con consentimiento del Congreso se encuentran, incluso, facultadas a fusionarse (art. 13). Alternativas intermedias con contenido político también podrían admitirse, pero siempre con aceptación del parlamento federal.

La desproporción geográfica y humana es muy importante. Para llegar a la superficie de la provincia de Buenos Aires no alcanza con sumar las seis provincias más chicas. Para totalizar su cantidad de habitantes no basta con reunir los de veinte provincias. El número de personas que viven en el área metropolitana (Capital Federal y 19 partidos del Gran Buenos Aires) resulta superior a los que se encuentran en diecinueve provincias. Los mecanismos institucionales para enfrentar estas cuestiones se encontraban en la preceptiva constitucional anterior a la reforma de 1994 y fueron reforzados por ésta. Su utilización con acierto depende de la capacidad y responsabilidad política de los que gobiernan.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

31. Además de las reformas introducidas directamente en el texto de la ley suprema, su art. 75, inc. 22 otorga jerarquía constitucional a varias declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos, cuya nómina puede ser ampliada mediante una segunda intervención del Congreso, posterior a su aprobación, en la que acepten otorgarle ese rango las dos terceras partes del total de cada cámara.

Cabe acotar aquí que la incorporación de nuevos derechos a través de reconocerle jerarquía constitucional a estos tratados, plantea, al intérprete, el inconveniente de las tensiones que pueden existir entre unos y otros. Los derechos civiles y políticos de las etapas iniciales del constitucionalismo, los derechos sociales y los llamados de tercera generación suelen resultar contradictorios o, al menos, difíciles de admitir en plenitud sin que ello no signifique algún menoscabo

para otra prerrogativa. Es conocida la tensión entre la libertad y la igualdad, pues la primera es, en el fondo, la facultad de diferenciarse (v. André Hauriou, "Derecho constitucional e instituciones políticas", pags. 199 y sgtes.). Pero también ello ocurre, por ejemplo, entre la libertad de prensa y los derechos a informarse, de réplica y a la intimidad, como se advirtió en recientes debates tanto en el seno de la convención reformadora, cuanto en los medios de comunicación, como así también en la jurisprudencia. Más cercano a nuestro tema es el choque entre las libertades de comercio e industria y las restricciones que se le imponen en procura de garantizar condiciones dignas de labor. Así la necesidad de asegurar una mayor productividad ha implicado tener que moderar conquistas sociales para poder lograr una mayor competitividad, como se advierte en la reciente legislación sobre pequeñas y medianas empresas.

En definitiva la opción normativa, constitucional y legal, es por un equilibrio entre reclamos de por sí irreprochables, pero que de imponerse con exceso pueden afectar derechos, igualmente legítimos, de terceros.

32. Entre los tratados mencionados expresamente por el art. 75, inc. 22 interesa al tema que nos ocupa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York en 1966 y aprobado por ley 23.313, de 1986.

Si bien este acuerdo sigue considerando a la persona con algún grado de abstracción, no situada en el sector en el que se desempeña, ni en su región, aparecen la actividad del Estado y la cooperación internacional con cometidos vinculados a asegurar la dignidad del hombre, la ocupación y el desarrollo. Plantea estos objetivos el art. 6, inc. 2, indicando, entre otros medios, la orientación y formación técnicoprofesional y la preparación de programas, normas y técnicas. Por su parte en el art. 11 se reconocen, a toda persona, derechos a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestidos y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (inc. 1º) y a estar protegida contra el hambre mediante la mejora de los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios, asegurando una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades (inc.2º)

El Protocolo de Buenos Aires

33. Este instrumento no se encuentra expresamente receptado en el art. 75, inc. 22 de la constitución, pero sí lo está por el reenvío que realiza el art. 26, único que integra el capítulo III de la parte I del Pacto de San José de Costa Rica, que se encuentra entre los allí mencionados. Al tener jerarquía constitucional este último Pacto también la tienen las normas a las que se remite. Ocurre que al redactar esa Convención Americana sobre Derecho Humanos se consideró preferible no volver a tratar los derechos económicos, sociales y culturales que recientemente habían sido actualizados en la reforma a la Carta de la Organización de los Estados Americanos efectuada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967 -aprobada por nuestro país por ley 17.281- y se efectuó, en el art. 26, una remisión a esas

previsiones. comprometiéndose los Estados Partes a adoptar providencias, tanto a nivel interno, como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente su plena efectividad.

34. Los preceptos introducidos por el Protocolo de Buenos Aires en el campo que nos interesa tienen la virtud de equilibrar mejor algunos temas respecto de los cuales no abundan normas en los restantes documentos constitucionalizados por la reforma de 1994 e introducir otros aspectos novedosos.

Sin extendernos en el comentario destacamos la promoción de sistemas impositivos adecuados y equitativos, modernización de la vida rural, industrialización acelerada y diversificada, estabilidad del nivel de precios internos, promoción de la iniciativa y la inversión privadas, expansión y diversificación de las exportaciones, etc. (art. 32 de la Carta de la OEA reformada por este Protocolo, incs. c.d.e.f.m y n)

También caben destacarse los objetivos de comercio exterior establecidos por el art. 37: el reconocimiento de la integración de los países en desarrollo como una meta del Sistema Interamericano y la promoción de diversas facetas de ese proceso (arts. 39 a 42); la aceptación de que todos los seres humanos tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, de la necesidad de sistemas y procedimientos de consulta entre los sectores de la producción, del funcionamiento de la administración pública, financiero y empresarial, en armonía con el sector privado, de la incorporación de sectores marginales en la vida de la nación, del estímulo a los esfuerzos de promoción y cooperación populares, etc. (art. 43 en sus diversos incisos).

SACHERI Y LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS OBRAS

ADALBERTO ZELMAR BARBOZA

Queridos amigos:

Cuando el Dr. Arias Pelerano, mi viejo profesor de la Universidad de La Plata, me pidió que hablara en este acto de recordación a Carlos Sacheri se precipitaron en mí una serie de sentimientos encontrados.

Por un lado, el honor que me significaba ese pedido del que no podía desertar y por el otro, no sentirme seguro de ser el indicado para representar, de alguna manera, la legión de amigos, colegas y discípulos que Carlos pudo forjar en su breve y fecunda vida. Muchos, antes que yo, podrían asumir con mayor brillo o mejores títulos esta honrosa misión del homenaje y el recuerdo.

Pero puedo asegurarles que al mismo tiempo que pasaban por mí esas dudas, recorrían mi propio recuerdo imágenes vertiginosas de aquellos años intensos, de Carlos, de su familia, de las largas tertulias en su casa de San Isidro, de las constantes reuniones, de los proyectos, de los escritos, de las conferencias, de los viajes de animación, de los temores, de las esperanzas, de la común militancia, en fin, en esa causa abarcadora que buscaba instaurar todo en Cristo.

Quiero darle así a mi presencia nada más que el sentido de un testimonio que todos aquellos que estuvieron, de una u otra forma, cerca de Carlos podrían brindar con idéntica intensidad.

Es que Carlos Sacheri no fue de esos hombres que pasan desapercibidos. Definirlo como un intelectual, que lo era, no agotaría su rica personalidad. Decir que era un hombre de acción podría parcializar la visión que conservamos de él. Porque precisamente fue una rara simbiosis del intelecto y la acción, nada frecuente en un mundo donde abundan intelectuales aislados de lo real y activistas alejados de todo principio. Fue en este sentido un hombre de gobierno, un conductor, capaz de adoptar en el momento necesario sabias y rápidas decisiones, lejos de las dudas del pusilánime o de la audacia del agitador.

Precisamente tan poco común era esa conjunción de pensamiento y acción, que, cuando hacia fines de los años sesenta, en un contexto nihilista y contestatario, Sacheri funda el Instituto de Promoción Social Argentina (IPSA), quería fundamentalmente participar a otros de ese *quid divinum* que distinguía lo doctrinal de lo prudencial y vinculaba al mismo tiempo la doctrina con la acción, y que con ello,

permitía al dirigente ser tanto más práctico y más eficaz cuanto mayor fuese su fundamento doctrinario.

Esa era, por otra parte, la esencia de la metodología que, difundida desde Francia por *La Cité Catholique*, se había establecido en nuestro país en esos mismos años sesenta y que tuvo en Carlos Sacheri a su principal animador.

Porque esto que hoy puede parecer una simpleza, en esa época, en la que se preparaba el escenario dialéctico para la sangrienta eclosión de la década siguiente, constituía no solo una novedad, sino que tenía el atractivo de la eficacia para todos aquellos que provenían de movimientos y agrupaciones católicas esterilizadas por un insoportable inacción.

Tal vez en la aceptación de ese juicio respecto de la situación de los movimientos católicos de la época, resida gran parte de la explicación del conflicto de Fe, que no tardaría en desatarse. Es que era generalmente aceptado que la benemérita Acción Católica, que tanto había hecho en el mundo para incorporar el laicado al apostolado de la Iglesia, se había ido extenuando en una burocracia de reuniones insustanciales y en un equivocado rol por parte de muchos eclesiásticos que en lugar de cumplir su papel de asesores del movimiento caían frecuentemente en la tentación de dirigirlo, subrogándose a la genuina misión de los laicos.

Existía la idea más o menos extendida de que la Acción Católica no iba más y que hablar de acción católica era una suerte de *contradictio in terminis*.

Pero también existía la idea de que era necesario actuar sin dilaciones en un país que marchaba irremisiblemente al precipicio.

Hubo, como sucede siempre, distintas respuestas.

Una, la de aquellos, laicos y clérigos, que, acomplejados de inacción pasaron sin solución de continuidad a un activismo febril que les produjo la ilusión de la eficacia. Eran los tiempos posconciliares y la propia Iglesia no había podido realizar el formidable esfuerzo de digestión de tantas opiniones innovadoras y de tantos cambios que, extremados y mal entendidos, llevaron insensiblemente a ese espíritu de *autodemolición de la Iglesia* denunciado algunos años después por el propio Sumo Pontífice.

Fueron los que criticando las injusticias sociales cayeron en injusticias aún peores. Fueron los que cayeron en la desesperanza de creer que la única acción acertada era la que salía de la boca de un fusil. Fueron los que quisieron imponer *el amor cristiano* a partir de la eliminación física de quienes no pensaban como ellos. Fueron los que por clericales, se alinearon infantilmente, en el vértigo del activismo que muchos curas confundidos les señalaban, justificando éticamente la violencia de abajo a partir de la existencia de la violencia de arriba...

Era el inicio del tercermundismo católico que tanto mal hizo a la iglesia y al país y que fue descrito valiente y categóricamente por Carlos en *La Iglesia Clandestina*, libro cuyo título era ya toda una definición.

Pero hubo también otra respuesta.

Fue la que asumió Sacheri como propia y que constituyó su prédica constante, sin pérdidas del rumbo, a pesar de la tremenda confusión que golpeaba cada día aun a los más avisados.

En orden a la tentación del clericalismo, Sacheri reclamó el restablecimiento del poder temporal del laicado cristiano.

En cuanto a la tentación socialista, Sacheri difundió el Magisterio Social de la Iglesia, de cuyo verdadero alcance, su libro *El Orden Natural* constituye un esclarecido compendio.

En lo referente a la metodología de la acción, Sacheri la iluminó con el juicio prudencial y enseñó a descubrir la necesaria *complementariedad de las obras*.

Hablar hoy del papel de los laicos, luego de todos estos años en que la propia Jerarquía de la Iglesia ha destacado su rol irrenunciable y desde Roma se ha exaltado reiteradamente su misión, no tiene por cierto, la originalidad y la urgencia que revestía en los años sesenta.

Del mismo modo, destacar hoy la sabiduría de la Doctrina Social de la Iglesia frente a la estatización de la vida social, cuando las utopías socialistas de diverso cuño han fracasado estrepitosamente en el mundo, parece una evidencia que no necesita mayores explicaciones.

Pero pienso que el tema de la complementariedad de las obras mantiene hoy plena vigencia y por eso quisiera destacarlo, como parte del legado formativo de Carlos Sacheri.

La complementariedad de las obras, obedecía en Carlos a dos razones de diferente jerarquía. Una, de carácter práctico, era la necesaria eficacia que debía buscarse en la acción a través de la suma y coordinación de hombres y de esfuerzos. La otra, de raíz teológica, mostraba a la complementariedad como un directa emanación de la caridad que debía inspirar toda la acción del cristiano y consiguientemente de la esperanza que se halla en el principio de toda caridad.

A Carlos le dolía ver cuántas posibilidades, cuántas buenas intenciones, cuántos esfuerzos se desperdiciaban por el celo individualista de sus responsables. La manía de *la quinta propia*, la mentalidad de cenáculo, el egoísmo de los grupos marginales que se consideran el centro del universo y que creen poseer la clave exclusiva de la Salvación en el orden sobrenatural o del éxito en términos temporales, no responde a una actitud verdaderamente cristiana, pero, además, tampoco eficaz.

En el extremo opuesto, la creencia de que la eficacia sólo se logra en la aglutinación de esfuerzos en un sólo movimiento de carácter monolítico, era igualmente criticada por Sacheri, quien no podía dejar de advertir la gran vulnerabilidad de esos movimientos que sólo reposan en su validez cuantitativa. Por eso él siempre hablaba de las obras y no de la obra porque enseñaba una y otra vez, que *había muchos caminos para llegar a Roma* y que nosotros nunca podíamos ser tan presuntuosos como para pretender desentrañar los inescrutables designios de Dios.

Sacheri desalentó tanto uno cuanto otro extremo de la acción: ni la balcanización sectaria, ni el monolitismo.

Su propuesta, que abrevó en las lúcidas enseñanzas de Jean Ousset, fue la de concertar la acción a partir de la complementariedad de aquellas obras que "contribuyan dentro de sus límites y métodos propios, a la instauración de un orden económico, social, político y cultural, respetuoso del derecho natural y cristiano".

Allí estaba consignada toda su amplitud y allí también estaban señalados los límites del disenso. Compartir lo esencial aunque se difiera en el modo.

Este fue el método y el marco en el que Sacheri desplegó su militancia. Su aceptación de la realidad, que por tomista no era ni utópica ni resignada, lo llevó a reconocer la natural diversidad de grupos y de vocaciones, para su tarea de reconstitución del tejido social.

Acción sobrenatural por su objetivo, pero estrictamente política por su desenvolvimiento prudencial.

Carlos Sacheri encarnó así un modelo poco común de político cristiano, capaz de aceptar el camino de su perfección en el servicio, sin medianías, del bien común temporal.

La acción concertadora de Sacheri se cumplió fundamentalmente en dos niveles.

En primer término la asistencia individual, mediante la formación de dirigentes sociales o el consejo ponderado a los animadores o líderes naturales de los distintos segmentos de la sociedad. Carlos no hablaba sólo con los convencidos: mantenía insospechados e innumerables contactos con los hombres de muy diversa procedencia. En épocas en que para muchos era mala palabra la CGT o la actividad sindical, Sacheri tenía fuertes y entrañables vínculos con no pocos de sus dirigentes de distintas jerarquías y echaba las bases de lo que constituiría una de las primeras escuelas de formación sindical. Y al mismo tiempo, frecuentaba reuniones y daba conferencias en lugares, que para sus amigos de la CGT, constituían reductos del gorilismo antiperonista.

Siempre procuraba concretar encuentros entre los representantes de distintas opiniones. Creía que el conocimiento cara a cara facilitaba la comprensión y morigeraba los prejuicios. Buscaba acercar, aproximar posiciones antes que enfrentar a sus protagonistas. Sólido en lo dogmático era amplio y generoso en lo opinable. Y eso no era casual. Por el contrario, la exacta comprensión de la doctrina inmutable le permitía ser flexible en el campo de las libres opciones. Precisamente decía, con Ousset, que gran parte de los que se abroquelaban en posiciones políticas irreductibles en nombre de sanos principios, confundían a menudo los campos del obrar y pretendían imponer definiciones dogmáticas en cuestiones opinables. En suma, decía, esas posiciones revelaban una gran estrechez mental y una deficiente digestión de la Doctrina que resulta tanto más amplia, cuanto mejor se la ha comprendido. El obrar prudencial, propio del campo político, no pasa por las recetas prefabricadas de pretendida validez universal.

Más aún, esa confusión de planos, de los que aplicaban a la vida política los dogmas propios de la religión, o que se lanzaban a la acción con la actitud de un censor de doctrina, conducía tarde o temprano al espíritu sectario, que tanto ha debilitado la vocación universal del católico y tantas divisiones ha generado pretextando una siempre inalcanzable pureza doctrinaria.

La visión concertadora de Sacheri tenía también, un segundo término. El del aporte doctrinal y estratégico no ya a líderes o personas aisladas, sino a grupos o asociaciones diversas, de diferentes objetivos y con estructuras y métodos particulares. Esta era la etapa de la complementariedad propiamente dicha. En esta labor

incansable a la que Carlos le entregaba la mayor parte de su tiempo, se armonizaba la acción de múltiples grupos incapaces por sí de lograr una mínima coordinación estratégica con sus similares. Era una tarea de hilván, que buscaba las potencialidades de las obras y detectaba sus propias falencias para que, a su vez, en un intercambio enriquecedor, cada grupo, estuviese en condiciones de lograr con mayor perfección sus objetivos. Unos podían estar vocacionalmente llamados al estudio y la reflexión, otros al desarrollo de una actividad profesional; unos a la acción política otros al apostolado de la oración; unos interesarse por la economía, otros por lo social...En fin, células de estudio, grupos de trabajo, asociaciones profesionales, movimientos políticos, se vieron enriquecidos por el intercambio de experiencias y el mejor conocimiento de la realidad, en una acción de animación social en la que Sacheri ejercitaba el tránsito constante entre lo contingente y lo inmutable; entre los hechos y la doctrina; entre lo temporal y lo sobrenatural. Atendiendo por cierto al *deber ser* pero sin quedarse en la comodidad de las enunciaciones generales sino buscando fórmulas operativas para cada uno de los campos de la vida social.

Aunque parezca simple, esa labor de armonizar los grupos complementarios resulta verdaderamente cíclopea y desgastante en un país demasiado habituado a los particularismos, a los rótulos, a las intransigencias infantiles y al espíritu de facción. Sólo un hombre con el desprendimiento de Carlos podía llevar adelante esa tarea extenuante en la que se prodigaba sin una queja, sin un fastidio y con una proverbial generosidad. El secreto de su eficacia y de llegar a convertirse en pocos años, en un verdadero hombre puente entre distintos sectores, radicaba en que Carlos no se buscaba a sí mismo sino que actuaba sólo y exclusivamente por la mayor Gloria de Dios.

Sin esta finalidad última, que iluminaba de sentido todo su obrar, Sacheri hubiera sido tan sólo un pragmático más de los tantos que hoy abundan en la política argentina.

Por el contrario, esa humilde y tesonera búsqueda de la complementariedad, aunque reposaba por cierto en los elocuentes valores humanos de Carlos, obedecía fundamentalmente a una visión de la acción iluminada por la Caridad. Puede resultar obvio para un verdadero cristiano, pero convengamos que es precisamente en la acción donde los cristianos sabemos que obramos con menos caridad. El otro, para muchos cristianos, más que el prójimo es el meteco, el extranjero, el extraño, cuando no el enemigo. Y esta actitud pequeña está tan difundida que por eso resulta verdaderamente infrecuente encontrar esfuerzos concertadores de la dimensión del encarado por Carlos. Bien podemos decir que en la religión del Amor, la caridad no es moneda frecuente entre los cristianos o entre éstos y los que no lo son.

Esa ha sido posiblemente un de las tantas razones por las cuales la cultura católica ha dejado de ser levadura y fermento de las corrientes culturales de nuestro tiempo. "¿Dónde están los políticos, los escritores, los poetas, los pintores, los temas, los debates que han animado otras generaciones de católicos?" "¿Cuál es la presencia del pensamiento natural y cristiano en los medios de comunicación, entregados al permisivismo y la chabacanería, y en todos los casos inmersos en una indisimulable falta de imaginación? El problema pasa, entre otras razones también poderosas, por la falta de caridad, que es desconfiar de los otros, que es cerrarse sobre sí mismo en una introspección estéril, que es la crítica al mundo pero desde fuera del mundo, que es creer en la ilusión de prohibir y caer en el temor de crear.

Por el contrario, la Fe de Sacheri era una Fe activa y creadora, imbuida de caridad y alentada por el impulso de la esperanza.

Virtud de la esperanza que en el martirio de Sacheri se convierte casi en profecía.

A esta virtud teologal le dedicó Carlos una esclarecida reflexión en el V Congreso de Lausanne, en ocasión de presentar al ilustre pensador católico Marcel Clément.

Finalizaban ya los años sesenta y Carlos nos sorprendió a todos con esa reflexión sobre la esperanza a la que, en su momento, no supimos darle su cabal significación. Fue algo así como un anticipo. Recordaba Sacheri, y lo cito textualmente "que la esperanza contempla al hombre en su propia condición, que es la de un ser inacabado, itinerante -homo viator- siempre en trance de esperar su fin, siempre preocupado por su fin".

Y ampliando el concepto de otro gran intelectual católico como Jean Madrian, quien en esos años sostenía que la falta de esperanza era la característica propia del pensamiento marxista, decía Carlos que ese era un dato común de la mayoría de las corrientes filosóficas contemporáneas.

En aquellos años de tribulación, cuando todo parecía derrumbarse, cuando la vida se alternaba con la muerte a cada momento, no puedo olvidar la última reunión que tuve con Carlos, en FECIC, el viernes anterior a su muerte. Habíamos estado, durante varios días, elaborando el programa de acción para el año 1975, que ya estaba muy próximo. Habíamos estado imaginándonos el escenario del nuevo año, en un marco lleno de incertidumbres. Carlos, siempre tesonero y aplicado al trabajo, no omitía por momentos algún raptó de humor. Cuando insinuaba una humorada, adoptaba una mirada curiosa, mezcla de inocente picardía con algo de timidez. En el dibujo de su rostro, que realicé algún tiempo después de su muerte, intenté captar esa inefable expresión de ingenio y de recato que lo caracterizaba en sus momentos de expansión. Porque todo en él resultaba excepcional.

Todo en él era un canto de esperanza, en un país que cada día parecía hundirse un poco más.

Por eso enseñaba Carlos y vuelvo a citarlo, que "el cristiano, animado por la esperanza sobrenatural, se halla más allá del pesimismo y del optimismo. Sabemos que nuestra vida es una mezcla de Pasión y de Resurrección y por eso, con Job, (pues Job y el Apocalipsis son las lecturas para los tiempos de grandes pruebas) repetimos en alta voz: Sé que mi Redentor vive y, por eso, que resucitaré de la tierra en el último día. Esta esperanza descansa en mi seno".

Y terminaba Carlos con un estimulante muestra de salud espiritual: "todos somos peregrinos, viatores, itinerantes que gozamos desde aquí el gozo de nuestro destino" y nos confortaba con el Apóstol, para los momentos de desolación que sin saberlo, estaban muy próximos: *Spe gaudentes*, tened el gozo de la esperanza.

Que su mandato nos dé las fuerzas que necesitamos para poder continuar...

Buenos Aires, 13 de diciembre de 1994

CARLOS ALBERTO SACHERI : EL UNIVERSITARIO

JOSÉ LUIS DE IMAZ

Este año pudimos leer las memorias de Margaret Thatcher. Rescato su autodefinición: "soy una mujer de convicciones; nadie muere héroe atado al mástil del consenso".

Carlos era un hombre de convicciones. A veces he pensado en su fruición íntima, las que solo conocen los portadores de convicciones cuando –desde sus posiciones reigales– pueden darse el auténtico lujo de ser pluralistas. Porque el pluralismo por el pluralismo es una nadería. El respeto pluralista desde las convicciones personales, es en cambio, también un auténtico gozo del espíritu. No es una adquiescencia desdeñosa y suficiente, es compartir, pero a partir de bases inconmovibles, sabiendo cual es la materia irrenunciable.

Carlos Sacheri era estas dos cosas a la vez, y las dos cabalmente, sin un dejo de gnosticismo, sin el mas mínimo atisbo esquizofrénico. Porque era un militante. Y a la vez un intelectual respetuoso de los frutos genuinos del espíritu y de las conciencias honradas. Lo integraba todo: aquello ineludible por lo que valía la pena luchar, y luchar hasta dar la vida. Y aquello que había que respetar –aunque no se compartiera– porque era solvente porque era honesto.

Tuve la suerte de compartir muchos años con Carlos Sacheri, en el departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas de la Universidad Católica Argentina. Integrábamos el consejo de la Facultad, en representación de los profesores de Sociología, y junto al profesor Roberto Marce-naro, tras él, nos correspondió asumir la representación y conducción de ese Departamento.

Por entonces Carlos acababa de regresar de Quebec. Nos unía la misma proclividad intelectual francesa, y practicábamos ese ejercicio propio de un sistema de enseñanza; compartíamos la fidelidad a un grupo de pensadores galos, Jean Guilton, entre otros, que nos ofrecía a la vez su total pertenencia a un mundo "sacro", y una gran libertad de espíritu para la interpretación de los textos.

Carlos Sacheri era profesor de dedicación exclusiva, requisito *sine qua non* –que los haya, y varios– para que realmente pueda hablarse de Universidad. Carlos era investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, lo que permitía tener un mínimo pero muy mínimo de holgura económica, para dedicar su tiempo

a la docencia, a la investigación, y a la labor de difusión militante. Y ahora que no quedan militantes, que empleamos ese vocablo como si se tratara de una antigualla, es bueno que reivindicemos una actitud asumida como servicio, y en su caso, llevada hasta los extremos de la consonancia vital con la inmolación.

Carlos llegaba tarde a clase. No diremos cinco o diez minutos. No, hasta media hora tarde. Pero entonces ocurría una cosa insólita, desplegaba un bálsamo a la ansiedad de los alumnos. Su bonhomía era tal, que a la sola vista de sus ojos tan claros, de lo que su rostro irradiaba –que sin duda era la presencia y la emanación de la Gracia– en cuanto comenzaba a desarrollar su tema, de filosofía, filosofía de la historia o teoría social que tales eran sus asignaturas, se producía una ósmosis entre expositor y alumnos. Estos quedaban de inmediato tan tensos con sus palabras, tan embuídos de cuanto decía, que se producía una transmutación, la del docente con sus discípulos, y entonces ya no había límites, no había límites horarios porque ni Carlos los conocía ni los alumnos mostraban preocupación alguna por ceñirse a timbres, otros cursos, o expectativas de pasillo. Era el acto docente por excelencia, el diálogo griego, la academia personalizada con cada uno de los escuchas, con cada uno de los indagados, por la búsqueda de la verdad, en lo más íntimo de sus conciencias.

La inteligencia ¿para qué? Recuerdo lo que decía el padre Manuel Moledo: “La inteligencia por sí sola es malvada, es descarnada, es fría. No, si no tiene otro objetivo, es circumscripta, es limitada”. Y no he traído a colación este recuerdo por casualidad, sino para contraponer a Sacheri con una figura exclusivamente intelectual –que servía a la inteligencia presunta por la inteligencia misma– y que en aquel momento brillaba con falsas luminarias de esos seminarios parisinos en los que la inteligencia resulta un puro artificio, mal entramada con la realidad. Estoy pensando en Louis Althusser, que había presentado una versión muy humanizada del marxismo a través de su curso en el Collège de France, editado poco tiempo después bajo el título “Para leer a Marx”. Althusser tuvo por entonces muchos discípulos para su marxismo adulcorado. Entre otros dos latinoamericanas. Una, Martha Harnecker –la ex presidenta de las jóvenes de la Acción Católica chilena– que desde las editoriales de La Habana difundió a través de cientos de miles de ejemplares la versión althusseriana de Marx y el marxismo. Y otra, una socióloga argentina que, por aquellos mismos años, interpretó desde esa óptica la concentración de capital en nuestro medio. ¿Pero por qué he traído esto que parece tan lejano, a colación?. Simplemente porque Carlos enseñaba aquí, cuando Althusser sentaba cátedra en París. Y Louis Althusser acaba de publicar sus memorias –tras haber estado internado varios años en un asilo luego de asesinar a Héléne, su mujer, que la había hecho ingresar al Partido Comunista– y en ellas tuvo la valentía de reconocer que nunca leyó los cinco tomos del “Capital” de Marx, sino que no sobrevivió al primero. En efecto Louis Althusser era un filósofo, y no un economista, y las reflexiones puramente económicas del pensador de Tréveris le excedían. Se quedó sin leer cuatro tomos. Se quedó con su único y exclusivo seminario, anticipando –lo que no ocurrió nunca– que en sucesivos años desplegaría sus comentarios sobre los otros cuatro tomos.

He contado esto para contraponer figuras: Althusser se sentía mal en su piel, como afiliado a un Partido Comunista en el que había dejado de creer –de ahí el asesinato ritual de su mujer introductora– pero en el que era el personaje intelectual por excelencia. Por donde –en el filósofo– el personaje mandaba sobre la persona.

En cambio pienso en Carlos Sacheri como una especie de Juan Pablo II. anticipado. ¿Por qué? Porque Carlos era una roca, como nuestro Papa, frente al cual todas las tempestades chocaban, y que no tenía ningún empacho en decir siempre la palabra justa la que salía de su corazón, la que emergía de su verdad –aunque fuera irritativo para los otros. Pero dicho con mucho amor y mucha pasión.

Juan Pablo II ha tenido ese coraje cívico, que inevitablemente asocio con el de nuestro amigo recordado. Su santidad acaba de elevar a los altares a unos ciento y tantos asesinados en la guerra civil que asoló a España, muertos por la Fe, reconociendo la validez sobrenatural de su martirio, al margen de toda consideración política, y al margen también del clima de atonía espiritual que se vive en nuestra Madre Patria. Su Santidad, igualmente, acaba de recordar y santificar al padre Pro. El padre Pro fue un jesuita cristero fusilado en México, ratificando la Fe: el Papa lo acaba de elevar a los altares, en el mismo momento en que firma el Concordato con México, poniendo término a 70 años de aparente insalvable fractura. Y acaba de reconocer la heroicidad –hasta la santidad– del padre Pro, al margen de todo calculo de “tiempo” político, y que esto pudiera provocar algún escozor entre aquellos cuya mano venía de estrechar oficialmente.

Esta asociación de ideas, no es casual, esta similitud de actitudes no deja de ser significativa. Personalmente, no en todos los casos coincidí con Carlos Sacheri. A veces imaginé que sus preocupaciones sobre infiltración en la Iglesia no siempre resultarían bien probadas, y en otra ocasión tuvimos una larga charla –en la que él asistió conmigo y algún otro profesor de Departamento– acerca de la delgada línea que va entre la defensa de las convicciones y la ratificación de la caridad, pero de una caridad que no podía ser ingenua, y que nos inhibía para dar nombres propios, para suministrar nombres propios en un libro. Carlos confirmó su verdad con su vida. Y yo estoy vivo, como quedamos vivos los que fuimos más timoratos, o menos decididos, o menos empeñosos, o nos cubrimos con el manto más cómodo de la prudencia. Y él en cambio ratificó que en Carlos Sacheri la persona mandaba por sobre el presunto o posible personaje.

Carlos no hizo solamente la dación de su vida: también la de su tiempo. Y aquí aparece el universitario por excelencia, el docente por antonomasia, en aquellos atribulados años 70, pero en aquellos años donde todavía había figuras modélicas. Al decir dación de tiempo me estoy refiriendo al tiempo coloquial –tan propio de un genuino profesor– que no ponía límites a su diálogo con los jóvenes, sino que les ponía límites a ellos –tan necesitados de espacios claramente circunscriptos– pero no con las palabras, sino con actitudes, con su comportamiento, con su ejemplo vivencial.

El padre Manuel Moledo decía: “La Iglesia es una institución extraña, muy extraña, sin duda por lo que tiene de divina. Porque toda institución, si quiere ser tal, tiene que echar por la borda a sus lastres. Pues bien, con la Iglesia ocurre todo lo contrario. Es la única que no puede echar a nadie, es la única que por esencia debe rescatarlos a todos, tiene que echarles su salvavidas a todos, para que todos queden en la barca”.

Quienes solo lo conocen a Carlos Sacheri como militante, como cruzado, pueden hasta haber tenido la tentación de creer que él pensaba que era necesario echar a algunos por la borda. No es así. Soy testigo personal de que era un rescatador. Soy testigo personal de que en más de un caso –frente a alguien con

quien intelectualmente disentía pero a quien igualmente respetaba- resolvió por sobre todas las cosas. rescatar. Porque había que rescatar un alma, que de no. hubiera perecido.

Y este es el más íntimo testimonio sobre Carlos, al que me siento obligado.

CARLOS ALBERTO SACHERI

(El hombre de pensamiento)

ALBERTO RODRIGUEZ VARELA

El tiempo es efímero, fugaz, apenas un instante frente a la eternidad. Por eso el transcurso de sólo veinte años ha sido suficiente para que en esta casa muchos alumnos, e incluso algunos profesores, no recuerden a Carlos Alberto Sacheri.

Hay, sin embargo, Alguien, que lo tiene presente para siempre, y que lo ha puesto -como lo anuncia en estos días de Adviento el Apocalipsis de San Juan- entre los que fueron *degollados por el testimonio de Jesús* (Ap. 20-4), y tienen su nombre inscripto *en el libro de la vida* (20-14).

Nosotros -y ese es el sentido de este homenaje- también queremos mantener el nombre de Carlos Alberto Sacheri escrito con letras indelebles en los anales de esta Pontificia Universidad Católica, para que las sucesivas generaciones lo contemplen como un modelo y un arquetipo, y para que su diáfano recuerdo nos confirme en la esperanza del reencuentro definitivo y eterno.

Muchos en esta casa no lo hemos olvidado. Una placa de bronce conmemora su martirio y su semblante sereno nos observa desde algún despacho de la Facultad de Derecho. Sirvan, pues, mis palabras, como humilde adhesión a esa conmemoración permanente y al homenaje que esta casa de estudios, presidida por su Rector, rinde hoy a Carlos Alberto Sacheri, un auténtico hombre de pensamiento, y también de acción.

Nuestras vidas se cruzaron por vez primera en 1970 -ha transcurrido ya un cuarto de siglo-, cuando Sacheri asumió la titularidad de una de las Cátedras de Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Su triunfo en el respectivo concurso público de antecedentes se encontraba respaldado por méritos adquiridos a lo largo de una fecunda labor intelectual. Tenía sólo 36 años pero gozaba ya de renombre como pensador, publicista y conferenciante. En la Universidad de Laval, en Quebec, había obtenido en 1963 su licenciatura en Filosofía, doctorándose en 1968 con mención Suma Cum Laude. Numerosas revistas teológicas, filosóficas y políticas le contaban como asiduo colaborador. Era Profesor Titular de Metodología Científica y de Filosofía Social en esta pontificia Universidad Católica, y Profesor Invitado de Ética y Filosofía Social en la mencionada Universidad de Laval.

En ese mismo año 1970, Sacheri publicó su libro *La Iglesia Clandestina* en el

que describió la actuación de grupos pseudoproféticos que entroncaban con la herejía modernista de principios de siglo, denunciando su variado y profundo accionar disolvente

La virtud cardinal y cristiana de fortaleza –escribía Sacheri en las páginas finales de este libro– *es una de las más necesarias en la hora actual. La falta de coraje* –concluía– *es una de las deficiencias más dolorosas del presente. Sacheri, empero, no adhirió a esa claudicación de muchos. Miró a sus adversarios de frente, consciente de los peligros que le acechaban, sin omitir un ápice su testimonio en resguardo de su seguridad personal.*

La obra intelectual de Sacheri, dispersa en varios libros y en numerosos artículos, abarca temas teológicos, filosóficos, sociológicos y políticos. En el diario *La Nueva Provincia* se publicaron, a partir de mayo de 1971, cincuenta notas escritas por Sacheri, más tarde recopiladas con forma de libro, en las que se encuentran sintetizados los principios básicos de Filosofía Jurídica, Política y social profesados por su autor. Constituyen ellos el basamento de un Orden Natural inspirado en el reconocimiento de la dignidad y libertad de la persona humana, en su razonabilidad, sociabilidad y politicidad, y en su vocación de eternidad. Tal orden natural encuentra adecuado sustento en el realismo cristiano, oponiéndose a todas las perspectivas materialistas o relativistas que procuran socavarlo.

Sacheri sostenía que Derecho natural *es lo que se le debe al hombre en virtud de su esencia*, esto es, por el simple hecho de ser hombre, y que todo lo que no es esencial al hombre, queda reservado al ámbito del derecho positivo que dicte la autoridad competente. Agregaba que *si bien ambos tipos de leyes son necesarios y se complementan mutuamente, resulta manifiesto que la ley natural debe ser fundamento de la ley positiva. Si así no fuera* –advertía Sacheri– *se seguirían las tremendas injusticias que caracterizan a los regímenes totalitarios, como el comunismo o el nacional-socialismo.*

Es oportuno subrayar que Sacheri fue la antítesis del sectario o del hombre de capilla. Era un católico en sentido cabal. Su pensamiento se encuentra imbuido de la universalidad connatural a la Iglesia. Fue firme en la defensa del depósito de la Fe y en la propagación del magisterio ordinario del Pontificado. Pero no confundió lo sustancial con lo accidental, lo principal con lo accesorio. Rehuyó, sistemáticamente, la pretensión de dogmatizar sobre cuestiones opinables. Pude así gozar de su amistad a pesar de que discrepábamos en temas controvertibles. Esa modalidad lo constituyó en polo de atracción para un amplio espectro de católicos argentinos que, por encima de disidencias temporales, coincidían con Sacheri en principios esenciales. Por lo demás, como buen tomista, tomó siempre la realidad como punto de partida de sus reflexiones filosóficas. No se mudó a un limbo imaginario. Tuvo siempre los pies sobre la tierra, mostrándose inquieto y preocupado por el devenir de nuestra República, sin olvidar jamás la dimensión espiritual a través de la cual formulaba diagnósticos acertados y proponía adecuadas terapéuticas.

Con palabras que resuenan como un eco de la parábola del trigo y la cizaña, Sacheri describía al mundo actual, colmado de contradicciones y paradojas, con estas palabras: *Por una parte, la humanidad no ha podido contar jamás con los innumerables medios que la moderna tecnología nos ofrece para remediar el*

problema mundial del hambre y de la miseria, el drama de la ignorancia y del analfabetismo, de la enfermedad y del trabajo inhumano. Por otra parte, el siglo XX es el que ha batido todos los records bélicos con un total de setenta y una guerras, más incontables revoluciones intestinas; es el siglo de los campos de concentración y de las cámaras de gases, el siglo de la carrera desenfrenada de armamentos nucleares, el siglo del trigo echado en el mar y del café quemado como combustible.

No puedo dejar de señalar que una de nuestras discrepancias derivaba de la diferente interpretación que hacíamos de los escritos de Jacques Maritain. Sacheri era un severo crítico de algunas obras del ilustre autor francés como *Humanismo Integral, Cristianismo y Democracia* y *Los Derechos del hombre y la ley natural*. Se reconciliaba, empero, con Maritain, a través de *Le Paysan de la Garonne* y su vehemente condena de lo que denominaba la *apostasía inmanente* del neomodernismo progresista. Señalemos, además, que Sacheri coincidía con Maritain en torno al doble progreso contrario del bien y del mal en el curso del siglo XX.

En su ensayo sobre *Civilización y Culturas*, Sacheri completaba su descripción ambivalente del mundo contemporáneo sugiriendo remedios para la gravedad del cuadro: *Habiendo alcanzado –decía– las profundidades del abismo de esta nueva forma de barbarie constituía por el ateísmo materialista y tecnocrático, es necesario ahora definir las grandes líneas de la restauración de un orden nuevo, más humano y más cristiano, o más humano porque más cristiano. La tarea –agregaba– es inmensa, tan vasta y desproporcionada que tenemos tendencia a desalentarnos. Pero hombre no sólo de pensamiento sino también de infatigable acción, imbuido siempre de la virtud teológica de la Esperanza, Sacheri rechazaba con énfasis la tentación derrotista. Advertía que la expansión del Cristianismo a partir de la prédica de los apóstoles, o la salvación de Francia por Juana de Arco, eran casos que ponían en evidencia como la Providencia se complace en resolver las situaciones más desesperadas a través del esfuerzo de un pequeño rebaño. Subrayaba, por ello, la necesidad de mantener el optimismo en la acción, recordando la invitación formulada por Pío XII en 1952: *Es tiempo –decía el Pontífice– de dar pasos decisivos. Es tiempo de sacudir el funesto letargo. Es tiempo de que todos los buenos, todos los hombres inquietos por el destino del mundo, se reconozcan y aprietén filas.**

El Humanismo de Sacheri, fundado en sólidos principios teológicos y filosóficos expuestos en numerosos documentos pontificios que glosó y comentó en su libro *El Orden Natural*, le llevó a asumir una posición clara y firme frente a las desviaciones positivistas de nuestro tiempo. El positivismo jurídico –decía– consiste esencialmente en reducir el derecho y la justicia a lo establecido en la ley positiva que dicta la autoridad política. Por ello el positivismo niega validez a la doctrina del derecho natural, reduce la moral y la justicia a una valoración puramente subjetiva y niega a la persona todo derecho que no sea expresamente reconocido por la autoridad. La Iglesia –puntualizaba Sacheri– ha rechazado esta concepción del derecho, señalando que conduce a los peores excesos de los regímenes totalitarios. Recordaba al respecto que Pío XII, en 1949, había enseñado que *el simple hecho de ser declarada por el poder legislativo una norma obligatoria en el Estado, tomado aisladamente y por sí solo, no basta para crear un verdadero derecho. El 'criterio del simple hecho' vale solamente para Aquel que es el Autor y la regla soberana de todo derecho, Dios. Aplicarlo al legislador humano indistinta y definitivamente, como si su ley fuese la norma suprema del derecho, es el error del positivismo jurídico en el*

sentido propio y técnico de la palabra, error que está en la base del absolutismo de Estado y que equivale a una dejficación del Estado mismo. Como glosa a este texto del gran pontífice del siglo XX, Sacheri agregaba que *las masacres stalinianas, los crímenes de Hitler que dieron lugar al juicio de Nüremberg "acaso no fueron cometidos al amparo del 'derecho legal'? El positivismo –concluía– no tiene respuesta a tales objeciones de la conciencia moral universal...*

Los derechos esenciales de la persona humana, a cuyo estudio Sacheri dedicó reflexiones profundas, aparecen en su pensamiento fundados en un jusnaturalismo de inspiración cristiana que se inspira en la síntesis tomista del siglo XIII y en la obra restauradora de los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. Pero al tiempo que de las páginas escritas por Sacheri surge claramente delineado un Humanismo Cristiano que proclama a Dios como principio y fundamento de todo orden y de los inalienables derechos de la persona humana, emerge gravemente enjuiciada cierta versión del liberalismo que tiene como fuentes doctrinales el nominalismo, el racionalismo y el iluminismo, y que condujo a las conclusiones absolutistas de Rousseau, al divorcio entre la ética y la economía, a la separación de la moral y el derecho, al indiferentismo, al naturalismo, al laicismo y, finalmente, al ateísmo que sirvió de sustento a la perspectiva marxista.

La posición de Sacheri frente al materialismo dialéctico e histórico fue terminante. Lo concebía como una *doctrina práctica de la acción revolucionaria* y le dedicó gran parte de su tiempo, de sus meditaciones, de sus libros y de sus conferencias. No le interesó demasiado, en el plano doctrinal, distinguir entre leninismo, stalinismo, maoísmo, trotkismo, castrismo o las versiones vernáculas del marxismo.

Su muerte, en plena madurez, le impidió observar el derrumbe iniciado en 1989, y enjuiciar –como lo hubiera hecho con firmeza– las nuevas expresiones del materialismo que corroe la médula de países que fueron cristianos y que, a través de las variadas formas de atentar contra la vida inocente, retornan presurosos al más extremado paganismo. En el tiempo que Dios le dio, cumplió, empero, su obligación de luchar en defensa del hombre y de su dignidad connatural, y de enfrentar sin temor los avances del totalitarismo comunista, sobre todo en el plano cultural. *La doctrina católica –advertía Sacheri– es todo lo opuesto del 'odio social' que predica el marxismo en sus diversas expresiones. Porque supone una actitud integradora, armonizadora de todos los sectores en sus legítimos intereses. Porque parte del respeto de la persona y de sus derechos esenciales, de la vitalidad de las familias, de la coordinación de los grupos intermedios y las asociaciones profesionales. La Iglesia –subrayaba Sacheri– no condena sólo al comunismo porque es ateo. Lo condena, además, por ser una teoría y una praxis destructora de todo orden social y económico de convivencia.*

También el nazismo y el fascismo, radiografiados con claridad por Sacheri en sus artículos y en sus libros, fueron objeto de su condena. En primer lugar –decía en *La Iglesia y lo Social*–, *las dos ideologías son expresión del pensamiento socialista. Tanto Hitler como Mussolini militaron en el socialismo antes de formar sus respectivos partidos. Sus tesis principales reflejan claramente la inspiración socialista. De ahí que resulte un gran contrasentido –afirmaba– el oponer el comunismo al nazismo y al fascismo, como ideologías contrarias, puesto que la raíz filosófica es común a todas ellas: una concepción naturalista y materialista del hombre y de la*

sociedad, una hostilidad abierta contra la religión y la Iglesia, una exaltación del Estado y una limitación drástica de las libertades esenciales del hombre. Recordaba que ambos movimientos políticos fueron condenados por la Iglesia en las encíclicas "Non abbiamo bisogno" contra el fascismo y "Mit brennender Sorge" contra el nacional socialismo, y que "la incompatibilidad de ambas doctrinas con los principios básicos del Cristianismo resulta manifiesta". "La exaltación totalitaria del Estado -agregaba- ha llevado a dichos sistemas a desconocer el principio de subsidiaridad y los derechos y autonomías legítimas de los grupos intermedios de la sociedad".

Muchas otras son las cuestiones que conciernen al Orden Natural y que fueron tratadas por Sacheri en sus libros y artículos con solvencia, equilibrio y conocimiento profundo. La propiedad privada, el trabajo humano, el salario, la empresa, las asociaciones profesionales, el capital, el sindicalismo, el socialismo, la moneda, el crédito, la cogestión, el bien común, el principio de subsidiaridad, la participación política, la democracia, la resistencia a la autoridad y las relaciones entre la Iglesia y el Estado, fueron temas, entre otros, que Sacheri desarrolló con claridad y sentido didáctico. Los análisis que efectuaba abarcan, con frecuencia, diversos niveles. Algunos concernían a la Teología y a la Filosofía. Otros estaban referidos a tesis opinables que no siempre comparto y que pueden suscitar la adhesión o el rechazo de los católicos sin que se rompa el vínculo de la Fé y el mandamiento de la Caridad.

Por encima de todo, Sacheri fue un esforzado buscador de la Verdad. En uno de sus libros expresó que en espíritu de esperanza, y fiel a su condición de laico católico, deseaba vivamente que se cumpla aquello que nunca enunciara Dom Guéranger : *Hay una gracia inherente a la confesión plena y entera de la Verdad. Esta confesión -nos dice el Apóstol- es la salvación de quienes la hacen y la experiencia demuestra que ella es asimismo la salvación de quienes la escuchan.*

Señores y Señoras:

Me he ocupado, brevemente, del pensador. Quiero ahora recordar al hombre. Porque Carlos Alberto Sacher lo fue en el sentido más pleno de la palabra.

Como lo expresaré al comienzo de esta exposición, lo conocí a Sacheri cuando me desempeñaba como Secretario Académico y luego Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en tiempos extremadamente difíciles. Renuncié el 12 de marzo de 1973, pero conservé como inapreciable recuerdo de mi gestión algo que no pudo destruir la barbarie que dos meses después irrumpió en los claustros de esa Facultad. Me refiero a la amistad que anudamos desde que nos conocimos, y que perduró como vínculo fraterno hasta su muerte.

Fundado, pues, en el conocimiento personal de Carlo Alberto Sacheri, y en la significación y proyección de su elocuente magisterio, puedo afirmar que no fue elegido de modo casual por sus victimarios. Constituía para ellos un adversario más poderoso que un ejército. Era un hombre de pensamiento que, no obstante su juventud, había forjado una legión de discípulos no sólo en Argentina sino también en Uruguay, Chile, Venezuela, Canadá y España. Tenía una particular bonhomía que suscitaba la adhesión espontánea de quienes lo trataban y que se exteriorizaba a través de sus ojos claros, de su semblante pacífico, de su moderada energía.

Los que creemos en la bienaventuranza eterna: sabemos que Carlos Alberto Sacheri, nuestro inolvidable amigo, se encuentra en el lugar de la luz y de la paz. Su martirio, ocurrido hace veinte años, fue y sigue siendo una promesa de regeneración. La sangre de los mártires es simiente de Fé, de Esperanza, de reencuentro en la Verdad y en el Bien. *Quien perdiere la vida –dice el Señor– por amor a Mí, la hallará.* Los asesinos de este caballero sin miedo y sin tacha, muerto en presencia de su mujer y de sus siete hijos, no imaginaron, seguramente, que le abrían las puertas de la verdadera Vida. En vísperas de su martirio, podría haber dicho como San Pablo a Timoteo : *Yo ya estoy a punto de ser inmolado, y se acerca el tiempo de mi muerte. He peleado el buen combate, he concluído la carrera, he guardado la Fé. Nada me resta sino aguardar la corona de justicia que el Señor me tiene reservada.*

HOMENAJE DE LAS FACULTADES DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y DE ECONOMÍA Y CIENCIAS SOCIALES AL PROFESOR DOCTOR CARLOS SACHERI CON MOTIVO DE CUMPLIRSE EL 22 DE DICIEMBRE DE 1994 20 AÑOS DE SU MUERTE

El 13 de diciembre de 1994 en el edificio Santo Tomás Moro, en Puerto Madero, sede de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y de economía y Ciencias Sociales se realizó un acto académico en memoria de quien fuera distinguido profesor de ambas Facultades, en particular en las cátedras de Filosofía Social e Introducción a la Filosofía de las Escuelas de Sociología y de ciencias Políticas, respectivamente, ámbitos, entre otros, que fueron escenario de sus cualidades humanas e intelectuales, y de su condición de verdadero maestro que influyó tan positivamente en muchos de sus condiscípulos.

El homenaje fue organizado por iniciativa de profesores amigos, discípulos y exalumnos del Dr. Sacheri y contó con el apoyo de las autoridades de ambas Facultades.

El Acto Académico fue presidido por los Señores Decanos de las Facultades Derecho y Ciencias Políticas y Economía y Ciencias Sociales y otras autoridades académicas, y participaron del mismo familiares, amigos, profesores y alumnos de la Universidad.

Hicieron uso de la palabra para recordar al extinto los Profesores Dr. José Luis de Imaz, por la cátedra de Sociología, quien refirió a «Sacheri: el Universitario», el Dr. Adalberto Zelmar Barbosa, por la Escuela de Ciencias Políticas, quien refirió a «Sacheri y la complementariedad de las obras» y por último el Doctor Alberto Rodríguez Varela, profesor de la cátedra de abogacía, quien disertó sobre «Carlos Alberto Sacheri, el hombre de pensamiento».

El homenaje incluyó la bendición y colocación en sector de aulas del primer piso del nuevo edificio de la placa recordatorio, antes ubicada en la vieja sede de la Facultad de Derecho en la calle Moreno.

En este número de la revista se publican las mencionadas presentaciones como así también el trabajo elaborado por el Licenciado Hugo Luis Dalbosco, «Una lección perdurable», preparado también con motivo del homenaje comentado.

En una sucinta biografía recordamos que el Doctor Carlos Alberto Sacheri

nació en Buenos Aires el 22 de octubre de 1933 y cursó sus estudios primarios y secundarios en la Escuela Argentina Modelo de Buenos Aires.

Terminado el Colegio curso estudios de Derecho, pero prevaleció en su interés la inclinación por la Filosofía, carrera que siguió en la Universidad de Buenos Aires.

Finalizada su carrera de grado y luego de dar algunas clases en la Universidad, obtuvo una beca para estudiar en la Universidad de Laval en Québec, Canadá, donde concurre en 1961, obteniendo la licenciatura con la distinción de «Magna Cum Laude» en su trabajo sobre «Necesidad y naturaleza de la deliberación».

En ese tiempo profundizaba sus estudios sobre Santo Tomás de Aquino, guiado fundamentalmente por el P. Julio Menvielle, de quién fue uno de sus más queridos discípulos.

De regreso a Buenos Aires, retoma el dictado de clases y comienza a trabajar en distintas actividades relacionadas con la filosofía y el periodismo.

En Abril de 1970, sale a la luz su primer libro *La Iglesia Clandestina* con el objeto de clarificar lo que fue el Movimiento Tercermundista en particular y del comunismo e individualismo liberal en general. su segundo libro, *El Orden Natural* es editado y publicado luego de su trágica muerte, esta obra particular que recopila cincuenta notas dominicales publicadas en el diario la Nueva Provincia, ha contribuido desde entonces y de manera significativa, a la formación de nuestros universitarios.

Paralelamente al ejercicio fecundo de la cátedra en nuestra Universidad, Sacheri dedicó, no menos esfuerzos a la militancia católica, tarea iniciada en sus primeros años en la Acción Católica de la Parroquia de Pilar y que continuó activamente a lo largo de su vida. En 1969, organiza el primero de sus congresos del Instituto de Promoción Social Argentina, con el objetivo de reunir gente de todo el país y de los países vecinos, en torno a la concepción Cristiana del mundo, como respuesta a las filosofías vigentes en aquella época como el marxismo, que unido a la violencia se instaló en el país y de la cual fue víctima.

El amor a Dios, a la Iglesia y a la Patria no le dio tregua en la enseñanza del Bien y la Verdad, y eso le valió la vida. Fue asesinado el 22 de diciembre de 1974, mientras volvía de misa en presencia de su mujer y sus siete hijos.

EL MOVIMIENTO CONSUMIDOR, REFLEXIONES PROPIAS Y COMPARTIDAS EN TORNO A SU PROTECCION

JORGE ALEJANDRO AMAYA

SUMARIO: I) EL MOVIMIENTO CONSUMIDOR EN EL MUNDO. SU PROTECCIÓN NORMATIVA; II) PROTECCIÓN PREVENTIVA DEL CONSUMIDOR. EDUCACIÓN E INFORMACIÓN. PROMOCIÓN Y ACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS; III) LA JUSTICIA ORDINARIA COMO VÍA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES. LA "INJONCTION DE HACER". UNA ACCIÓN PROCESAL IMAGINATIVA. IV) LA JUSTICIA DE MENOR CUANTÍA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. FUNCIÓN Y FIN. SU DESARROLLO EN ALGUNOS PAÍSES DEL MUNDO. V) LA JUSTICIA DE MENOR CUANTÍA EN ARGENTINA. ANTECEDENTES NACIONALES. SITUACIÓN ACTUAL. PROYECTOS DE LEY. SALDO DEUDOR DEL PODER LEGISLATIVO; VI) RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD). MEDIACIÓN. VII) EL LLAMADO "SISTEMA LEGAL PREPAGO" COMO MEDIO DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES. HISTORIA Y ANTECEDENTES. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PAÍS. VIII) CONCLUSIONES.

I) EL MOVIMIENTO CONSUMIDOR EN EL MUNDO. SU PROTECCIÓN NORMATIVA.

Una realidad incontrastable de hoy, es que el ciudadano común vive en estado de indefensión frente a muchos de los problemas que lo acosan en su vida cotidiana. Este estado de impotencia que se percibe en la mayoría de las sociedades mundiales, pero con mayor presencia en las comunidades de los países menos desarrollados, obedece en gran parte al desconocimiento de la facultad que tienen todas las personas de defender sus mas elementales derechos, y las vías o procedimientos que el sistema legal y social les provee para asegurar dichos objetivos.

Procurando encontrar un equilibrio donde el hombre pueda defender sus intereses cotidianos –sus derechos como habitante consumidor– nació y comenzó a desarrollarse en todo el mundo el movimiento de los consumidores.

Así, fueron surgiendo progresivamente instituciones públicas y privadas que investigan, proponen, informan y representan a los consumidores, cumpliendo un papel relevante en el sistema educativo de la población y en la protección del individuo frente a las grandes corporaciones productoras de bienes y servicios.

En búsqueda de antecedentes en el derecho comparado sobre la protección al consumidor, los autores invocan el tratado de Roma de 1957 que tuvo por objeto crear el mercado común de los países europeos independientes. Este protocolo enunciaba en su preámbulo, como meta relevante de la comunidad, la elevación acelerada del nivel de vida garantizando precios razonables en los suministros al consumidor. ¹

En 1960 instituciones privadas de Australia, Estados Unidos, Inglaterra, Bélgica y Holanda crearon la Organization of Consumers Unions (IOCU) con sede en La Haya, a la que posteriormente se fueron agregando como asociados instituciones de Nueva Zelanda, Francia, Alemania, y Austria en 1960; Japón en 1962; Malasia, Israel y Noruega en 1966; Jamaica en 1967; Corea en 1970; Méjico en 1971; India en 1973; Hong Kong; en 1976 y muchos países mas. Argentina concretó su ingreso en el año 1990. Para dar una idea de la fortaleza de las instituciones que representan a los consumidores basta mencionar que Inglaterra agrupa 937.000 socios; Holanda 650.000; España e Italia 250.000; Bélgica 300.000, etc. ².

Un gran impulso al movimiento consumidor fue otorgado por el ex Presidente Norteamericano John F. Kennedy al convertirse en el primer mandatario que enunció ante el Congreso de su país los derechos de los consumidores. ³

Finalmente, las directrices para la protección del consumidor se aprobaron por unanimidad en el año 1985 en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Actualmente, casi todos los países occidentales han sancionado leyes de protección al consumidor, y cuentan con tribunales y procedimientos especiales para su resguardo, sin dejar de señalar que muchas constituciones han recepcionado estos derechos conocidos como de *tercera generación*. ⁴

Si bien nuestra Constitución Federal de 1853-60 no receptaba expresamente esta normativa, los constituyentes originarios previeron la generación de nuevos derechos que se sucederían con el correr de los años y el progreso de los pueblos. La reforma de 1860 introdujo el actual art. 33 CN inspirándose en la enmienda IX de la Constitución Americana, que expresa: "La enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo". A diferencia

¹ Ver *Derecho del Consumidor*, Stiglitz, Gabriel y otros, Tomo I, pág. 13.

² Dato suministrado en *El movimiento del Consumidor*; Ana M. Luro; diario *La Nación* del 18-8-93.

³ *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 15-3-62.

⁴ Ej. Constituciones de Brasil (art. 5 inc 32, art 170, inc 5 y art 48) y España (art 51). La doctrina hace referencia a tres generaciones de derechos: 1) los derechos individuales que emergen del constitucionalismo liberal clásico al que hacemos referencia en los párrafos anteriores (siglos XVIII y XIX); 2) los derechos sociales y económicos que surgen a partir de la guerra mundial de 1914, y cuyos exponentes mas conocidos son la Constitución de Weimar de 1919 y la de Méjico de 1917; 3) y los llamados derechos de *tercera generación*, de relativa reciente aparición, aún en estado de evolución, y que constituyen un grupo de derechos sustentados en el principio de la solidaridad como nos enseña Francisco Fernández Segado citando Karel Vasek (nos referimos por supuesto a aquellos derechos relacionados con el medio ambiente; el usuario y el consumidor; la salud y la calidad de vida; el patrimonio histórico, etc.) ("Los nuevos retos del estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", Fernández Segado Francisco, ED, 22-07-94).

de la carta norteamericana nuestro art. 33 precisa el origen de esos derechos no enumerados consignando que surgen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación recepitó los derechos de *tercera generación* en algunos fallos. con invocación del citado art. 33 que sustentó también la arquitectura jurídica de la acción de amparo en 1957 y 1958 en los *leading case Miguel Angel Sirl y Samuel Kot S.R.L.*

La reforma constitucional de 1994, adhiriendo a una corriente internacional que busca jerarquizar los derechos de *tercera generación*. consagró expresamente en su art. 42 las prerrogativas de los consumidores y usuarios, estableciendo un amplio espectro de protección que abarca la salud, seguridad e intereses económicos de las personas: condiciones de trato equitativo y digno; e información adecuada y veraz. Se encomienda a las autoridades proveer a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y los monopolios: calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones representativas.

Esta nueva norma, ubicada en un capítulo segundo (nuevos derechos y garantías) de la primera parte de nuestra Carta Fundamental (parte dogmática) posee carácter programático, pues deriva al legislador el dictado de la normativa para hacer efectivo los objetivos que se enuncian (advértase el encabezado del segundo párrafo al decir "Las autoridades proveerán..." y la delegación que formula el tercer párrafo del artículo a fin de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos)

Es importante destacar, la recepción constitucional que hace la norma de los *grupos sociales intermedios* (asociaciones de consumidores y usuarios), creando expresamente una nueva categoría de sujetos titulares de derechos constitucionales en los órganos de control de los servicios públicos y, en el segundo párrafo del art. 43... se los legitima para interponer la acción de amparo en defensa de los intereses que constituyen su objeto".⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por nuestro país por la ley 23.054, que –antes de la reforma constitucional– en función de lo establecido en el art. 31 CN formaba parte de nuestro derecho positivo e integraba la ley suprema de la Nación (como es sabido la reforma de 1994 la incorporó con jerarquía constitucional en el nuevo art. 75, inc.22) prevee en el cap. III, art. 26 la obligación de los Estados signatarios de garantizar un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes, entre los que se encuentran –a nuestro criterio– los derechos de *tercera generación*.

En otros términos, no podemos mantenernos al margen del consenso que existe entre la mayoría de los doctrinarios que reconocen la insuficiencia del derecho tradicional para equilibrar lo que se ha dado en llamar la situación estructural de desigualdad de fuerzas.⁶

⁵ *La Constitución de los Argentinos*, Daniel A Sabsay y Miguel A. Onaindia, Ed. Errepar, Bs.As. 1994, pág. 148.

⁶ Ver Norberto Reich, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona 1985, pag. 169, citado por Salvador Bergel y Martín Paolantonio, *Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor*, ED 22-11-93.

Es que el movimiento consumidor a través de los cambios económicos, tecnológicos, industriales, empresariales, y sociales que generó en el marco comunitario dejó al descubierto la insuficiencia de los principios jurídicos rectores del liberalismo: la autonomía de la voluntad y la culpa, como presupuesto jurídico del ilícito civil.

En nuestro país el movimiento del consumidor partió demorado, y en gran medida este atraso ocasiona una notoria desprotección de los ciudadanos en un aspecto tan relevante de sus derechos.

Sin perjuicio de esta realidad aún subsistente, el consenso social sobre la necesidad de contar con normas, formas y modos que tutelen de manera efectiva estos derechos, la información sobre la situación en otros países pioneros en la defensa del consumidor, y la acción educativa y protectora de instituciones privadas, fueron dando vida a diferentes preocupaciones e inquietudes que se materializaron desde 1989 en la presentación en ambas cámaras del Congreso nacional de cerca de cincuenta proyectos tendientes a la protección del consumidor en diversos aspectos.⁷

Finalmente, el 22 de septiembre de 1993 fue sancionada la ley 24.240 de Defensa del Consumidor basada en un proyecto de los Senadores León, Mazzuco, Rubeo y Mac Karthy, la que fue promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo el 13 de octubre de 1993.⁸

Pero si bien formalmente se ha saldado una deuda con los consumidores argentinos (Argentina era uno de los pocos países de la región que no poseía una normativa orgánica sobre la materia) materialmente queda mucho camino por recorrer.

Por un lado cabe reconocer, aunque excede el objetivo que nos hemos fijado en este trabajo, que la ley sancionada adolece de serias deficiencias que fueron notoriamente incrementadas con el veto parcial que sufrió, al alterarse el espíritu de la norma afectando su integridad.⁹

Por otra parte, creemos que queda como saldo pendiente del Poder Legislativo Nacional la implementación dentro de la estructura de la Justicia Nacional, de Tribunales especiales de consumidores; procedimientos; o de causas

⁷ Anexo conteniendo los proyectos.

⁸ Boletín Oficial del 15-10-93.

⁹ En este sentido entendemos que el veto y promulgación parcial practicado por el Presidente es inconstitucional, ya que desgaja la ley alterando su coherencia sistemática. Nuestra Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la promulgación parcial de leyes interpretando el art. 72 CN en los casos *Glulitta* (fallos 189:156) y *Colella* (fallos 286:352) concluyendo en este último que la promulgación parcial que se cuestionaba (de la ley 16.881) era inconstitucional en razón de que el Congreso había dictado las normas que componían la ley como un cuerpo orgánico destinado a reglar el contrato de trabajo y el Poder Ejecutivo mediante el veto de parte de los mismos y la promulgación del resto había arrancado normas de un cuerpo a cuya aplicación integral vinculaba el Poder Legislativo. La ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional propone en el art. 2 inc. a) en concordancia con lo pactado en el Núcleo de Coincidencias Básicas (punto I.-d) del acuerdo político que le dio origen, la reforma del actual art. 72 CN para constitucionalizar la promulgación parcial de leyes en este sentido.

de menor cuantía que privilegien los principios de economicidad, celeridad, oralidad e informalidad (como existen en la mayoría de los países del mundo) posibilitando un acceso franco de los ciudadanos y permitiendo una inmediata solución a los *pequeños grandes* problemas que quedan sin resolver en la vida de relación de todos los habitantes.

Estas continuas insatisfacciones diarias que potencian la sensación de indefensión que generan en los damnificados, los conducen a un descreimiento de las instituciones democráticas, con especial énfasis en el deterioro o inutilidad del sistema judicial como medio idóneo para solucionar disputas.

II) PROTECCIÓN PREVENTIVA DEL CONSUMIDOR, EDUCACIÓN E INFORMACIÓN, PROMOCIÓN Y ACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS, SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.

La lucha por la libertad y los derechos del hombre, una lucha desde siempre, alcanza –sin duda alguna– dos puntos cúlmines con las revoluciones americana y francesa de 1776 y 1789 respectivamente. La declaración de los Derechos del Hombre, resumen del triunfo del mismo sobre la concentración de poder que significaron las monarquías absolutistas europeas, y esa guía edificante para nuestro sistema institucional que fue la sanción en 1787 de la Constitución de los Estados Unidos de América, se erigieron en punto de partida de una activa participación del hombre en su preocupación por conservar y resguardar los derechos logrados, y por incorporar e institucionalizar aquéllos que fueron surgiendo con el devenir de los años y la evolución.

Hoy, en los umbrales del siglo XXI, advertimos que, si bien aún queda mucho por hacer, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos, el espectro alcanzado hubiera resultado inimaginable en la época de aquéllos que lucharon por nuestra libertad.

Pero si bien los derechos del hombre y de las comunidades se encuentran reconocidos y protegidos en casi todos los sistemas jurídicos del mundo occidental, incorporándose cada vez mayor cantidad de derechos al concepto o rango de fundamentales, el gran desafío de estos años –especialmente para los países en vías de desarrollo– consiste en la consolidación de los sistemas políticos democráticos, no por el riesgo que pudiera implicar un retorno a interrupciones institucionales, sino como medio de asegurar la efectiva vigencia de esos derechos fundamentales.

Es que si la organicidad de los sistemas políticos e institucionales de un país no aseguran los mecanismos suficientes para lograr dicho objetivo esencial, que implica por otra parte, la última razón del Estado, los derechos incorporados luego de siglos de luchas contra la limitación del poder, corren el riesgo de transformarse en abstractas declaraciones sin contenido práctico. De aquí, la importancia que tienen sobre los derechos individuales o comunitarios los controles políticos e institucionales que rigen los sistemas de gobierno.

Dentro de este espectro cabe al Estado asegurar economías libres sobre la base de políticas que procuren mercados competitivos y abiertos pero que garanticen al habitante consumidor la oportunidad real de posicionarse frente a los productores de bienes y servicios en una situación de equilibrio.

En tal sentido, la efectividad del sistema legal de defensa del consumidor no se agota tampoco con el solo reconocimiento de sus derechos, aunque sea a nivel constitucional, o la sanción de una ley protectora. Es necesario poner en marcha una maquinaria armónica que procure estructurar un sistema general de protección de los consumidores, integrado por políticas destinadas al desarrollo de programas de educación e información de los mismos; promoción de sus organizaciones; implementación de sistemas eficientes de solución de conflictos y un acceso sencillo y rápido a la justicia.¹⁰

Ante el avance de las técnicas promocionales y publicitarias de productos y servicios (especialmente la sofisticación alcanzada por la publicidad subliminal) desplegadas a través de los medios de comunicación social que invaden la vida del consumidor desde el inicio de su día hasta la finalización del mismo, los derechos de información y educación adquieren una relevancia decisiva para contribuir a que la sociedad consumidora pueda elegir con libertad e individualidad el producto deseado, sin masificarse por responder a impulsos o a modas impuestas por los grandes productores.

Como contrapartida del derecho de información y educación de los consumidores pesa sobre los productores el deber de información que, genéricamente, cabe a todo contratante como deber accesorio de conducta, destinado a promover un correcto conocimiento de la realidad necesaria para la valoración del producto o servicio.

El deber de información y asesoramiento rige especialmente en la etapa precontractual y con mayor vigor en aquellos productos o servicios que, por su complejidad técnica, resultan más difíciles de comprender en su necesidad y funcionamiento. Así la jurisprudencia francesa ha otorgado particular protección a la información debida a los contratantes de material informático. Otro claro ejemplo al respecto lo constituye el caso *Texas Gulf Sulphur Co.* resuelto por la Corte de Distrito de Nueva York (USA) (1969) que quedó firme por rechazo del *certiorari* por parte de la Corte Suprema. En este *leading case* se promovió acción contra dicha compañía, que se dedicaba a la exploración y explotación de minerales, por haber deformado y ocultado información al mercado de valores para luego aprovecharse económicamente de las derivaciones de dicha conducta.

"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 que ambas partes han obrado en un mismo pie de igualdad, de capacidad de decisión". "...Pero lo mas grave de tal manejo del público es que éste no se da cuenta de que es utilizado: por el contrario,

¹⁰ Para ampliar estos conceptos ver *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, Ediciones La Rocca, pag. 113 y sgtes.

puede creer y de hecho cree que su compra es el resultado de una decisión exclusivamente suya".¹¹

El Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13, inc. 1ro. otorga a toda persona el derecho a buscar, recibir y difundir información. A su vez, específicamente, la Constitución Española consagra en su art. 51 la obligación de los poderes públicos de promover la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentando sus organizaciones y escuchando a éstas en las cuestiones que puedan afectar los derechos de sus integrantes. Como vimos, nuestra nueva Constitución Federal, consagra el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz en su art. 42.

Tal como citan Aída Kemelmajer de Carlucci y María J. Travano de Aredes en un profundo estudio sobre la protección al consumidor en el derecho comparado, el derecho a la información y a la educación está expresamente contemplado en la ley vasca Nro. 10 del 18-11-81 que establece el estatuto del consumidor (art. 3, inc. c); en la ley portuguesa Nro. 29/81 de defensa del consumidor (art. 3, inc. b); en las leyes francesas 78/22 del 10-1-78; 78/23 del 10-1-78 y 79/596 del 13-7-79; en el proyecto de ley reglamentaria de la libertad económica y de la protección al consumidor de Venezuela (art. 17 inc 12 y 13); en la Carta Europea de los Derechos fundamentales del consumidor (resolución Nro. 547 del 17-5-73 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa); en las directrices para la protección del consumidor de Naciones Unidas (resolución 39/248 de la Asamblea General del 9-4-85, art. 2, inc. d) y c); en la ley federal de protección al consumidor de Méjico del 18-12-75, entre otros cuerpos normativos.

La novata ley argentina de Defensa del Consumidor consagra este derecho en tres artículos del Título III, Capítulo XVI (Educación al Consumidor). Así, en el art. 60 determina que incumbe al estado nacional, provincial y municipal la formulación de planes generales de educación para el consumo, fomentando la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores, propendiendo a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de la ley; el art. 61 a través de cuatro incisos procura la formación del consumidor a través del impulso, comprensión y orientación del mismo; por último el art. 62 prevee la posibilidad de que el Estado contribuya financieramente con las asociaciones de consumidores. Esta nueva normativa complementa en nuestro sistema jurídico lo dispuesto por los art. 5 y 9 de la ley 22.802 de lealtad comercial que prohíben la información o publicidad que mediante inexactitudes u ocultamientos induzcan al público a engaño, error o confusión sobre las características, cualidades, usos, o resultados de los productos o servicios promocionados.

Otro aspecto de notable importancia para lograr una adecuada protección de los consumidores, constituye la posibilidad de asociarse en instituciones que defiendan y representen los intereses de los mismos.

Es que, como bien se dice "La efectividad del derecho del consumidor, de acceder con dignidad a los bienes y servicios, no depende exclusivamente del

¹¹ *La Seducción Publicitaria Subliminal. Nuevo Vicio del Consentimiento Contractual*, Luis C. Consiglieri, Rev. Prudentia Iuris, XXI-XXII, pág. 148.

reconocimiento de las soluciones sustanciales....que persiguen la justicia contractual".¹²

Es necesario la instrumentación de otros mecanismos, entre los que destacamos el acceso rápido y simple a una justicia comprensible para el hombre común, y el ensanchamiento procesal de los conceptos tradicionales por los que se rige la legitimación del reclamante.

Como es sabido, la doctrina tradicional enseña que solo existen tres niveles de legitimación: el interés simple, el legítimo o el derecho subjetivo, reconociéndose el amparo jurisdiccional al derecho subjetivo y en algunas rara ocasión al interés legítimo.

Pero esta doctrina tripartita no tiene en cuenta nuevas modalidades que se han ido desarrollando después de la segunda guerra mundial y que tienen en cuenta a la comunidad, los contribuyentes, el medio ambiente, los consumidores, que consideran como titulares de un derecho subjetivo a grupos o asociaciones.

El maestro Morello sostuvo que "en la sociedad de consumo post-industrial y los apareamientos urbanos de nuestra vertiginosa época de cambios, la de los denominados *intereses difusos*, trepa a la instancia de las cuestiones principales".¹³ A su vez, en "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos" advierte que "no puede haber dudas en que desde la moderna perspectiva del Derecho Procesal, el rol de los cuerpos intermedios (así los colegios profesionales), de aquellas entidades (tales las asociaciones) que defienden los derechos de los consumidores y, por último, la actualísima problemática de los denominados intereses difusos y de quienes son o pueden legitimarse para promover su defensa, concentran la atención del estudioso" (Doctrina de Jurisprudencia Argentina, 1981, I, pág. 707 y sgtes.).

Es que muchas veces las circunstancias de los individuos pierden relevancia frente a los intereses de los grupos y colectividades. Estos intereses han sido llamados justamente *difusos* por la doctrina Italiana.¹⁴ De todas maneras, y más allá de la denominación, lo importante de la cuestión es que, muchas veces, se trata de defender intereses que no son de una sola persona, sino de todos o de un gran grupo que convive en un medio determinado y cuya suerte tiende a ser común, sea que se refiera a la degradación del medio, su destrucción, su historia, su tradición, o su calidad de vida. Es decir, se trata de perentorios intereses de la sociedad.

Es así, que debe admitirse en estos casos una representación operante y eficaz que puede ser personificada por una entidad de bien o interés público, o por un grupo de personas interesadas, llegándose así a la colectivación de la legitimación".

En el sentido que venimos apuntando, y como adelantáramos en párrafos

¹² *Derecho del Consumidor* Stiglitz Gabriel y otros, Tomo 1, pág 36.

¹³ *La Defensa de los Intereses Difusos y el Derecho Procesal*, Augusto Morello, JA, 1978-III, pág.11.

Ver *La tutela del interés difuso del dritto comparato*, Milano 1975, citado por Vescovi, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1976, Nro. 2, pág. 73.

anteriores, la nueva Constitución Argentina reconoce en el art. 42 a las *asociaciones de consumidores*, otorgándoles a éstas, y a las agrupaciones intermedias que propendan a los fines de la defensa de los derechos de *tercera generación* legitimación para la defensa de sus intereses a través de la vía expedita y rápida de la acción de amparo, cabe destacar que se deriva a la reglamentación legislativa los requisitos y formas que deberán cumplir dichas asociaciones, las que deberán encontrarse registradas conforme establezca la ley para lograr el reconocimiento representativo que las habilite.

Ha expresado Capelletti, uno de los mas destacados doctrinarios en este tema, que “..el derecho al ambiente natural y el respeto a la belleza monumental, el derecho a la salud, a la seguridad social, a no ser perjudicados por un desarrollo urbanístico caótico, a una engañosa publicidad comercial, a fraudes bancarios, alimentarios o a la discriminación religiosa, social, o racial, son todos ellos derechos que pertenecen a la colectividad”.¹⁵

Bidart Campos ha puesto de relieve que “no hay algo mas real que los intereses llamados difusos y que es infantil y tonto decir que no son de nadie o que no son propios de cada uno. Que esos intereses se compartan entre muchos o entre todos, no quita a cada uno de esos muchos o de esos todos su parte –bien subjetiva– en el conjunto de pertenencia colectiva o difusa”. Agrega que si bien parte de la doctrina todavía no les reconoce el sitio debido por ausencia de normas, lo cierto es que la realidad ha superado a las normas”Y con normas o sin ellas –el amparo nació de la Corte sin norma habilitante hace mas de treinta años– el derecho procesal debe desempolvar vejeces para acompañar a la realidad”.¹⁶

Néstor Sagüés también se ha ocupado del tema sosteniendo que “...la tutela de los derechos difusos no importa en sentido preciso gobernar dado que el acto de gobierno consistiría en la sentencia que acepte o no la pretensión procesal articulada en la acción de amparo. Sagüés acepta la posibilidad de que se legitime a quien invoca un interés colectivo.

No puede dejar de mencionarse en la evaluación del tema previo a la reforma, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia el 7 de julio de 1992 en autos: “Ekmekdjíán, Miguel Angel c/Sofovich Gerardo y otros” fallo donde el Superior Tribunal acogió favorablemente la protección del sistema de creencias de la gran mayoría de la sociedad argentina invocado –solicitando su protección– por la parte actora. En el Considerando 25 se expresa “...a diferencia de quien ejerce

¹⁵ Ver *Formazioni Sociali e Interessi di gruppo davanti alla Giustizia civile*, Rev. Dr. Proc. Civile, 1975, pág.361, citado por Vescovi en 1977 y Morello 1978 JA 1978 III, pág. 11.

¹⁶ ED, 31-7-91, comentario a la causa *Cartañá c/Municipalidad*.

En este fallo de la Cámara Nacional en lo Civil se intentó hallar respuesta a cuál era el apoyo constitucional que tiene la protección jurisdiccional de la sociedad. Se entendió que debía mencionarse al art. 33, precepto agregado a raíz del pacto de San José de Flores a instancia de Mitre. En consecuencia la acción pública o los derechos públicos subjetivos como también la llamada *acción popular* tienen fundamento constitucional, sólo se requiere que un derecho, garantía o patrimonio social pueda verse afectado. Para ello no se requiere indefectiblemente que el legislador haya reglamentado por ley la protección jurisdiccional, ni que haya implementado la legitimación activa de la sociedad ya que según lo dicho en 1957 por la Corte en el caso *Sirl*, no es necesario que el legislador haya reglamentado la protección de los derechos para que los jueces restablezcan la garantía invocada.

la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo. en los casos como el presente. quien replica asume una suerte de representación colectiva....” Este pronunciamiento ha aplicado la normativa constitucional sin la existencia de normas adjetivas concretas que establezcan un determinado ritual. es obvio que el actor no solamente defendía su derecho con respecto a sus creencias sino también la de todos aquellos que sin decirlo se sintieron agraviados. Es decir. los derechos subjetivos colectivos de la grey católica sin representación legal ni mandato fueron interpretados y hechos valer ante el Tribunal. La aceptación de la admisibilidad del planteo y luego el fallo favorable a la pretensión del demandante en nombre de toda una comunidad significa definitivamente. a nuestro criterio. la aceptación de los derechos subjetivos colectivos en nuestro ordenamiento.

El art. 3 inc. f de las directrices para la protección del consumidor de las Naciones Unidas de 1985 a las que hemos hecho referencia en este trabajo. consagra la libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores a efectos de hacer oír sus opiniones en los procesos que puedan llegar a afectarlos.

Como vemos. se trata de lograr una participación activa del público consumidor en defensa de sus intereses para que. agrupados y representados. puedan enfrentar y nivelar los avances sectoriales de las fuerzas productivas.

Conforme expusimos. la ley 24.240 en su art. 60 prevé como obligación del Estado el fomento y creación de organizaciones de consumidores. posibilitando mediante su art. 62 el apoyo estatal financiero de las mismas.

A su vez en el Capítulo XIV (De las Asociaciones de los Consumidores) a través de los arts. 55 a 58 regula la conformación. funciones y legitimación de estas organizaciones.

Justamente en el art. 55 de la ley bajo el título de *Legitimación* se otorga a las instituciones representantes de los consumidores constituidas como personas jurídicas (y que se encuadren en la normativa del art. 56 y 57 para obtener la autorización y reconocimiento para funcionar como tales) la legitimación procesal para accionar en representación del público consumidor cuando resultan afectados o amenazados sus intereses.

Celebramos la inclusión y vigencia de esta norma (que se anticipó al mandato constitucional) que significa la recepción legal de la representación por parte de entidades intermedias de intereses *difusos* o colectivos de la sociedad. avanzando la legislación argentina en la materia al nivel de las normativas más evolucionadas del mundo. en lo que hace al reconocimiento y facultades procesales de las agrupaciones intermedias de consumidores.

La defectuosa prestación de la administración de justicia no es un problema propio de la sociedad argentina. sino común a la mayoría de los países del mundo.

Esta falencia estructural que provoca una avanzada frustración en los habitantes se ve reflejada con mayor incidencia en los problemas diarios que afectan al consumidor. en razón de la escasa significación individual de cada uno de los reclamos.

Las innumerables injusticias que sufren los consumidores y usuarios a

diario por la imposibilidad cierta de acceder a los Tribunales para lograr la reparación del daño, torna imperioso bucear en la búsqueda de nuevas vías y soluciones a la gran cantidad de inconvenientes que quedan sin resolver, con una notoria afectación del valor seguridad jurídica y de la institución de la justicia.

Habitualmente los sistemas procesales judiciales no están dotados de la celeridad necesaria para satisfacer estos particulares reclamos. Esta realidad nos indica que estamos en presencia de una temática que requiere de una estructuración procesal gradual, es decir, la implementación de una faz preventiva a través de sistemas administrativos articulados sobre la base de técnicas conciliatorias y regímenes de sanciones preventivas, vías arbitrales y/o sus diferentes derivaciones; y de una faz judicial por medio de Tribunales e instituciones especiales para consumidores, o al menos con reglas accesibles al tipo de reclamos.

En un trabajo elaborado por la Doctora Nicole L'Heureux (Canadá) ¹⁷ se da cuenta sobre un estudio reciente que muestra que en la mayoría de los casos los consumidores no informan sobre sus problemas y raramente interponen acciones judiciales. Cita la autora esta realidad "en especial en los consumidores de bajos ingresos, quienes a menudo carecen de los medios para querellar ante los tribunales". "Por consiguiente, las acciones judiciales sólo representan una pequeña parte de las disputas entre consumidores y comerciantes". "...Por estos motivos, en el terreno de las transacciones de consumo, los consumidores evitan el proceso judicial. Tienen problemas no resueltos, pero no buscan reparación". En este mismo sentido, en mayo de 1976, en los Estados Unidos se celebró la Conferencia Nacional sobre las causas de descontento popular por la administración de justicia. El informe surgido de esta conferencia recomendó nuevos mecanismos para la aplicación de la justicia (ej. juntas vecinales, tribunales y jurados de arbitraje, etc.).

"Estas frustraciones conforman la mayor parte de las insatisfacciones en una sociedad de consumo, y constituye una política pública hacer que se penalice la conducta de los comerciantes que de esta manera engañan a multitud de personas, y que dichos perjuicios sean rectificadas".

Por esto adquieren vital relevancia en la estructura destinada a la dilucidación de conflictos los diagramas destinados a lograr soluciones extrajudiciales.

Existen muchas y muy variadas experiencias en el derecho comparado al respecto, en Madrid, Murcia, Valladolid y Huelva funcionan Juntas Arbitrales de Consumo compuestas por un presidente que representa a la administración pública y dos vocales, uno de éstos a la organización de consumidores y el otro al sector empresarial. El sometimiento a la evaluación del conflicto por parte de la junta es voluntario. Los establecimientos comerciales que aceptan la competencia exhiben en sus vidrieras un distintivo al efecto. En forma similar, en los países nórdicos existen Comisiones de reclamaciones.

Asimismo, en Suecia la autoridad de aplicación de las normas es, en principio, el defensor del pueblo del consumidor (ombudsman), sólo cuando fracasa la acción de éste se recurre a los Tribunales. Este sistema ha dado notable resultado

¹⁷ Publicado en *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, pág. 317 y sgtes.

en el citado país nórdico, ya que más del ochenta por ciento de los conflictos presentados a la evaluación del funcionario son resueltos por acuerdos voluntarios.

El Ombudsman del Consumidor actúa ante los Tribunales de Defensa de los consumidores, a modo de fiscal en nombre del interés colectivo de la población. Estos tribunales especiales juzgan casos que les presenta el funcionario u organizaciones de consumidores o comerciantes.

Nuestra novata ley de Defensa del Consumidor prevé un verdadero sistema extrajudicial destinado a la solución de conflictos. Este esquema (Capítulo XII. Procedimiento y Sanciones, art. 45 a 51) se divide en un procedimiento administrativo con presencia de una instancia conciliatoria previa y la atribución de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación (y por delegación, los Organismos provinciales y municipales competentes) para aplicar sanciones en caso de infracción.

Posteriormente en el art. 59 la ley prevé el arbitraje en materia de consumo como mecanismo alternativo de solución de conflictos, al instar a la autoridad de aplicación a promover la organización de tribunales arbitrales que actuarán, según el caso, como amigables componedores o como árbitros de derecho. Estos Tribunales arbitrales podrán ser conformados por las personas que propongan las asociaciones de consumidores por un lado y las cámaras empresarias por el otro.

Finalmente, la ley propicia el desenvolvimiento de instancias extrajudiciales para la solución de conflictos. Por el art. 58 se habilita a las asociaciones de consumidores a recibir reclamos y sustanciarlos ante los fabricantes, productores o comerciantes, etc. que correspondan, invitando a las partes a reuniones a efectos de intentar un acuerdo. Este artículo en su párrafo final destaca que, en esta instancia la función de las asociaciones es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, limitándose exclusivamente a facilitar el acercamiento entre las partes.

Creemos adecuado finalizar este punto recordando una frase del maestro Morello quien afirmó "mientras los ciudadanos no lleguen a un eficaz conocimiento de lo que el mundo jurídico les reconoce como derechos y les demanda como obligaciones la ausencia de ese especial presupuesto les impedirá a su vez protegerse de la amenazas, perturbaciones o violaciones que tales pretendidos, pero ignorados derechos puedan experimentar".¹⁸

III) LA JUSTICIA ORDINARIA COMO VÍA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES.

LA "INJONCTION DE HACER". UNA ACCIÓN PROCESAL IMAGINATIVA.

El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma es reconocida en muchos de los países del mundo, los cuales –además– han implementado mecanismos procesales especiales y juzgados propios para la dilucidación y solución de la gran cantidad de conflictos que se generan.

En este sentido, no podemos dejar de admitir, que la ausencia de Juzgados destinados especialmente a intervenir en este tipo de causas constituye un

¹⁸ Morello Augusto, *El conocimiento de los Derechos como Presupuesto de la Participación* (El derecho a la información y a la realidad social, ED, 124-943).

obstáculo para la preservación y defensa del derecho del consumidor. Sin embargo, existen variados mecanismos alternativos, procesales y jurisdiccionales que – vigentes en otros países occidentales– juegan un papel relevante en la estructura diseñada para amparar a los usuarios y consumidores.

Dentro de las acciones procesales especiales que no requieren de una justicia especializada, pero que resultan muy útiles y provechosas a los fines de la defensa de los consumidores, encontramos la denominada “injonction de hacer” (que solamente a los fines didáctico traduciremos como obligación de hacer) pensada para contribuir a la solución de los pequeños litigios.

Este procedimiento surgió en Francia en 1980 a propuesta del Instituto Nacional del Consumo, como desprendimiento y derivación de la “injonction de pagar” prevista en los arts. 1405 y siguientes del Código Civil Francés. La propuesta fue concretada en 1984, y puesta en vigor a partir del 1 de enero de 1989 (decreto Nro. 88-209 del 4 de marzo de 1988) a través de la modificación del Código Procesal.

Este instituto procesal que apunta principalmente a los litigios en materia de consumo (aunque no excluyentemente) se otorga por el Juez en la medida que se encuentren reunidos ciertas condiciones materiales para su libramiento: 1) Debe existir un contrato que tenga por objeto una obligación de hacer ya que no compete a esta acción la obligación de no hacer o la de dar una suma de dinero (ej. entrega de cosas muebles o prestación de un servicio (no es necesario que sea un contrato de consumo)); 2) Debe darse la posibilidad de la ejecución in natura de la prestación contractual, es decir, que la obligación de hacer debe ser posible (ej. limpieza de alguna cosa; reemplazo de piezas o entrega de bienes); 3) El contrato no debe sobrepasar de un valor máximo; y 4) No debe haber sido acordado entre sujetos ambos comerciantes (excluyen de este procedimiento los casos concluidos entre personas que posean ambos la calidad de comerciantes).

Reunidos los requisitos esenciales enumerados precedentemente, el procedimiento es sencillo. La demanda es escrita y presentada por el reclamante en forma personal, por apoderado o –incluso– enviada por correo, sin requerirse como condición de viabilidad el patrocinio profesional.

La ausencia de abogado en la mayoría de los casos ha indicado según los estudios una notable desventaja para el consumidor ante una instancia eminentemente técnica, razón por la cual se ha propuesto la posibilidad de incluir la legitimación de las asociaciones de consumidores para representar al individuo, lo que no ha sido formalizado hasta la fecha.¹⁹

Además de los datos identificatorios de las partes, la demanda exige que se precise la naturaleza de la obligación cuya ejecución se persigue. El valor de la demanda debe ser expuesto o surgir de la misma para fundar la competencia del Tribunal. Asimismo el escrito de interposición debe ir acompañado de todos los elementos de prueba que posea el reclamante.

¹⁹ Al respecto ver el trabajo del procesalista griego Vassili Christianos, *Injonction de Hacer y Protección Judicial del Consumidor*, publicado en “Derecho del Consumidor”, Stiglitz, Gabriel, Tomo 3, pág 19 y sgtes.; y en *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios* pág. 343.

Si la demanda, aparece *prima facie* con fundamento fáctico y legal, el juez emite una orden que contiene la *Injonction de hacer*. Esta orden no constituye una título ejecutivo ni es susceptible de apelación, y se libra sin conocimiento del demandado. Simplemente el Juzgador ordena la obligación, el modo de ejecución y el plazo de cumplimiento.

Asimismo, se fija una fecha de audiencia pública para decidir la cuestión la que no se celebra si previamente a la misma el demandado comunica al Tribunal que dio cumplimiento a la *Injonction de hacer* en tiempo y forma.

Lo dicho hasta aquí refleja que este procedimiento especial se encuentra dividido en dos fases o etapas. En la primera, la actuación se sustancia sin el conocimiento ni intervención del demandado, el que sólo es compelido por el juez al cumplimiento de la obligación. La segunda acontece sólo si el accionado formula oposición a la orden por entenderla injustificada. En este caso el litigio se dirime conforme a los principios clásicos del proceso contradictorio.

Evidentemente, no se concibe que el demandado no dé cumplimiento a la acción si no ha satisfecho debidamente la obligación, ya que de continuar el proceso según lo previsto, el encarecimiento del juicio para él sería notorio con el mismo resultado.

Rigen el procedimiento los principios de celeridad, sencillez administrativa, oralidad y acercamiento de las partes. La demanda por ejemplo es notificada a través de carta certificada por el Secretario del Tribunal. Si el demandado se presenta ante el Tribunal cuestionando la orden en la audiencia fijada, la que es oral, se procura un acercamiento y conciliación de los oponentes. En caso que el acuerdo tenga éxito las constancias de la audiencia valen como título ejecutivo, en caso contrario el tribunal en la audiencia dicta sentencia teniendo en cuenta las pruebas aportadas por la parte actora y las defensas y excepciones planteadas por la demandada, imponiendo las costas.

El instituto procesal francés que hemos descrito constituye ciertamente una innovación para el tratamiento de litigios relacionados con los problemas del consumo, y se asemeja en mucho a los procedimientos que rigen en otros países en materia de pequeñas causas.

No podemos desconocer que la implementación en la sociedad de una adecuada prestación por parte del Estado del servicio de Justicia, depende en forma relevante de las posibilidades presupuestarias del mismo. Estamos convencidos de la necesidad de implementar en la castigada atmósfera de la Capital Federal tribunales especiales preparados para solucionar la justicia de menor cuantía, tal como lo fueron, los primitivos Juzgados de Paz de la Capital.

Sin perjuicio de lo dicho, existen en el mundo muchas formas de hacer realidad la debida protección al consumidor de bienes y servicios, y la *Injonction de hacer* es un buen ejemplo de cómo, a través de procedimientos imaginativos, que pueden ser aplicados por tribunales comunes, es decir, sin necesidad de modificar estructuras jurisdiccionales, se pueden poner en vigencia efectiva los derechos que la normativa confiere.

IV) LA JUSTICIA DE MENOR CUANTÍA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. FUNCIÓN Y FIN. LA JUSTICIA DE MENOR CUANTÍA EN ALGUNOS PAÍSES DEL MUNDO.

A pesar de las distintas funciones que se le asignan al Estado según la posición filosófica que se adopte, existe unanimidad en que el servicio de Justicia constituye una función estatal básica e indelegable. Esto es así, porque en el estado de derecho la monopolización del poder debe quedar en manos de éste como requisito ineludible de su constitución, y única vía de hacer efectiva la protección de los derechos individuales de los hombres y los de la sociedad que componen.

Los arts. 28 a 30 de las directrices de las Naciones Unidas a las que hemos hecho varias veces referencia en este trabajo, establecen determinadas pautas a ser consideradas: 1) solución de controversias en forma justa, rápida y exenta de formalidades; 2) información a los consumidores sobre los procedimientos vigentes; y 3) procedimientos no costosos para los consumidores de bajos ingresos.

Estas sabias directrices reflejan la realidad del consumidor en la mayoría de los países del mundo. Sostener una reclamación ante un tribunal ordinario es sumamente costoso en todos lados, especialmente en lo que se refiere a los gastos judiciales y honorarios de los abogados.

Esta particularidad común, frente a la poca entidad que poseen en general los reclamos aislados de los consumidores, es la razón por la cual la mayor parte de las frustraciones de estos quedan en el marco personal o familiar de la población, o en el mejor de los casos, ante la consulta disuasiva de un profesional, sin que lleguen a presentarse formalmente ante la Justicia.

Si bien, algunos podrían sostener, con fundamento, que esto representa un beneficio para el servicio de justicia que, al verse librada de estos pequeños reclamos, puede privilegiar el tratamiento de casos de envergadura, creemos que dicho razonamiento no tiene en cuenta la verdadera importancia que posee en la intimidad del hombre el verse satisfecho y reconocido en sus derechos –por más poca significación económica que tengan– por las instituciones que regulan el funcionamiento social que él ayuda a sostener con sus contribuciones e impuestos.

Tampoco tiene en cuenta el razonamiento que criticamos, la relatividad y subjetividad de lo que se entiende por *pequeñas causas*. La pequeña causa económica de uno, puede ser de tremenda importancia para otro.

Además, las demoras que se dan en los tribunales ordinarios para obtener una resolución judicial que ponga fin al pleito, y los avatares que los litigantes deben soportar para lograr la ejecución de la sentencia, configuran otra de las razones que desalienta a los consumidores, y los conducen a formarse una opinión negativa de la necesidad y conveniencia de solucionar sus diferendos por medio de la justicia.

Estas causas, auténticas realidades mundiales, han conducido a muchos países a crear tribunales de pequeñas reclamaciones o de menor cuantía que han sido diseñados siguiendo lineamientos comunes, mas allá de las diferencias específicas que pueden separarlos. Así, en casi todos ellos rigen algunos de los principios que –solo a título de ejemplo– enumeramos: a) conciliación y/o arbitraje, donde el juez participa activamente para lograr el acuerdo de partes; b) reducción de formalidades; c) eliminación u opción del patrocinio profesional; d) limitación de

la legitimidad a personas físicas; e) en algunas jurisdicciones se limita el derecho de apelar; f) bajo costo del procedimiento; g) horarios de funcionamiento accesibles y compatibles con los horarios de trabajo; etc.

Así, vemos nítidamente como *por intermedio de la creación de estos órganos jurisdiccionales se procura lograr paliar las limitaciones de un gran sector de la población en punto al acceso a la justicia.* ²⁰

En nuestro país, a partir del advenimiento del estado de derecho, la justicia se constituyó en protagonista esencial de la vida pública, retomando el lugar que le corresponde dentro de la trilogía de poder del gobierno republicano. Como dice Eduardo Oteiza ²¹ fue palpable el interés de la ciudadanía en la forma en que eran resueltos los casos judiciales. Pero asimismo, la insuficiencia tanto de normas procesales como de los medios con que contaba la organización judicial se tornó evidente.

Este proceso de interés ciudadano fue mutándose durante el transcurso de estos años –sin que corresponda en este trabajo analizar las causas que condujeron al estado que señalamos– hacia un notorio descreimiento en el funcionamiento de la justicia como institución idónea para resolver conflictos. Llegándose a poner en duda y en tela de juicio la capacidad, honestidad e independencia de muchos de sus componentes. No podemos negar que, bajo una visión realista, la administración de justicia hoy, atraviesa quizás por una de las crisis mas profunda de su historia.

En este contexto, la desatención por parte de la Justicia de los pequeños incidentes a los que nos estamos refiriendo es una de las causas palpables que contribuyen a crear el escepticismo que reina en la sociedad respecto a la concreta posibilidad de hacer valer sus derechos. No es poco habitual escuchar de boca de familiares, amigos, clientes, y hasta de los mismos hombres de derecho, la acuñada frase *en la Argentina no hay justicia.*

En este contexto resulta correcto sostener que nuestro *actual sistema procesal no se encuentra dotado de la celeridad suficiente para ejercer la eficaz protección jurisdiccional de los consumidores, que exige una estructura judicial y procesal de naturaleza preventiva y de inmediata eficacia, distinta a la justicia ordinaria proporcionándoles medios legales conducentes para permitir que sus derecho puedan ser ejercidos en forma práctica.* ²²

En búsqueda de las necesarias soluciones para facilitar el acceso a la justicia del tipo de litigios a los cuales venimos haciendo referencia, entendemos que la instauración de una justicia de menor cuantía en el radio de la Capital Federal no puede ser demorada debido a la impotencia de la justicia ordinaria y el procedimiento vigente para otorgar adecuada protección jurisdiccional a estos reclamos. La conocida complejidad a estos fines y efectos del Código Procesal Civil

²⁰ Cappelletti Mauro, *El acceso a la justicia* citado por Oteiza Eduardo, *Los tribunales de Menor Cuantía como respuesta actual basada en los principios de la justicia de Paz*, ED, T 122-846.

²¹ Oteiza Eduardo, "Los juzgados de Menor Cuantía. Un tema en constante replanteo" LL-1989, IV, p.747.

²² *En Torno a los tribunales de Menor Cuantía y el Acceso a la Justicia*, Taboada Marcelo, LL, 1992 - D, p. 1254.

y Comercial de la Nación, la larga duración de los juicios, el alto costo judicial, el obligatorio patrocinio letrado, la ausencia de oralidad, la falta de inmediatez, etc. configuran un panorama que debe ser sorteado mediante la sanción de alguno de los tantos proyectos de tribunales de menor cuantía o vecinales presentados en las Cámaras del Congreso.

Antes de referirnos a los antecedentes nacionales de estos tribunales de pequeñas reclamaciones, entendemos de valor revisar sintéticamente la forma en que otros países han abordado este tema.

En Estados Unidos existen tribunales de menor cuantía (Small Claims Court). Estos en realidad, como exponen Guido Santiago Tawil y Xavier Ruiz Colomba en un profundo estudio sobre los mismos ²³ no constituyen verdaderos tribunales especializados, sino, procedimientos especiales establecidos por normas estatales o acordadas ante los tribunales estatales ordinarios que procuran simplificar los trámites judiciales, particularmente en cuestiones de naturaleza civil de bajo monto.

Ohio y el Distrito Federal fueron respectivamente los primeros lugares de su implementación (1913 y 1938). Por ello, es importante resaltar que donde existe este tipo de procedimiento, el tribunal interviniente es una división o parte de un tribunal ordinario. El monto máximo que habilita la utilización de estos procedimientos varía de estado en estado oscilando entre ciento cincuenta y tres mil dólares aproximadamente, y solo procede cuando se reclama el pago de una suma de dinero, es decir no cabe ante peticiones de cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, ni de dar cuando no se trata de dar sumas de dinero.

El objetivo esencial es reducir el tiempo y los costos del procedimiento civil ordinario, por esto se eliminó en la mayor parte de los estados la exigencia del patrocinio letrado. La oralidad rige el proceso, así como el informalismo y la simpleza al no requerirse mas trabajo que una breve descripción de los hechos a través del llenado de un formulario preimpreso. El demandado no requiere tampoco de una contestación formal, bastando su sola presencia ante el tribunal el día de la audiencia.

Algunos estados eliminan la posibilidad de apelar, y otros lo limitan al demandado. No tratándose de Tribunales Especiales, los jueces intervinientes resultan los ordinarios a través de un sistema de turnos. Los jueces admiten todo tipo de pruebas vinculadas al proceso, y emiten sentencia –en algunos estados– al finalizar la audiencia, y en otros la decisión es conocida por correo.

Están legitimados a iniciar estas acciones cualquier persona individual mayor de dieciocho años, encontrándose generalmente prohibidas las acciones llamadas de clase o masa. Es de destacarse, la gran colaboración que prestan los tribunales a los ciudadanos que deciden la utilización de este procedimiento, ayudándoles a completar los formularios y guiándolos respecto de los reclamos, además de estar a disposición de las personas folletos explicativos al respecto.

Inglaterra y Escocia también cuentan con "Small Claims Court" regidas por audiencias informales donde se puede exponer los casos personalmente o de ser

²³ Ver LL, T 1988-C, pág. 1009 y sgtes.

necesario contar con asesoramiento de organismo oficiales. Tienen competencia limitada al monto del reclamo, y se encuentra expresamente vedado que el reclamo provenga de compañías, firmas o individuos en estricta relación con sus negocios. En principio no es necesario el patrocinio legal. Rige un procedimiento arbitral dado por la ley de arbitraje de 1950.²⁴

En 1984 la República de Brasil dispuso la creación y funcionamiento de Juzgados Especiales de pequeñas causas que en dicho país poseen rango constitucional conforme a lo expuesto en los arts. 24 punto X y 98 de la Constitución Federativa (ley 7244 del 7 de noviembre de 1984).²⁵

El sistema que propone esta ley combina dos sistemas de solución de conflictos: 1) conciliación y arbitraje; y 2) prestación jurisdiccional específica.

Una de las mayores innovaciones constituye la inexistencia de expedientes, limitándose la constancia procesal a una ficha donde se consigna el nombre de las partes, la esencia de la demanda, los actos del proceso y la sentencia. Las declaraciones testimoniales son grabadas.

Las pericias no existen, ya que son reemplazadas por la inspección judicial o el requerimiento de informes técnicos, siendo otra característica a destacar la gratuidad en primera instancia del proceso.

La estructura de la justicia de pequeñas causas brasilera se encolumna tras el principio conciliatorio, al prever el funcionamiento de un Conciliador (preferentemente un bachiller en derecho) que es una auxiliar de la justicia y vale como multiplicador de la capacidad de trabajo del Juez. Si bien el Conciliador en un órgano extrajudicial, actúa bajo las órdenes del magistrado.

La solución alternativa, en caso de fracasar el Conciliador, es el arbitraje. Esta secuencia no es forzosa. Los arbitros son escogidos de entre los abogados indicados por la Orden de los abogados de Brasil, quedando autorizados los árbitros a decidir con equidad, ya que deben observar las mismas pautas del Juez.

La tercera alternativa es el juicio en sí, al que se llega si no se optó por el procedimiento arbitral. Se desarrolla en una audiencia ante el Juez de Pequeñas Causas donde se concentra la contestación oral o escrita de la demanda, se desarrolla la prueba, se deciden los incidentes que pudieran haberse planteado y se dicta sentencia.

Las reclamaciones deben versar sobre derechos patrimoniales y no superar un monto determinado.

En Francia se han establecido en los ayuntamientos jueces conciliatorios

²⁴ Ver *Juzgado de Pequeñas Causas* Estudio Comparativo entre Brasil, Inglaterra; Australia; EUA y Canadá", María I. Resende Chaves, Katia M. de Souza Filho, Cecilia M. Martins Antunes, Revista de Ciencia Política, volumen 33, mayo-julio 1990, Fundación Getulio Vargas, Río de Janeiro.

²⁵ El art. 24 dice: *Compete a la Unión, a los Estados, y al Distrito Federal, legislar concurrentemente sobre: X Creación, funcionamiento y procedimiento de juzgados de inferior cuantía. A su vez el art. 98 dice: La Unión en el Distrito Federal y en los territorios y los Estados crearán: I. Juzgados Especiales, atendidos por jueces togados o togados y legos, competentes para la conciliación o juicio y la ejecución de causas civiles de menor complejidad.*

no especializados en consumo y que, por lo tanto, pueden conocer en todo tipo de litigios, excepto en los de estado de las personas y aquellos dirigidos contra la administración.

Las asociaciones de consumidores se encuentran facultadas para representar a éstos en juicio por una ley de 1973.

En España (Madrid y Barcelona) existe un sistema arbitral que fue previsto por la ley general de defensa de los consumidores. El sometimiento de las partes es voluntario y debe constar por escrito. El Tribunal arbitral está compuesto por un presidente representante de la administración pública elegido por las partes litigantes entre tres funcionarios designados por el alcalde de la localidad, dos vocales pertenecientes a las asociaciones de consumidores y otro representante de las organizaciones empresariales. Los fallos arbitrales se dictan por mayoría de votos y hacen cosa juzgada.

Bélgica posee un servicio especial que se sustancia ante el Tribunal de Comercio para tratar los problemas relativos con los consumidores y usuarios, rigiéndose a través de un procedimiento de conciliación.

Australia posee tribunales de pequeñas reclamaciones instituidos por los estados federados. Están compuestos por árbitros (jueces) y secretarios. En algunos estados como Victoria los árbitros pueden ser abogados o legos, en otros como Western Australia solamente abogados. Casi todos duran siete años en sus funciones. Existen montos máximos de reclamos y los reclamos están reservados para consumidores, habiéndose agregado también conflictos entre inquilinos y propietarios. La representación por abogado está prohibida, salvo que las partes lo acordaran.

El procedimiento tiende esencialmente a la conciliación. En caso de no obtenerse un acuerdo de partes la discreción del Juez en lo que hace al análisis del procedimiento es amplia. La sentencia no es apelable.

En Canadá cada provincia ha instituido los tribunales de pequeñas causas. Están compuestos por jueces, y en muchos de ellos funcionan servicios de asesoramiento e información jurídica para los litigantes como en Estados Unidos. En este sentido Vancouver fue la primera provincia en establecer este tipo de prestación.

Existen montos máximos de reclamo que oscilan entre cuatrocientos y mil dólares canadienses. Las causas más comunes son las relacionadas con daños a vehículos. En algunas provincias se restringe la representación por abogado, encontrándose prohibida en Quebec. En general se aceptan todo tipo de pruebas. Existe una audiencia previa de conciliación, y luego en caso contrario, sustanciadas las pruebas, se dicta sentencia, la que puede ser apelada salvo en la provincia de Quebec.

V) LA JUSTICIA DE MENOR CUANTÍA EN ARGENTINA. ANTECEDENTES NACIONALES. SITUACIÓN ACTUAL. PROYECTOS DE LEY. SALDO DEUDOR DEL PODER LEGISLATIVO.

Uno de los primeros antecedentes patrios orgánicos de la justicia de menor cuantía lo encontramos en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia

del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 23 de enero de 1812. Este reglamento encomendaba la justicia de menor cuantía a los alcaldes pedáneos o de hermandad, quienes debían entender en demandas civiles que no excedieran del valor de cincuenta pesos, guardando lo esencial del juicio.²⁶

Con posterioridad a la organización Nacional se pone en práctica un sistema más ortodoxo.

La federalización de la ciudad de Buenos Aires, nos trae la ley Nro. 1144 de 1881 que al organizar la administración de justicia establece la creación de alcaldes, jueces de paz, jueces de mercado, jueces letrados y Cámara de Apelaciones. El municipio se dividía en secciones a las que se adjudicaba un Juez de Paz titular y un suplente. Los Jueces letrados actuaban como tribunal de alzada de los Jueces de Paz.

Para ser juez sólo se requería ser ciudadano mayor de edad, residir en la sección donde se actuaría y saber leer y escribir.

La ley Nro. 1893 estableció la existencia de un Juez de Paz con competencia restringida por el monto del litigio, en cada una de las dieciséis parroquias en que estaba dividido el municipio. Esta norma exigió que el Juez a cargo fuera letrado, recaudo que fue descartado posteriormente por la ley 2860 de 1891.²⁷

A su vez, por la ley Nro. 3670 de 1898 se amplió el número de jueces de paz debido al enorme crecimiento que tuvo la ciudad de Buenos Aires a partir de 1.870.

En el año 1.934 se dicta la ley Nro. 11.924 que crea jueces y camaristas de paz letrados. Esta ley establecía un régimen de rápida decisión, dejándose constancia de la demanda en el acto. El demandado debía contestar de la misma forma, y las partes debían concurrir a una audiencia junto con el juez, en la cual se ofrecían todas las pruebas de que intentaran valerse. La sentencia dictada era inapelable, salvo para los juicios mayores que eran recurribles en el lapso de 48 horas ante la Cámara de Paz. El proceso era verbal y actuado.

La ley 13.998 del 6 de octubre de 1950 determinó que los jueces de paz pasaran a llamarse jueces Nacionales de Paz de la Capital Federal, y posteriormente, por modificaciones del art. 32 del Decreto 1285, la justicia de Paz se llamó Justicia Especial en lo Civil y Comercial. Finalmente, como es sabido, los tribunales especiales en lo Civil y Comercial fueron absorbidos –recientemente– por los del fuero Civil de la Capital.

Las sucesivas modificaciones y atribución de las más diversas competencias a esta Justicia hizo que quedara desvirtuada la idea primigenia que se mantuvo hasta la ley 11.924. De esta manera desapareció la justicia vecinal o de menor cuantía que había regido desde la época del Virreynato.

No debemos dejar de mencionar, a fin de tener una acabada idea general del tema, que en el ámbito provincial muchas Constituciones como, por ejemplo, Salta, Córdoba, Buenos Aires, Mendoza, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja, han adoptado la Justicia de Paz como parte del Poder Judicial local, debiendo

²⁶ Plombo Oscar, *La Justicia de Paz en la Pcia de Buenos Aires*, Ed. del autor, 1942, pág.5, citado por Oteiza Eduardo, obra citada en nota 20.

²⁷ Al respecto ver la obra *De Justicia de paz a Justicia en lo Civil*, Salgado, Alí J., LL, 1989-A-985.

destacarse que en muchos territorios del interior aún no ha podido implementarse el mandato constitucional.

Con el retorno a la vigencia de las instituciones republicanas, acontecido en el año 1983, fueron presentadas en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional gran cantidad de proyectos de ley tendientes a restablecer en el ámbito de la Capital Federal la justicia de menor cuantía o vecinal bajo el convencimiento de que la misma podía convertirse en solución a los problemas del hombre común.

Desgraciadamente, a más de diez años de aquella fecha, y a pesar –como expusimos– de los cuantiosos proyectos presentados, ninguno de ellos ha llegado a materializarse. Sin perjuicio de ello, entendemos ilustrativo enumerar las iniciativas legislativas formuladas a partir del 10-12-83.

1) Exp.0452-D-85. Creación de Juzgados Especiales de Pequeñas Causas. Firmante: Augusto Conte.

2) Exp.0325-S-86 (DAE 30). Restablecimiento de la Justicia de Paz de la Capital Federal creada por la ley 11.924. Firmantes: Senadores José Martiarena y Alfredo Benítez.

3) Exp. 0053-PED-87. Creación de la Justicia Vecinal en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Dr. Raúl Alfonsín.

4) Exp. 3132-D-88. Creación de la Justicia Nacional de Menor Cuantía (una Cámara Nacional de Apelaciones de Menor Cuantía y 15 Juzgados). Firmante: Dip. María C. Guzmán.

5) Exp. 1579-D-89. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmantes: Norma Allegrone de Fonte; Roberto Irigoyen; Melchor Cruchaga; Carlos Silva; Nicolás Garay; José Canata; María F. Gomez Miranda; Cesar Loza; Santos Dávalos; Alberto Aramoni; Carlos Tomasella.

6) Exp. 0438-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. (reproducción del Exp. 1579-D-89).

7) Exp. 0430-S-90. Creación de la Justicia Nacional de Menor Cuantía en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Senador Juan Aguirre Lanari. (sancionada por Cámara de Senadores).

8) Exp. 2702-D-91. Creación de los Juzgados Vecinales Letrados en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Diputado Carlos Mosca.

9) Exp. 5129-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmantes: Diputado: J. Argüello y otros.

10) Exp.5595-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmante: Diputada Gabriela Gonzalez Gass y otros.

11) Exp.1612-D-92. Creación de la Justicia de las Pequeñas Causas. Firmante: Diputado L. Maqueda y otros.

12) Exp.1376-S-92. Creación de catorce juzgados y una Cámara Vecinal en la Capital Federal para cuestiones de menor cuantía y con competencia en materia civil y comercial. Firmante: Senador José A. Romero Feris.

Un estudio más minucioso de los intentos legislativos descriptos nos lleva a concluir que los mismos, que nacen de auténticas y urgentes necesidades sociales, no representan un análisis sistemático y profundo de las razones que reclaman la pronta instauración de una justicia de causas menores en el ámbito capitalino. Lo dicho puede, sin duda tornar de imposible aplicación muchos de los proyectos presentados.

En este sentido, compartimos las ideas propuestas por muchos estudiosos del tema que han propugnado realizar experiencias piloto en el radio de la Capital Federal coordinadas por un conjunto de expertos en las distintas disciplinas aplicables, partiendo de los resultados conocidos y de los antecedentes nacionales y extranjeros, que, por ciento, son muchos y variados.

Desarrollada esta tarea investigativa, seguramente el diseño de la norma surgirá fluidamente con la precisión y solidez de la experiencia acumulada y con la garantía de un modelo judicial previamente probado.

Sin perjuicio de lo dicho, de una u otra manera, creemos que el Poder Legislativo y el Ejecutivo atento las facultades colegislativas que le acuerda el art. 68 de la Constitución Nacional, se encuentran en deuda con la sociedad argentina en esa importante cuestión.

Considerando la especial situación por la que atraviesa la justicia, que clama desesperadamente por medidas que procuren restaurar la fe ciudadana perdida en la misma, sobre lo que nos explayáramos en puntos anteriores; y evaluando las necesidades de una comunidad donde la tensión diaria de los problemas genera un estado de irritación general que es percibido por todos, a punto tal, que muchas veces nos parece estar viviendo al límite de auténticas conmociones sociales, creemos que el Poder Legislativo, luego de casi once años de funcionamiento ininterrumpido de las instituciones, se encuentra en deuda con la Capital de la República, por no haberle provisto de las estructuras jurídicas necesarias por intermedio de las cuales canalizar las vicisitudes diarias del hombre común.

VI) RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD). MEDIACIÓN.

La *MEDIACION* no es algo nuevo en el mundo, pero sí bastante reciente en nuestro país. Se cuenta que el emperador Chino K'ang Hsi consideraba que es propio del hombre vulgar caer en pleitos. Por eso aconsejaba que los tribunales fueran *espantosos, podridos, modelos de mal trato*, para ahuyentar a los litigantes crónicos y desalentar toda forma adversarial. Estimulaba sí, a que las partes aprendiesen a superar sus diferencias de intereses a través de acuerdos.

Tal vez es por estos antecedentes que China ofrece hoy a su comunidad un atractivo sistema de mediación, como tienen también muchos otros países del mundo, tales como Estados Unidos, Francia, Canadá, Suecia, Italia, Colombia, etc.

Mucho más cerca de nuestras tierras, algunas tribus indígenas poseían métodos pacíficos de solución de sus diferendos que bien pueden invocarse como antecedentes telúricos del instituto moderno de la *Mediación*.

Si bien la misión de administrar justicia ha sido, desde los comienzos de la

humanidad atributo propio de la soberanía estatal, se han ido desarrollando medios alternativos a la conocida solución judicial, de los cuales hasta hace pocos años no se tenía una visión global, que poseen –como acertadamente expusiera la Dra. Gladys Alvarez pionera de estos nuevos métodos en el país– en una conferencia sobre Reforma Judicial dictada en Washington *características esencialmente democráticas, y la relevante importancia que a través de ellos se opera un cambio de paradigma social, pasándose de una cultura de litigiosidad a una cultura de pacificación y cooperación.*

Todos aquéllos que por distintas razones nos encontramos vinculados en forma continua –directa o indirectamente– con los conflictos sociales (abogados, jueces, asistentes sociales, sociólogos, psicólogos, árbitros, académicos, policías, dirigentes en general, y todo mortal que se ha visto enrolado (¿o enlodado) alguna vez en su vida en un pleito judicial) sabe a ciencia cierta, o al menos sospecha, que la problemática judicial argentina se caracteriza, entre otros vicios, y más allá de las particularidades propias de cada lugar, por un proceso creciente de acumulación de causas judiciales que no ha encontrado una contrapartida adecuada en la generación de renovados medios y recursos, produciéndose de esta manera un grado de morosidad enfrentado con los fines últimos de su correcta administración. Esta patología, ha sido destacada en reiteradas oportunidades por el máximo Tribunal de la Nación al decir que la justicia tardía implica una auténtica denegación de la misma.

Al incremento cuantitativo apuntado, debemos adicionar los pormenores cualitativos de los conflictos que afectan a la sociedad moderna, muchos de los cuales se caracterizan por presentarse revestidos de sofisticadas particularidades técnicas y complejas conformaciones psicosociales que dificultan su resolución por medio de los procedimientos jurídicos tradiciones.

En este contexto, el grado de congestión judicial que todos conocemos nos revela la insuficiencia de las soluciones de tipo convencional a las que se ha recurrido hasta el momento, tales como el aumento de Juzgados y Cámaras existentes, que por otra parte, se enfrenta permanentemente con la problemática actual de la falta de presupuesto, atendiendo, por otra parte, a las severas restricciones económicas que la situación actual impone al país.

Es que una visión de la Justicia para el futuro nos conduce a un sistema judicial que ofrezca a los justiciables múltiples alternativas de resolución de conflictos, antes y durante la sustanciación del juicio.

Esto no implica menoscabar la jurisdicción judicial, sino arbitrar medios alternativos y complementarios a ella, cuya finalidad no sea solo descongestionar los Tribunales y proveer soluciones nuevas a los diversos conflictos en el menor tiempo posible, sino también paliar la insatisfacción que muchos sectores de la sociedad exponen al decir que no encuentran acceso a una solución justa de sus disputas.

Tal como se diferenció en el *Primer Encuentro Interamericano de Disputas* realizado en Buenos Aires en noviembre de 1994 organizado por el "National Center of State Courts" de los Estados Unidos y la "Fundación Libra" de Buenos Aires, bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos (AID) una cosa es *acceso a la justicia*

(entendida como sistema judicial) y otra es *acceso a justicia* (entendida como solución justa).

Pues bien, dentro de este contexto que con distintos alcances afecta a muchas comunidades mundiales, ha ido creciendo un movimiento llamado de resolución alternativa de disputas (RAD) que tiende a la institucionalización de una variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos sociales por vías distintas a la clásica decisión judicial. Dentro de tales procedimientos se incluyen algunos tradicionales y muy conocidos entre nosotros como el *arbitraje* o la *conciliación*, otros menos difundidos, como la *mediación* o la *negociación colaborativa*, y algunos casi desconocidos en Argentina como los *expertos neutrales* o el *minijulicio*.

Dentro de estos conceptos generales la *MEDIACION* es un procedimiento no adversarial (a diferencia del pleito judicial o el arbitraje mismo) en el que un tercero neutral ayuda a las partes a que en forma cooperativa encuentren un resultado mutuamente aceptable. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las posiciones, a explicar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa; no actúa como juez, pero sugiere a aquéllas ponerse de acuerdo, dado que no puede imponerles una solución si es que no actúan por mutuo consentimiento. Es, como sintéticamente se sostiene: un facilitador de la comunicación entre las partes del conflicto (obviamente capacitado mediante un entrenamiento especial).

La *MEDIACION* puede ser pública o privada. Es decir, puede ser desarrollada en el ámbito del estado (nacional, provincial o municipal) en forma conexas a los Tribunales de Justicia con los cuales colabora; o practicada por instituciones privadas a las cuales las partes recurren para intentar solucionar el conflicto. En algún artículo posterior veremos que la *MEDIACION* funciona también eficientemente en el contexto de centros comunitarios o incluso en ámbitos escolares, hablándose en estos casos de mediación comunitaria o escolar.

A nivel nacional, mucho se ha avanzado al respecto en los últimos cuatro años. En 1991 por Decreto PEN 958/91 el Ministerio de Justicia de la Nación designó una comisión de jueces y abogados con el objeto de realizar los estudios y proyectos necesarios para difundir e instaurar la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos. Con posterioridad a la labor de esta comisión se dictó el decreto PEN 1480/92 que declaró de interés nacional la mediación, encomendó al Ministerio de Justicia de la Nación la elaboración de un plan nacional de mediación y dispuso la creación de un cuerpo de mediadores, de la escuela de mediación y de la realización de una experiencia piloto en la Justicia Civil de la Capital Federal a cuyo fin se facultó a dicho Ministerio para invitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta experiencia piloto, fue puesta en ejecución por resolución del Ministerio de Justicia de la Nación N° 983/93 encontrándose en plena etapa de cumplimiento con resultados exitosos.

Cabe apuntar, que las Provincias argentinas no han quedado rezagadas en el estudio de este nuevo movimiento, habiendo avanzado rápidamente en el desarrollo y adopción de estas formas alternativas. Ya han dictado normas específicas las provincias de Santa Fe, Jujuy, Chaco y Corrientes, entre otras.

Asimismo, hace pocos días atrás, el Senado de la Nación aprobó el proyecto

de ley elaborado por el Poder Ejecutivo, por el cual se institucionaliza a nivel nacional, por reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la mediación en forma obligatoria previa a todo juicio. Considero que el mismo –más allá de ser perfectible y de generarme algunas reservas– implica un importante paso adelante en la recuperación de un Poder Judicial, depreciado en su imagen ante la sociedad por causas propias y ajenas.

No tengo dudas que la *MEDIACION* es y será un valioso instrumento de solución de conflictos en los próximos años, en la medida que la introducción en nuestro sistema de este nuevo instituto –en principio ajeno a nuestra cultura social– se opere con la seriedad que requiere e independiente de intereses políticos y sectoriales.

VII) EL LLAMADO *SISTEMA LEGAL PREPAGO* COMO MEDIO DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES. HISTORIA Y ANTECEDENTES. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PAÍS.

Tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, la desinformación y la falta de una adecuada asistencia en el momento oportuno, impiden muchas veces que el consumidor pueda defender correctamente sus intereses, viéndose de esta forma altamente limitada la capacidad del ciudadano moderno para reconocer los caminos a seguir cuando se presentan problemas legales.

La creación y desarrollo del llamado *Sistema Legal Prepago* –especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica– por medio del cual un grupo de personas mediante el pago de una cuota periódica accede a determinadas prestaciones jurídicas estipuladas en un plan, ha constituido un gran avance en la consolidación de los derechos de educación e información del consumidor, y en la protección de sus intereses.

El alto costo de los servicios jurídicos, sobre todo cuando el hecho que lo justifica se produce repentinamente; la lentitud innegable de los tribunales; la cantidad de regulaciones vigentes en un país, muchas de ellas de interpretación oscura y farragosa; y la poca importancia económica que normalmente poseen los conflictos de los consumidores, han activado –como venimos viendo a lo largo de este trabajo– inquietudes, propuestas y planes provenientes de entidades públicas y privadas y de los propios gobiernos destinadas a otorgar una protección adecuada al público consumidor.

En ese sentido, el *Sistema Legal Prepago* aporta su importante cuota al diseño de una justicia moderna mas próxima al hombre común, a través de los objetivos que lo guían: prevención, celeridad, y reducción de costos.

La *prevención* constituye la columna vertebral del sistema que se estimula desde distintos ángulos. Desde la óptica del usuario, la contratación de un servicio jurídico permanente que permite el rápido acceso a profesionales de distintas especialidades posibilita que el individuo se encuentre asesorado constantemente, evitando de esta manera que el conflicto llegue al abogado cuando muchas circunstancias son irreversibles.

Desde la óptica de los prestadores los principios preventivos (incluyendo aquí las técnicas de negociación extrajudicial) deben ser ejercidos correctamente y

agotados, ya que todo conflicto que termina en los Tribunales implica –en alguna medida– el fracaso de los principios rectores del sistema, demostrando que la *prevención* disuasiva no fue suficiente como para eliminar el pleito, y la *celeridad* y el *bajo costo* se verán notablemente alterados al trasponer el conflicto la puerta judicial.

El principio de *celeridad* que también rige el sistema se encuentra intimamente compenetrado con el de *prevención*. Normalmente, estos sistemas aseguran a los contratantes servicios de guardia las 24 horas del día y la posibilidad de contar con abogados en forma inmediata en los distintos puntos del territorio nacional.

Por último, esta forma de prestación del servicio jurídico torna su ingreso altamente accesible en términos económicos, ya que rige aquí un principio comercial elemental: el poder de compra de un grupo importante de personas reduce siempre el costo final del producto (en EEUU el costo promedio de un plan legal para una familia es de US\$ 100.– anuales).

De esta manera, el servicio legal prepago se convierte, no solo en un auxilio relevante para la defensa de los intereses del público consumidor, sino también en un aporte que favorece el rendimiento individual de las personas en sus tareas, al sentirse protegidas mediante el acceso rápido de la solución de sus problemas, previniendo largos y onerosos pleitos (estudios psicológicos demostraron que existe una correlación directa entre problemas legales y tiempo con productividad y trabajo perdido), armonizando además, los intereses de la comunidad por el efecto equilibrado que posee en el marco de los conflictos sociales.

La concepción del sistema legal prepago como forma de otorgar a grupos numerosos de personas, en forma directa o a través de entidades intermedias, asistencia jurídica, se inicia en EEUU. Si bien los planes de servicios legales prepagos resultan ser un fenómeno de los últimos veinte años, ya en el año 1899 una compañía de defensa médica proporcionaba a sus suscriptores coberturas legales prepagas de *mala praxis*.

La necesidad de la mayoría de la población de acceder a la protección legal, comenzó a incrementarse durante fines de la década del cincuenta y principios de la del sesenta, cuando el movimiento consumidor ganó impulso. El desarrollo de planes de servicios legales fue inicialmente trabado por cuestiones de ética profesional y reglamentaciones, pero con base en una serie de fallos de la Corte Suprema se zanjaron las diferencias.

Un estudio conducido por el *American Bar Association* en el año 1977 estableció que el público en general contactaba a los abogados como último recurso y con gran incertidumbre acerca de los resultados efectivos de su gestión. El estudio demostró la necesidad de crear servicios legales mas integrados y accesibles al ciudadano medio.

Con el correr de los setenta los planes de servicios legales prepagos comenzaron a proliferar en los Estados Unidos, siendo favorecidos en el año 1976 a través de un *tax preferencial para los planes de obreros*. De esta forma, en este último año fue fundado, con sede principal en la ciudad de Chicago, el *American Prepaid Legal Service Institute* (API) asociación sin fines de lucro que representa los

intereses de las diversas entidades de asistencia jurídica prepaga y de los profesionales adheridos al sistema.

El API fue fundado a través de los esfuerzos de la Asociación del Buffet Americano (*American Bar Association*) que continúa su relación con la misma como una organización de apoyo. Está compuesto por firmas de abogados, profesionales individuales, representantes de asociaciones de grupos de consumidores, operadores de planes prepagos y fiadores de los mismos.

Su misión es fomentar los servicios legales prepagos proveyendo dirección, educación y representación dentro del interés social. Para cumplir la misma el API tiene los siguientes objetivos: 1) Promover el desarrollo y el crecimiento del servicio legal prepago procurando lograr su extensión a todo el público. 2) Ser el foro y tribunal principal para las cuestiones derivadas del servicio legal prepago. 3) Servir a las necesidades de educación e información de todos los segmentos que componen el servicio. 4) Influenciar en la legislación y regulaciones a favor de los servicios legales prepagos.

Esta organización es gobernada por sesenta miembros directivos entre los que se encuentran representantes de distintos segmentos del servicio. El Directorio es apoyado por un staff profesional de alta calidad y diferentes comisiones (finanzas y operaciones, legislación, educación social, socios, programas, etc.) encargadas del estudio particular de los temas.

El desarrollo financiero se obtiene con las cuotas sociales, fondos provenientes de congresos y publicaciones y franquicias concedidas por el American Bar.

El sistema legal prepago ha tenido un gran éxito en el país del norte, y en otros países como Australia, Canadá y Alemania. Solamente en EEUU existen aproximadamente quince millones de ciudadanos cubiertos por medio del mismo. Según las estadísticas norteamericanas, los individuos que reciben planes de cobertura legal a través de sus empleadores o sindicatos estiman este beneficio como extremadamente valioso.

También los abogados norteamericanos se pronuncia a favor del sistema. Según un estudio publicado en *ABA Journal* en marzo de 1986, las dos terceras partes de los profesionales aprobaban el servicio legal prepago, y más de la mitad estaban resueltos a proporcionar servicios legales a un plan grupal. Dentro de este espectro la mayor desaprobación provenía de abogados mayores de cincuenta y cinco años, y los indecisos se encontraban entre cuarenta y cinco y cincuenta y cuatro años. Las ventajas mas comunes expuestas en esta encuesta entre los abogados refería que los planes prepagos ofrecían a los consumidores un acceso económico a los servicios legales, y la posibilidad para los profesionales de contar con nuevos clientes con garantía de pago. Según estimaciones del API en 1986 más de veinticinco mil abogados participaban en algún plan de servicios legales prepagos.

Los planes de servicio legal llegan al público consumidor a través de distintas vías de comercialización. Ciertos métodos comerciales han demostrado ser más efectivos que otros, pero esto dependerá del tipo de plan de que se trate. Algunos son promocionados a través de correos directos, venta de tarjetas de créditos, publicación de avisos y mercado televisivo, otros, se comercializan

ofreciéndose como un beneficio social para el empleado, también existe la venta *face to face*, o a través de programas de multi-niveles.

En los países donde esta innovadora forma de brindar el servicio legal ha tenido más desarrollo, existen diferentes sistemas de dación o entrega de los planes jurídicos. Así tenemos por ejemplo firmas legales contratadas por administradoras de estos planes por un honorario fijo (horario, mensual o per cápita) donde los socios pueden comunicarse a través de líneas telefónicas gratuitas; firmas legales contratadas para dedicarse exclusivamente a los problemas de los socios (cuando existe una población importante concentrada en un área geográfica); y diferentes combinaciones. Los planes pueden ser cerrados (el asociado debe elegir entre los abogados de una red) o abiertos (se puede concurrir a cualquier profesional, abonar la prestación y luego la administradora del plan reintegra el importe).²⁸

En nuestro país hasta hace poco tiempo atrás los servicios legales prepagos no existían con el enfoque que describimos en este trabajo²⁹, pero se han ido desarrollando progresivamente en los últimos dos años, existiendo en este momento una importante cantidad de firmas legales que promueven y brindan los mismos, agrupadas la mayoría de ellas en dos cámaras empresariales (Asociación Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos y Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos).

Tal como sucedió en un primer momento en los Estados Unidos, el Colegio de Abogados de la Capital Federal (Colegio Público) se ha opuesto recientemente a este emprendimiento. Su Consejo Directivo en sesión del 4 de marzo de 1994 resolvió en relación con los prepagos jurídicos aprobar una moción manifestando "oposición al funcionamiento de esta clase de sistemas por entender que existe colisión con la normativa que regula el ejercicio de la actividad profesional en condiciones dignas y decorosas... y accionar...para tratar de evitar que se implementen y desarrollen estos sistemas y advertir al público de la opinión del Colegio Público".

El Consejo Directivo en su evaluación del tema entendió que "los prepagos jurídicos constituyen entidades destinadas a efectuar una verdadera industria de los juicios", "no constituyen una salida laboral digna para los jóvenes abogados, sino un esquema que conduce a la explotación del joven abogado quien además será colocado en posición de violar numerosas normas colegiales y del Código de Ética". "Se llegó a la conclusión que además se prestará un mal servicio al público...que servirá en realidad de campo de experimentación para practicantes..." y "...que estos sistemas colaborarán en la destrucción de la abogacía, y redundará en una mayor decadencia de la que ya registra la tarea de impartición de justicia".

Por último, la moción aprobada "...advierte a los matriculados y en especial a los jóvenes que es opinión del Consejo Directivo que si ingresan a laborar en estos

²⁸ Para mayor información sobre el tema ver ABA Journal, mayo 1 de 1988, pág. 38/41; ABA Journal, The Lawyer's Magazine, marzo de 1986, artículo de Lauren Rubenstein Reskin; y API NewsBriefs, noviembre de 1990; enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 1991; enero, febrero, abril, mayo, julio y diciembre de 1992; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 1993; enero y febrero de 1994.

²⁹ Ver *La abogacía de los '90* Horacio M. Linch, LL, 1989-D.

sistemas no lograrán ni tratamiento ni retribución digna, deberán soportar numerosos inconvenientes en forma personal derivados de la violación de las normas vigentes sobre el ejercicio de la profesión y actuarán en contrario a los deberes y fines del Colegio Público y de la letra y espíritu del Código de Ética”.

Finaliza la declaración de la asociación profesional sosteniendo “Estas entidades además no tienen vocación de justicia sino ánimo de lucro...”³⁰

Disentimos abiertamente con la declaración que parcialmente transcribimos, y no podemos menos que lamentar que una institución tan relevante como el Colegio Público vierta conceptos tan errados sobre este sistema.

A nuestro criterio, la declaración del Colegio evidencia un profundo desconocimiento sobre los sistemas legales prepagos, sus orígenes y desarrollo, y especialmente sobre los principios rectores que lo guían, y el eficiente servicio que brindan a la comunidad en todos los países donde funcionan. Los conceptos vertidos, que hemos reproducido textualmente por la inusitada dureza de los mismos, no traslucen una opinión fundamentada, y contienen conceptos más propios de una arenga política que de un dictamen evaluatorio emanado de una asociación profesional.

Estamos convencidos de que el sistema legal prepago emprendido seriamente será –con el correr de los años– un valioso aporte a una sociedad que se encuentra en búsqueda permanente de nuevos y renovadores mecanismos que permitan acercar al ciudadano medio a la solución de sus conflictos cotidianos desde una perspectiva de equidad y justicia. Asimismo, este sistema es una interesante alternativa para contribuir a descongestionar nuestros colmados tribunales.

Por supuesto, en la medida que su crecimiento lo imponga, deberán surgir regulaciones adecuadas con su desarrollo y, especialmente, con la forma particular que el sistema adquiera en el país, no tanto quizás en lo que se refiere a la prestación del servicio, sino particularmente a las formas de promoción y comercialización, y las entidades no profesionales que incursionen lucrativamente como parte de los emprendimientos (sociedades administradoras, compañías de seguro, promotoras, etc.)

Argentina no puede mantenerse al margen de proyectos que han demostrado ser exitosos en otros países más evolucionados que el nuestro. Si el sistema legal prepago ha servido para elevar la calidad de vida de los ciudadanos norteamericanos, alemanes, canadienses o australianos, no vemos razón para vedar el acceso de esta nueva y renovadora prestación del servicio jurídico a nuestra castigada sociedad.

Un servicio jurídico deficiente sólo encuentra su fundamento en el problema educativo de una formación teórica y práctica deficiente. La abogacía del siglo XXI busca necesariamente superar el clásico abogado individual por estructuras profesionales compuestas por distintas especialidades legales y de otras disciplinas, continua renovación en el apoyo tecnológico, y constantes búsquedas imaginativas para brindar una calidad superadora del servicio cuantitativa y cualitativamente. En esta línea de pensamiento, las áreas de administración, *marketing management*, irán adquiriendo un papel relevante en el desarrollo de los servicios jurídicos.

³⁰ Ver Boletín del Colegio Público de Abogados Nro 63 correspondiente al mes de marzo de 1994.

Esto no significa perder eficiencia sino ganarla. Tampoco significa despersonalizar la profesión, sino proveer al abogado de los elementos necesarios para defenderse en un modelo de sociedad diferente al conocido, donde la regla laboral básica será la competitividad. Podemos discernir sobre las ventajas y desventajas, o sobre la conveniencia o inconveniencia de este arquetipo comunitario, pero lo cierto es, que será la sociedad que nos tocará vivir en los próximos años, y debemos estar preparados para enfrentarla.

Deseamos que prontamente nuestro Colegio Público desempeñe sus estructuras y opiniones y las adecue a los nuevos tiempos que se avecinan, para ubicarse a la altura de colegios profesionales que, como el norteamericano, contribuyen decisivamente con la difusión, evolución y control de los llamados sistemas legales prepagos.

Por último, y sin pretender agotar un tema que creemos muy vasto y sobre el que volveremos en otra oportunidad, cabe mencionar la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación Nro. 23.074 de fecha 4 de febrero de 1994 por medio de la cual se incluyó en la órbita de control de la Superintendencia a los prestadores de servicios de asistencia jurídica mediante sistemas prepagos o asimilables. Esta resolución dispuso la creación de un registro provisorio de empresas en el área de la gerencia técnica, obligando a su registración con fecha límite del 15° de marzo del mismo año.

A través del art. 6 de la resolución se creó la comisión de consulta para la regulación del servicio de asistencia jurídica que tendrá por objeto analizar las pautas normativas y técnicas que han de regir para ese tipo de servicio, fijándose fecha límite el 30 de abril para que la comisión eleve sus conclusiones.

No profundizaremos el análisis de la resolución 23.074 por entender que excede el marco que nos hemos impuesto en este trabajo, sin perjuicio de lo cual, adelantamos que resulta equivocado y presuroso –a nuestro criterio– encuadrar a estas entidades dentro de la actividad aseguradora, comprendida por el art. 3 de la ley 20.091.

Sustentamos lo dicho en razón que el incipiente desarrollo del sistema legal prepago en el país no ha adquirido aún las características organizativas que posee en el resto del mundo, limitándose a firmas legales cerradas o interconectadas, que han diseñado y ofrecen planes de cobertura legal a cambio de una cuota que se abona por mes o año adelantado o vencido; o a sociedades comerciales que promocionan y administran dichos planes cuyo servicio legal es prestado por firmas legales vinculadas a las mismas. No vemos aún, la identificación de estos servicios, típicamente encuadrados en la locación, con la actividad aseguradora.

VIII) CONCLUSIONES.

1) El avance creciente en el mundo –en los últimos veinte años– del movimiento consumidor, dejó al descubierto la insuficiencia de los principios del derecho clásico para resolver –con equidad y justicia– los conflictos que se suscitan en una sociedad entre el individuo, posicionado como consumidor, y las empresas productoras de bienes y servicios.

Ante esta realidad, se reaccionó positivamente desde los ámbitos públicos y privados generando iniciativas que dieron origen a multiplicidad de organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores. Prácticamente todos los países del mundo occidental otorgaron protección normativa a los usuarios y consumidores a través del dictado de leyes, decretos, o resoluciones, en el ámbito federal, regional o municipal, llegándose en algunos casos –como el argentino a partir del año 1994– a asignarle a estos derechos rango constitucional.

2) La complejidad de las situaciones que encierra el mundo consumidor hace que su protección no pueda agotarse en el mero reconocimiento normativo de los derechos.

El avance y sofisticación de la técnicas promocionales y publicitarias de productos y servicios que masifican la individualidad, y llegan a viciar la libertad en la elección del producto deseado evidencian la relevancia decisiva de los derechos-deberes de información y educación para contrarrestar los impulsos y modas impuestas por los grandes productores en el proceso de valoración del bien elegido.

Los derechos de información y educación deben ser ejercidos y cubiertos, no solo por intermedio de las asociaciones de consumidores, sino especialmente por el Estado, en forma directa, a través de la sanción de políticas destinadas a fomentar la educación e información de los consumidores, y creando organismos públicos a ese efecto; e indirectamente, al programar y establecer mecanismos especiales de solución de controversias (judiciales o extrajudiciales) que deben estructurarse a partir de un objetivo informativo-educativo de la población.

3) La mayoría de los países que han implementado sistemas orgánicos de protección al consumidor poseen mecanismos jurisdiccionales o procesales para dirimir –en última instancia– los conflictos provenientes del consumo.

Dentro de este esquema existe un marco de variadas posibilidades que van, desde la implementación de tribunales especiales para consumidores hasta mecanismos procesales idóneos para tales fines, que pueden ser aplicados por los tribunales comunes. En este sentido el instituto procesal francés de la *Injonction de hacer* constituye ciertamente una innovación interesante para el tratamiento de pequeños litigios y es un buen ejemplo de cómo, a través de procedimientos imaginativos que no requieren modificar estructuras jurisdiccionales, se puede dar amparo judicial efectivo a los derechos del consumidor.

4) Nadie ignora que en la mayoría de los países del mundo la administración de justicia se caracteriza por ser costosa, compleja y lenta. Esta particularidad común, frente a la poca entidad que poseen en general los reclamos aislados de los consumidores, es la razón por la cual la mayor parte de sus frustraciones no trascienden el marco personal o familiar de la población. Esto, lejos de representar un beneficio, importa un desgaste que excede el marco individual del hombre para proyectarse sobre la credibilidad de las instituciones, con seria afectación de la justicia como mecanismo idóneo para solucionar conflictos.

Esta realidad mundial, ha conducido a muchos países a crear tribunales de pequeñas reclamaciones o de menor cuantía, diseñados siguiendo los principios de conciliación y/o arbitraje: participación activa del juez para lograr el acuerdo de

parte; reducción de formalidades; eliminación u opción del patrocinio profesional; limitación de la legitimidad a personas físicas; limitación del derecho de apelar; bajo costo del procedimiento; horarios de funcionamiento accesibles y compatibles con los horarios de trabajo; etc.

5) La justicia vecinal o de menor cuantía tuvo recepción y vigencia en el país desde la época del Virreynato, habiendo alcanzado su perfección operativa en la Capital Federal con la ley 11.924 que establecía un régimen de rápida decisión, bajo un proceso verbal y actuado.

La ley 13.998 de 1950 que determinó que los Jueces de Paz pasaran a llamarse Jueces Nacionales de Paz de la Capital Federal; modificaciones al art. 32 del decreto 1285 por el que la Justicia de Paz se llamó Justicia Especial en lo Civil y Comercial, y la atribución de las más diversas competencias a ésta hizo que quedara desvirtuada la idea primigenia que se mantuvo hasta la ley 11.924.

Desde 1983, fueron presentados en las Cámaras del Congreso Nacional gran cantidad de proyectos de ley tendientes a restablecer en el ámbito de la Capital Federal la justicia de menor cuantía o vecinal. Desgraciadamente, a más de diez años de aquella fecha, ninguno de ellos ha llegado a materializarse.

Considerando la especial situación actual por la que atraviesa la justicia nacional, y evaluando las necesidades de una comunidad donde la tensión diaria de los problemas genera un estado límite de irritación general, creemos que el Poder Legislativo, luego de casi once años de funcionamiento ininterrumpido, se encuentra en deuda por no haber provisto las estructuras judiciales necesarias para canalizar los conflictos diarios del hombre común.

6) Estamos convencidos de que el instituto de la mediación, así como otras formas que integran el denominado *movimiento de resolución alternativa de disputas*, se constituirá en el futuro, de aprobarse la ley que lo establece para los tribunales nacionales, como una forma válida y eficiente para que las partes en conflicto diriman sus encuentros de una manera no adversaria, pasándose – paulatinamente– de una cultura de enfrentamiento a una cultura de cooperación.

7) El *Sistema Legal Prepago* –nacido en los Estados Unidos de Norteamérica y desarrollado con gran éxito en dicho país y en Canadá, Australia y Alemania– resulta un importante aporte al diseño de una justicia moderna mas próxima al hombre común, a través de los objetivos que lo guían: prevención, celeridad y reducción de costos.

Este sistema, encarado seriamente, será –con el correr de los años– un valioso instrumento de solución de conflictos para una sociedad que se encuentra en búsqueda permanente de nuevos y renovadores mecanismos que acerquen al ciudadano medio a sus instituciones y a los conceptos de equidad y justicia.

Por último queremos compartir con los lectores una última conclusión que invita –por cierto– a la reflexión. Considerando el estado crítico por el que transcurre el sistema jurídico argentino, en lo que hace a su aceptación y confianza en el marco de la sociedad, creemos que el país no puede permitirse el lujo de marginar ideas que han demostrado ser exitosas en otros países mas evolucionados que el nuestro, al menos en lo que se refiere al respeto por las instituciones, y a la protección de los

derechos ciudadanos. Bajo este convencimiento, y sin perjuicio del debate amplio que todos los cambios merecen, creemos que las nuevas iniciativas deben ser apoyadas prescindiendo de los intereses políticos y sectoriales.

Sólo de esta manera, el sistema argentino de resolución de conflictos, abandonará la profunda crisis por la que atraviesa.

JORGE ALEJANDRO AMAYA



LA CAPACITACION EN EL SISTEMA FINANCIERO

EDUARDO A. BARREIRA DELFINO

A principios del año 1995 se desató una crisis financiera y cambiaría a nivel internacional, que tuvo un significativo impacto en el sistema financiero internacional.

Este proceso arranca con la mentada devaluación del peso mexicano acaecida en diciembre de 1994, que puso de manifiesto la endeblez de la estructura financiera internacional. Situación ésta que no puede disimularse ni encubrirse dado que sus derivaciones son de público y notorio, tal como lo demuestran los parámetros siguientes:

- Debilitamiento del dólar estadounidense ante otras monedas fuertes (el marco alemán y el yen japonés) y la consecuente desorientación de los bancos centrales de los países industrializados para recomponer las paridades monetarias dentro de los cauces de normal aceptación con el propósito de impedir el desequilibrio en la fluidez de las obligaciones internacionales contraídas y por contraerse.

- Giro especulativo de los capitales de inversión en títulos y acciones, que provocaron serias turbulencias en los mercados de valores internacionales, a raíz de las bruscas oscilaciones de la oferta y la demanda de los mismos, tipificando valorizaciones y depreciaciones en exceso del ritmo técnicamente aceptable que requiere el funcionamiento normal y sincronizado de los mercados intervinientes.

Resulta preocupante el incremento de las inversiones realizadas en los últimos cinco años en:

- Futuros y opciones sobre tasa de interés
- Futuros y opciones sobre divisas
- Futuros y opciones sobre índices bursátiles
- Swaps de tasas de interés y de divisas
- Otros derivados que incluyen swaps.

- Ampliación del crédito y de las financiaciones, que origina un sobregiro de los recursos financieros canalizables hacia actividades productivas pero también a inversiones especulativas en valores negociables que repotenciaron los problemas aludidos anteriormente.

Bajo este escenario, va de suyo que los retiros normales de fondos pueden verse dificultados por situaciones de iliquidez. Y si ello se produce, se sale de la

normalidad para ingresar en procesos de *fugas* o *corridas* de depósitos de las instituciones.

Así se origina espontánea y velozmente un periplo de contagio generalizado que arrastra incluso a las entidades bien posicionadas, dado que el fracaso de una institución financiera, provoca que los inversores cuestionen la solidez de las otras.

El proceso así desatado lleva en ciernes la factibilidad de derribar a fuertes y débiles, lo que si sucede, configuraría la antesala del colapso financiero, sea nacional o internacional o ambos a la vez.

El sistema financiero nacional sufrió el embate del oleaje internacional y quedó seriamente averiado.

Ante estas circunstancias, nunca está de más recurrir a las denominadas *reglas de Bagehot* de 1873 que predicaban:

– Si los bancos son malos, seguramente seguirán siendo malos y probablemente empeoren si el gobierno los apoya y los alienta.

– La principal máxima indica que cualquier ayuda a un banco malo es la forma más segura de evitar que en el futuro se establezca un banco bueno.

– La aventura es la vida del comercio, pero la cautela es la vida de los bancos.

Nunca más vigente en la actualidad estas premisas de más de un siglo. Pero, además, creo que la crisis del sistema financiero nacional, que llevó a implementar urgentes reformas legislativas y a crear nuevos institutos para posibilitar recuperar la credibilidad en su funcionamiento, también se vio agravada por la ausencia de profesionalismo y tecnicismo en los funcionarios y operadores responsables de los negocios financieros y de las precauciones que exige un mercado tan sensible a los factores exógenos y endógenos que convergen diariamente en su dinámica.

De allí la trascendencia que reviste la capacitación enfocada como *alta política* de administración y conducción de las instituciones financieras. Capacitación que debe ser *formativa* y no meramente informativa, *permanente* y no simplemente ocasional, de vocación *estructuralista* y no limitadamente coyuntural.

Las leyes Nº 23.298, Nº 24.144 y Nº 24.485 y sus decretos y complementarios más las normas reglamentarias dictadas por el Banco Central de la República Argentina en uso de facultades expresamente delegadas, han producido un cambio estructural en el sistema financiero nacional y en el marco de su operatividad, de tal significación que aún no ha sido comprendido y menos asimilado en su debida magnitud.

Las nuevas reglas de juego y las nuevas modalidades de negocios financieros, dentro de un proceso irreversible de globalización de las actividades bancarias, exigen otros enfoques operativos y otros usos y costumbres, por lo que resulta imperioso desterrar lo utilizable hasta ahora y desarrollar otras conductas. Esto conlleva a capacitarse, no sólo para concertar los negocios financieros con el máximo de seguridad y eficiencia sino también que es imprescindible que las instituciones hagan *docencia* sobre las distintas alternativas de financiación que pueden ser posibles en cada caso particular.

A raíz de las reformas legislativas y reglamentarias aludidas precedentemente, el nuevo régimen normativo implementado por el Banco Central, en ejercicio de su nueva estructura, funciones y facultades, se armoniza con los principios que guían la comunidad internacional en la materia, circunstancia ésta que implica forzosamente cambiar las reglas del juego en materia de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

Esta realidad y la comprensión cabal del nuevo cauce de la actividad bancaria y financiera no fue del todo aprehendida por los sujetos interactuantes en el sistema financiero.

Bajo esta convicción, me veo forzado a deslizar las siguientes reflexiones comparativas, entre los periodos anterior y posterior a la sanción de la Ley de Convertibilidad.

"La regulación monetaria"

Anteriormente el esquema de la regulación monetaria giraba esencialmente alrededor de criterios políticos, generales, regionales y/o sectoriales, conforme las circunstancias imperantes en cada caso, con manifiesta indiferencia por el valor de la moneda, lo que motivó un descomunal déficit fiscal o cuasi fiscal acumulado.

Ahora el manejo de la regulación monetaria exige que sea esencialmente teórico y aséptico de todo contenido o influencia política, dado el mandato legal que emerge del Art. de la Ley 24.144, consistente en preservar el valor de la moneda, preservación que sólo es posible utilizando medios técnicos y no políticos.

Lo expuesto se engarza con la función primordial que se le asigna al Banco Central. En la Carta Orgánica derogada, esta función consistía en regular el crédito del que sólo usufructuó el Estado Nacional y las Provincias, al financiarse su ineficiencia por medio de las regulaciones monetarias utilizadas con pautas exclusivamente políticas. La actual Carta Orgánica enfatiza que esa función principal es preservar el valor de la moneda, debiendo el Banco Central ajustar su cometido a la legislación que dicte el Congreso de la Nación, titular de la potestad monetaria.

El manejo político de las regulaciones monetarias, vía redescuentos permisivos ilimitados y discrecionales o efectivos mínimos remunerados, originó usos y costumbres en la captación de depósitos y en el otorgamiento de préstamos, desacertados y negativos, arribándose a la inexistencia del crédito al servicio de las actividades comerciales, industriales y/o de servicios.

Con la estabilidad obtenida a partir de la Ley de Convertibilidad reapareció el crédito, incluso a nivel de saturarse la oferta crediticia, pero los malos usos y costumbres de antaño no se corrigieron haciendo eclosión en la presente crisis.

La Captación de Depósitos

La obtención de recursos financieros para su ulterior préstamo es la esencia y fin último de la actividad bancaria.

Con anterioridad a la Ley de Convertibilidad los plazos de las inversiones fomentaban el cortoplacismo. El grueso de las imposiciones promediaban los siete días.

Ello implicaba que no hubiera la necesaria sincronización entre los plazos de las inversiones y los plazos de los préstamos, por lo que corrían por cuerdas separadas, con el lógico incremento del costo del crédito y/o la retracción de su oferta.

A su vez, el crédito en gestión y mora no era relevante, dado que la iliquidez que provocaba la falta de restitución en tiempo oportuno era paliada por los redescuentos que se solicitaban al organismo rector. Y, en caso de disolución y liquidación, tal iliquidez para cumplir con la restitución de los depósitos era suplantada por el régimen de garantía estatal contenido en el derogado Art. 56 de la Ley 21.525.

Bajo las nuevas reglas de la convertibilidad, el cortoplacismo se ha desalentado, pues los depósitos no pueden ser inferiores a 30 días.

La relación *inversión-préstamo* requiere de una imprescindible sincronización, de modo de asegurar que la cancelación de los préstamos en los plazos pactados permita la devolución de las imposiciones a sus vencimientos.

De este modo, el riesgo de iliquidez se minimiza o se elimina, lo que resulta de vital comprensión. Recuérdase que los redescuentos para situaciones de iliquidez transitoria están limitados y condicionados: ergo, la iliquidez debe ser afrontada principalmente, con aportes de Capital o con asistencia financiera de terceros, incluso del exterior.

El otorgamiento de préstamos

Con anterioridad, su evaluación giraba alrededor de una concepción estática y formal, que reposaba en el análisis de los balances, estados contables y manifestaciones patrimoniales del potencial deudor.

A su vez, la situación del sector en el que operaba el potencial deudor era irrelevante: se hacía abstracción del mismo, sin repararse que la actividad general del sector condiciona directa o indirectamente la actividad individual del deudor.

Por su parte la toma de decisión para el otorgamiento del préstamo se basaba en tres pilares, considerados conjunta o aisladamente:

- Vinculación o relación con directivos, gerentes o accionistas.
- Factor *Político* (preponderante en los bancos oficiales).
- Constitución de garantías, independientemente de su validez y eficacia como tal.

Por último, el destino de los fondos prestados era meramente secundario, desnaturalizándose ininidad de veces el apoyo crediticio, por los desvíos de fondos en que se incurría fácilmente.

A partir de la convertibilidad, estas prácticas vaciadas ya no son posibles, dado que la evaluación crediticia requiere una concepción dinámica y sustancial, consistente en la más precisa verificación de la capacidad de pago del potencial deudor (*cash-flow*) durante el período de vigencia del endeudamiento.

Además, el monitoreo del sector económico al que pertenece el deudor, resulta relevante y vital, pues ningún agente económico está vacunado contra las vicisitudes de un sector cuando, éste es alcanzado por alguna crisis o retracción.

Ambos aspectos exigen que la toma de decisión sea exclusivamente técnica, con objetiva ponderación de todos los aspectos cualitativos y cuantitativos del caso concreto a resolver. El otorgamiento intuitivo o subjetivo de un crédito resulta inadmisibles.

Por último, el destino de los fondos adquiere vital relevancia, por lo que la *acreditación* de ese destino es una obligación inexcusable para el deudor, y su correlativa "verificación" es un deber insoslayable para la entidad acreedora. Más aun, la posibilidad de obtener un crédito con destino a la *evolución operativa*, configuró por muchos años una divulgada y sistemática fórmula de vaclamiento del sistema financiero.

El Riesgo Crediticio

En épocas pasadas, el riesgo crediticio estaba altamente concentrado atento a que el otorgamiento de las asistencias financieras reposaba -como ya lo he señalado- en factores no estrictamente técnicos. Incluso el alto nivel de concentración de las carteras activas que registraban la mayoría de las entidades, las transformaba en *cautivas* de sus principales deudores, quienes las coaccionaban bajo la velada amenazada de caer en cesación de pagos y quedar inmersos en la ley de concursos y, de ese modo, lograr la renovación y/o ampliación de sus pasivos, en forma sucesiva y constante como política inveterada de endeudamiento.

Ello, implica por sí solo, las restricciones crediticias que existían para personas y empresas que querían acceder al financiamiento bancario institucionalizado.

A su vez la clasificación de los deudores que habían reglamentado la autoridad monetaria, se sustentaba en un criterio exclusivamente jurídico, que giraba sobre el estado de cumplimiento de la deuda contraída con la entidad financiera.

Tal esquema clasificatorio condujo al uso de la práctica de renovar o refinanciar los pasivos, que se caracterizaban por ser generalmente *aparentes*, ya que no era habitual renovar o refinanciar saldos de deuda previo pago efectivo de parte de la misma, sino que se renovaba o refinanciaba la totalidad de la deuda con el lógico incremento de nuevos intereses y cargas financieras, como así también, con ampliaciones de crédito para el giro operativo inmediato.

De este modo, las carteras activas eran simplemente maquilladas a los fines de un simple encuadernamiento reglamentario, difiriéndose para el futuro el momento de la efectiva cancelación, y así sucesivamente. Todo esto con el agravante de la aplicación de un régimen de provisiones marcadamente flexible y manejable por las entidades.

Los resultados de esta viciada política de crédito quedaron a la vista paulatinamente y pueden sintetizarse así:

- Por un lado, utilidades ficticias y meramente contables;
- Por otro lado, créditos incobrables.

Va de suyo, que la sumatoria de ambas derivaciones, explica por sí sola, la enorme cantidad de entidades liquidadas y las potencialmente liquidables que aún sobreviven.

Por el contrario, bajo las nuevas reglas aplicadas por el Banco Central, la concentración del riesgo crediticio es severamente combatida mediante limitaciones y condicionamientos rígidos, para coadyuvar a la diversificación del crédito y consecuentemente a la atomización del riesgo inherente.

De este modo se persigue ampliar la base de beneficiarios que puedan acceder al crédito institucionalizado y correlativamente disminuir el índice de morosidad o la repercusión del crédito caído definitivamente.

La clasificación de los deudores se rige por criterios preponderantemente económicos y por pautas evaluativas de la aptitud para administrar y conducir negocios.

Las renovaciones o refinanciamientos de pasivos deben ser reales y genuinas, ya que exigen la realización de pagos ciertos y efectivos, que ingresen genuinamente en la entidad acreedora, desterrándose los movimientos meramente contables.

El régimen de provisiones es rígido y exigente, de modo que cumpla con su verdadera finalidad universal.

Los Mecanismos e Instrumentos Operativos

Antes el manejo del crédito se caracterizaba por la minimización de la profesionalidad de quienes tenían la responsabilidad de su otorgamiento.

La inversión promedio en recursos humanos era escasa y deficientemente asignada.

El desinterés en capacitar era manifiesto. Las partidas presupuestarias destinadas a publicidad, folletería, viajes, regalos empresariales, etc. eran varias veces superior a las partidas presupuestarias para cursos, capacitación, entrenamientos, material didáctico, o biblioteca.

Esta falencia en la profesionalidad de los cuadros operativos se veía disimulada por el entorno general en que se desarrollaba el crédito, entorno signado por la inflación y la devaluación -variables que se alimentaban y repotenciaban recíprocamente- de modo tal, que el otorgamiento del crédito era un acuerdo especulativo para ambas partes:

- La inflación incrementaba o licuaba las sumas a cobrar o pagar.
- La devaluación beneficiaba o perjudicaba la posición en dólares del acreedor o del deudor

Ergo, la suerte del crédito, incluido el de cortísimo plazo, era totalmente aleatoria, pues tanto el acreedor como el deudor, nunca sabía a ciencia cierta cuánto iba a percibir o a desembolsar ni cuál iba a ser el rendimiento financiero o el costo de endeudamiento real y definitivo. Y ello así, descartando las hipótesis de impotencia patrimonial o cesación de pagos del deudor. Va de suyo, que bajo este

contexto el negocio financiero, entendido como el arte de invertir un capital para recuperarlo en el futuro más su rentabilidad, deja de ser tal, para transformarse en una simple apuesta o juego de azar.

Además, la falta de profesionalidad motivó una generalizada deficiencia en la instrumentación de las operaciones crediticias.

La ausencia de concepto sobre lo que es un título ordinario o un título ejecutivo, y sobre lo que es una obligación principal o una obligación de garantía, originó una práctica gravemente errónea en la confección de los *títulos de deuda* que sirven de soporte instrumental y jurídico del crédito.

La unificación instrumental de variables o alternativas de un determinado tipo de operación crediticia y/o de garantía, producto exclusivo de la prevalencia de la organización y de los métodos administrativos internos en desmérito de la seguridad jurídica, condujo a un sinnúmero de fracasos y frustraciones en la recuperación judicial del crédito en mora o en la verificación del mismo y de su privilegio ante el concurso del deudor.

Por último, esa falta de profesionalidad también se vio patentizada al volcarse la asistencia crediticia a través de las operatorias clásicas (mutuos y descubiertos) dejando de lado las operatorias modernas, por desconocimiento de estas últimas y, consecuentemente, por imposibilidad de brindar tales servicios a la potencial clientela.

Este derrotero operativo e instrumental debe ser definitivamente desterrado.

El mundo de los negocios financieros, en la actualidad, demuestra que la profesionalidad y la capacitación resultan trascendentales para la gestión diaria y cotidiana. La dinámica y la complejidad de las actividades económicas así lo imponen.

La profesionalidad se torna imprescindible desde un doble ángulo:

– Para concretar las operaciones crediticias con el mayor margen de seguridad en cuanto a su validez y eficacia, a su instrumentación adecuada y a su recupero y rendimiento final.

– Para hacer docencia ante la potencial clientela y así conseguir la concreción del negocio que más se adapte a la situación de cada cliente y a su capacidad de pago garantía.

Técnicas de financiación como el *leasing*, *factoring*, *underwriting*, fideicomiso, asistencias internacionales, garantías autoliquidables, etc. tendrían que haber tenido mucha mayor difusión en el sistema financiero

Demás está resaltar que la profesionalidad y la capacitación configuran las principales herramientas para superar la crisis y las reconversiones sucedáneas.

No debe olvidarse que ante una situación de dificultades propias de la entidad o de emergencia del sistema financiero, la salida no depende de terceros sino de uno mismo y allí emerge en primer plano el profesionalismo de los cuadros directivos, gerenciales y de ejecución.

Es hora, pues, de intercambiar la asignación de los recursos, privilegiando la capacitación integral del personal.

La Problemática de la Morosidad

Visto el cuadro descripto precedentemente no parece difícil entender el alto grado de morosidad -ostensible o encubierto- acumulado que registra el sistema financiero en su conjunto.

Años de desaciertos, errores e impericia no pasan en vano ni se borran de un día para el otro.

Pero además de las falencias señaladas en el desenvolvimiento de la actividad crediticia, para comprender la problemática de la morosidad resta indagar el comportamiento de la sociedad en general, pues la morosidad trasciende el ámbito estrictamente bancario.

El problema de la morosidad no solo es bancario sino general, en todos los órdenes.

Esta morosidad generalizada más la inclinación de no cumplir las obligaciones contraídas, no es de orden económico sino cultural y jurídico. El factor económico incide sólo en que la percepción de la problemática sea más o menos manifiesta, más o menos preocupante.

La morosidad configura un problema estructural de nuestra sociedad, de carácter cultural y jurídico, desde larga data y que se pone de relieve preponderantemente en los últimos treinta años.

En lo cultural, fácil resulta apreciar las pautas de comportamiento siguientes:

- La renuencia a cumplir con las normas regulatorias de las conductas humanas y de las relaciones emergentes de las mismas.
- La convicción de que el incumplimiento de las normas legales o convencionales es impune, de modo tal que ese sentimiento de impunidad deriva a erigir al incumplimiento como regla de conducta .
- La ausencia de responsabilidad social que se transforma -indirectamente- en enemigo de uno mismo, ya que si A no le paga a B, conlleva a que B no le pague a C y, a su vez, que C no, le pague a A.

Es decir que en la cadena de responsabilidades que existen en el campo obligacional, el incumplimiento -en el largo tiempo- siempre termina perjudicando al incumplidor (típico efecto *boomerang*).

- La predisposición de gastar más de lo que recauda, lo que lleva a endeudarse más allá de las reales posibilidades de pago de las deudas contraídas.
- La negativa a vender bienes propios para pagar las deudas contraídas, lo que conduce a todo tipo de artilugios para diferir el cumplimiento agravándose así la problemática de la morosidad.

En lo jurídico, fácil resulta detectar las falencias siguientes:

- La ausencia más absoluta de la vigencia del contrato, en toda su dimensión, sea por interpretaciones sofisticadas que se alejan de la letra de lo acordado, sea por el dictado de disposiciones con efectos retroactivos que modifican lo pactado, sea por las excusas de que se firmó sin leer las cláusulas contenidas, etc. Todo lo

cual, implica la defunción del contrato, a punto tal, que es muy común firmar contratos sabiendo que se van a romper (boletos de compraventa) o en blanco (solicitudes de crédito).

Estas particularidades, sólo se explican cuando mentalmente se considera irrelevante la suscripción de un contrato.

- La endeblez del sistema estructurado en los Arts. 617 a 624 del Código Civil, donde puede apreciarse la benignidad del sistema, al preverse que en los casos que el deudor tendiera a dilatar el cumplimiento de la obligación contraída, los jueces *podrán* imponer como sanción el pago de intereses.

De este modo, al ser facultativa la aplicación de la sanción en vez de obligatoria y al haberse prácticamente declinado el ejercicio de tal facultad, el sentimiento de impunidad comentado más arriba se realimenta día a día.

- La ineficiencia del sistema judicial para dar solución en tiempo razonablemente oportuno, a los reclamos de pago, agravado ello por la proliferación de pronunciamientos e interpretaciones jurisprudenciales de connotaciones favorables al deudor, librándolo de la deuda o amenguando su cuantía y accesorios.

- La desnaturalización de institutos protectivos legales y procesales como el beneficio del *bien de familia* instaurado por la Ley Nº 14.394 a nivel nacional o por la Ley Nº 9.747 de la Provincia de Buenos Aires que lo admite en todo inmueble, cualquiera sea su evaluación, que conduce a su *inmediata* inscripción, no para salvaguardar la vivienda familiar sino para precaverse de eventuales acreedores y frustrar sus reclamos legítimos de cobro.

O la *inembargabilidad* de bienes y estipendios, que conduce a comportamientos faltos de ética, al permitir al deudor continuar gozando de un bien sin haberlo pagado.

- La desviación del juicio en sí -ordinario o ejecutivo- que se ha erigido en un medio para originar regulaciones de honorarios en función de leyes arancelarias, dejando de ser un fin social para la debida solución de las controversias.

Fácil resulta advertir que la suma de **las pautas culturales imperantes** y las falencias jurídicas consignadas, que por supuesto se realimentan recíprocamente, permiten la repotenciación del endeudamiento tanto individual como colectivo y explican diáfananamente las causas de la morosidad.

Morosidad que tiene serias repercusiones de índole económica, a saber:

- El juicio de cobro es la mejor financiación de plaza, por los años que puede durar y por las tasas de interés que resultan aplicables por decisión judicial.

- La cadena de pagos del sistema obligacional se desacomoda, se enturbia y resiente el fluir de fondos entre los distintos sectores de la economía.

- Las inversiones se desalientan, se frenan, e incluso, se retiran afectando los ciclos productivos y los programas o expectativas de crecimiento.

Bajo este contexto negativo, el otorgamiento del crédito no puede estar en manos de funcionarios poco informados, inexpertos o improvisados sino todo lo contrario.

Los responsables del crédito deben reunir, acreditar y probar alta profesionalidad y tecnicismo en la función crediticia, para enfrentar a un potencial cliente de base cultural proclive al incumplimiento, e instrumentar la deuda válida y eficazmente para afrontar con el mayor éxito las secuelas de las instancias judiciales que se intenten en caso de confirmarse el incumplimiento obligacional.

Y esa profesionalidad y tecnicismo operativo sólo se obtiene y mantiene a través de la capacitación responsable y permanente.

EL PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO DE WERNER GOLDSCHMIDT (Exposición y comentario crítico)

CAMILO TALE (*)

Werner Goldschmidt nació en Berlín en 1910, y su padre fue el conocido jurista James Goldschmidt. Residió en España, donde ejerció la docencia, y desde 1947 lo hizo en nuestro país, en el cual se afincó definitivamente. Fue profesor en la Universidad Nacional de Rosario, en la Universidad de Buenos Aires, y en otras casas de altos estudios, y asimismo fue un afanado especialista del Derecho Internacional Privado, que además cultivó la Filosofía del Derecho, y le dedicó algunos libros y artículos. Siendo judío de nacimiento, se convirtió a la fe católica. Falleció el 21 de Julio de 1987.

Además de las obras escritas de las mencionadas disciplinas, quedaron como fruto de su magisterio algunos discípulos que, dedicados al estudio de diversas ramas del Derecho, reconocen las enseñanzas del profesor germano-argentino y aplican términos y conceptos de su doctrina.

En la primera sección de esta disertación exponemos algunas tesis del autor que estudiamos, a partir de elementos espigados a lo largo de sus obras, principalmente de *Dikelogía -La ciencia de la justicia*¹ y de *Introducción filosófica al derecho*², pero también de su *Derecho Internacional Privado*³, y de varios artículos.

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Adjunto por concurso de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Univ. Nacional de Córdoba.

¹ *La ciencia de la justicia* (Dikelogía), Madrid 1958. Una reimpresión de la obra por Edit. Depalma, Bs.As., 1986.

Con ocasión de la primera publicación el libro fue objeto de una medulosa nota crítica por Guido SOAJE RAMOS, en *Sapientia*, n.56, 1960, págs. 133-144, y de comentarios más breves por Germán BIDART CAMPOS, en *JA* vol. 1959-II págs. 10ss. y Salvador María LOZADA, en *La Ley* vol. 98 (1960) págs. 898-901.

Con motivo de la segunda edición publicamos un extenso comentario crítico en la *Revista Notarial*, Córdoba, n. 57, 1989, págs. 211-223.

² *Introducción filosófica al Derecho (Estructura del mundo jurídico)*, 1ra. ed. Bs.As., 1960; 2da. ed. Bs.As., 1961; 3ra. ed., definitiva, con el subtítulo *La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Bs.As., 1967; y luego una reedición en 1972.

³ *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed. De Palma, Bs.As., 1988. (La 1a. edición en 1970).

En la segunda sección desarrollamos consideraciones críticas acerca de la doctrina expuesta.

A) EXPOSICIÓN

Las tres dimensiones de la realidad jurídica

Como señala el autor, la existencia de tres realidades dentro del mundo jurídico –las normas positivas instituidas, las conductas y los valores (entre estos la justicia)– es algo muy evidente y por ello goza de aceptación universal. Menos admitido es, en cambio, que el jurista deba ocuparse de los tres objetos, como lo han hecho Rudolf von Ihering ⁴ en el siglo pasado y varios autores en el actual, cuya atención a las dimensiones social y valorativa se explican –enseña Goldschmidt– como consecuencia del desarrollo alcanzado por las ciencias sociales y por la axiología respectivamente, y también “como una reacción repulsiva (sic) contra la teoría pura del derecho propugnada por Han Kelsen” ⁵. Entre los autores que han tomado en cuenta las tres dimensiones de la realidad jurídica puede mencionarse a Hermann Kantorowicz en Suiza (quien acuñó el término “trialismo” con referencia a esta visión integral del Derecho) ⁶, Luis Legaz y Lacambra en España, Luis Recaséns Siches en México, Jerome Hall en Estados Unidos ⁷, Miguel Reale en Brasil y Carlos Cossio en nuestro país. Con respecto a las concepciones de los últimos tres autores mencionados, que se han denominado respectivamente “integrativismo”, *tridimensionalismo* y *egología*, W. Goldschmidt estima que ellas han quedado en un mero programa acerca de lo que debe hacerse en la investigación del derecho, y que, en contraste, el “trialismo” que el propio Goldschmidt ha elaborado quiere ser toda una teoría sistemática que despliega las consecuencias de los principios y explica las diversas instituciones del mundo jurídico ⁸.

El “trialismo” afirma que toda realidad jurídica puede someterse al triple tratamiento sociológico (que se refiere a las conductas humanas que son repartos de potencia e impotencia), “normológico” (relativo a las normas, que se conciben como *captación lógica neutral de repartos proyectados* o descripción de la voluntad

⁴ Expresa GOLDSCHMIDT que Rudolf IHERING quizás haya sido el primer “jurista tridimensional”, pues hay obras suyas en que desarrolla cada una de las dimensiones; así el aspecto normológico en *El espíritu del Derecho Romano*, la dimensión sociológica en *El fin en el Derecho*; en cuanto a la faz psicológica, la obra más importante es *La lucha por el Derecho*, aunque esta perspectiva ya se muestra en sus escritos sobre la culpa “in contrahendo”, en los cuales sustenta que, en justicia, la parte tratante, en caso de que el contrato no llegue a perfeccionarse por culpa de ella, debe indemnizar a la otra. Cfr. Werner GOLDSCHMIDT, *El tridimensionalismo y la lucha por el derecho*, en Rev. Notarial de La Plata, 1971, n. 796.

⁵ Werner GOLDSCHMIDT, *El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico*, en La ley, vol. 112, p. 1087.

⁶ En su artículo *Rechtswissenschaft und sociologie* (Ciencia del derecho y sociología), en el *Jahrbuch für sociologie*, Karlsruhe Braun.

⁷ Jerome HALL, *Teoría jurídica integralista*, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Losada. Bs.As., 1951, págs. 51 ss.

⁸ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*. Depalma. Bs.As., 1973, pról. a la 4ta. ed.

del legislador con respecto a los repartos de potencia e impotencia⁹ y "dikelógico" (neologismo que propone Goldschmidt, y que deriva del griego *dike*, voz que significa justicia, el cual no es el único valor presente en la realidad jurídica, pero es el primordial)¹⁰. Como aplicación de lo dicho, ilustra con el ejemplo siguiente: "la soberanía significa *sociológicamente* la independencia de una comunidad respecto de las demás en los diversos ángulos de la política, economía, cultura, etc. El concepto sociológico de la soberanía es una soberanía relativa, tanto en el aspecto de los sujetos como del objeto. Una comunidad puede ser soberana con respecto a otra y no serlo con respecto a una tercera; y puede ser independiente en materia cultural y no serlo desde el punto de vista militar. Tanto subjetivamente como objetivamente caben, por lo demás, gradaciones. *Normológicamente*, soberanía significa la inderivabilidad del ordenamiento normativo respecto de cualquier otro. Por último, *dikelógicamente* soberanía es –según Goldschmidt– aquella independencia que una comunidad necesita para garantizar a sus miembros el libre desenvolvimiento de sus personalidades"¹¹. En esta última definición queda anticipado el principio fundamental de la justicia que sustenta, esencialmente referido a la *libertad individual*.

En la obra más conocida del autor, su "Derecho internacional privado", ya desde la primera de sus seis ediciones, intentó el desarrollo sistemático de los tres enfoques mencionados, con respecto a cada uno de los puntos de esa disciplina.¹²

Dado que el *positivismo jurídico*, en cualquiera de sus modalidades, no reconoce las tres referidas dimensiones, sino que sólo admite alguna o algunas de ellas (*pues expulsa los valores del ámbito de la ciencia del derecho*), el positivismo jurídico consiste en un punto de vista "*infradimensional*" sobre el mundo jurídico¹³.

El tratamiento *infradimensional* de la realidad jurídica puede ser un *unidimensionalismo sociológico* –cuando sólo reconoce realidades empíricas del mundo sensible–. Este es el punto de vista que ha surgido y se ha desarrollado en los países escandinavos y anglosajones y su autor más representativo –señala Goldschmidt– ha sido el sueco Karl Olivecrona, cuyo libro "El derecho como hecho" da a entender bien claramente que el mundo jurídico se achica a su dimensión sociológica. O también puede ser un "bidimensionalismo sionormológico" (cuando se reconocen normas positivas además de los hechos de la experiencia sensorial). En cambio, –explica Goldschmidt– no es factible un *unidimensionalismo normológico*, ya que sin referencia a la realidad social, no sería posible distinguir entre normas positivas y normas derogadas o meramente proyectadas. "Por ello, el positivismo jurídico de Hans Kelsen, al que suele atribuirse el carácter del positivismo normológico y así lo pretendió ese autor, no lo es en realidad, ya que *el propio Kelsen, como sabemos,*

⁹ Op. cit. n.º 16 y 195.

¹⁰ *Ibid.*, n.º 16 y 38.

El término "dikelogía" fue usado por Johannes ALTHUSIUS, autor del siglo XVII, quien lo puso como título de su obra principal, la *Dicaelogicae* (1618). Goldschmidt aclara que utiliza la expresión "dikelogía" en vez de "dikatología", porque esta última locución hace referencia a la justicia en la práctica forense (*Ibid.*, n. 395, nota)

¹¹ *Ibid.*, n. 37

¹² Werner GOLDSCHMIDT. *Derecho Internacional Privado*; Depalma, 6ta. ed., Bs.As., 1988

¹³ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., pról. a la 4ta. ed.

se sumerge en la realidad social al condicionar la validez normativa a la eficacia de las normas" ¹⁴ –observa el autor–.

Asimismo, entre los enfoques desarrollados, existe un *unidimensionalismo dikelógico*, ejemplo del cual ha sido aquel *jusnaturalismo* crecido en el ámbito del protestantismo que pretendió deducir del derecho natural la totalidad de las reglas necesarias para la convivencia social. Como ejemplo notable de este punto de vista está Nettelblatt, un discípulo de Leibniz que esbozó un "Derecho Feudal Natural", obra en la cual intentó reglamentar un fenómeno tan contingente como fue el feudalismo, recurriendo sólo a principios y normas de derecho natural. ¹⁵

Advierte W. Goldschmidt que también hay un estudio de los valores dentro del marco infradimensional del positivismo jurídico, y es el que se lleva a cabo cuando la consideración se limita a las valoraciones *dikelógicas* que una sociedad concreta realiza y emite ¹⁶, pero en realidad en estos casos se trata del aspecto sociológico (si sólo se indaga lo que se refiere a las valoraciones en tanto son reconocidas por la gente) o normológico (si sólo se trata de las valoraciones presentes o entrañadas en las normas positivas).

El autor que exponemos concibe las normas jurídicas como "captaciones lógicas del orden de conductas de reparto de potencia e impotencia *querido* por los legisladores". Constituyen entes ideales. Tanto las normas como los valores son entes ideales; pero existen entre ambos dos importantes diferencias: a) los valores son entes ideales exigentes, y las normas son *entes ideales enunciativos*; b) los valores son realidad ideal dada, naturales, válidos *in se*, y en cambio las normas jurídicas son *realidad ideal fabricada*. ¹⁷

La interpretación de la ley

W. Goldschmidt concibe la interpretación de la ley como sigue: "La interpretación de la norma consiste en una comparación entre su sentido actual conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación.

¹⁴ Op. cit., n. 104.

"La *eficacia* del ordenamiento jurídico en su conjunto es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran" (Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*. México, 1965 y *Teoría pura del Derecho*. Univ. Autónoma de México, 1979, cap. V.)

"El unidimensionalismo normológico se ve obligado a recurrir a la realidad social. Ella constituye el objeto de referencia de las normas. Pero también es necesario tenerla en cuenta a fin de distinguir entre normas vigentes y no vigentes. La eficacia normal de las normas es estimada *conditio sine qua non* de su validez". (Werner GOLDSMITH, op. cit. n.40).

¹⁵ *Ibid.*, n. 38.

¹⁶ "En el positivismo jurídico normológico, que es más divulgado, se instruye al alumno acerca del contenido de las leyes y decretos, por una vertiente, y de las sentencias, por la otra (...). En el positivismo jurídico dikelógico se *impondría a los alumnos el estudio de las valoraciones imperantes en la sociedad en que viven (...)*". (Werner GOLDSMITH, *La enseñanza en las facultades de Derecho*, en Justicia y Verdad, La Ley, Bs.As., 1978, p.579

¹⁷ Werner GOLDSMITH, *El deber ser en la teoría...*, cit., pág.1088.

sobre todo con miras a clases de casos imaginarios o reales. La aplicación de la norma se realiza, en cambio, siempre con respecto a un caso dado”.¹⁸

En lo que hace a la relación entre interpretación y aplicación expresa que “*la interpretación es lógicamente independiente de la aplicación (...)* Los juristas científicos pueden especializarse en la interpretación de normas sin llegar a aplicarlas, v.gr. al redactar un comentario a una ley”.¹⁹

Con respecto a los métodos hermeneúticos Goldschmidt descarta el *literal o gramatical*, y para mostrar el absurdo que entraña, ejemplifica con el trabajo “a reglamento” o “a código”, que consiste precisamente en adaptar la conducta laboral a una interpretación literal de las normas²⁰. Enseña con insistencia que el método acertado de la hermenéutica jurídica es el denominado *histórico*: “*De ningún modo es posible admitir que el objeto de la interpretación sea la norma, sino que es la voluntad del autor de la norma*”²¹. Esta doctrina de la interpretación se vincula a la concepción voluntarista de la norma jurídica que profesa el autor, y que expusimos *supra*.

Piensa Werner Goldschmidt que *la interpretación es bidimensional*. Explica: “En efecto, si la norma es la descripción del contenido y del cumplimiento de la voluntad de su autor, perteneciendo la voluntad y su cumplimiento a la dimensión social y la descripción a la dimensión normativa, la interpretación, comparando la descripción con su objeto y adaptando, en su caso, la primera al segundo, se desenvuelve en dos dimensiones”. Ahora bien, *la consideración “dikelógica” no interviene en el momento de la interpretación*; al contrario, “para valorar la norma como justa o injusta, ella ha de ser previamente interpretada: la interpretación precede, pues, a la intervención de la justicia”.²²

Este punto de vista sobre la interpretación se vincula al concepto de derecho que sustenta el autor cuya doctrina exponemos. En efecto, según Goldschmidt los valores de orden y seguridad son consustanciales al Derecho, pero la justicia no lo es; el Derecho tiende hacia la justicia, pero ésta no está presente en la constitución ontológica del derecho humano; por ello puede determinarse perfectamente el contenido de cualquier norma jurídica, con total independencia de todo elemento axiológico.²³

En coherencia con este modo de concebir la realidad jurídica, expresa el autor: “El mandamiento del faraón dirigido a las parteras de matar a todos los hijos varones hebreos, produce una *obligación real* de las parteras, aunque una *obligación ideal* inversa (o sea, de no obedecer)”. Insiste Goldschmidt en que tal orden tiránica “engendra un deber real, a pesar de su injusticia evidente”.²⁴

¹⁸ *Introd. filosófica al Derecho...*, n. 262

¹⁹ *Ibíd.*, n.262

²⁰ *Ibíd.*, n.273.

²¹ *Ibíd.*, n.287

²² *Ibíd.*, n.288

²³ Werner GOLDSMITH, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado (con especial consideración del de España y de la América luso-hispánica)*, vol. II 2da. ed. EJEJ, Bs.As., 1954, pról.

²⁴ *Introd. filosófica al Derecho.*, n.322 y *El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico*, en Justicia y verdad, cit. p.493.

La aplicación del derecho

El autor germano-argentino piensa que la interpretación de la norma es *independiente* de toda idea de justicia, pero que la consideración de la justicia interviene (o debe intervenir) en la aplicación del Derecho. "En efecto, la justicia dirige la elaboración de la norma que integra el ordenamiento normativo, toda vez que puede ocurrir, o que ninguna norma reglamente el caso (laguna histórica), o que la norma que lo quisiera regir, fuera injusta (laguna *dikelógica*); en ambas hipótesis procede la elaboración de una norma a fin de integrar el ordenamiento normativo, la cual, ella sí, debe redactarse a la luz y al calor de la justicia".²⁵

De modo que según Goldschmidt "la interpretación de la norma es, por consiguiente, bidimensional (normosociológica); pero su funcionamiento es tridimensional".²⁶

Sostiene el autor que estudiamos que en toda hermenéutica el principio supremo consiste en la lealtad del intérprete con los legisladores, lo cual no impide que luego, para hacer valer la justicia, se descarte la voluntad histórica del legislador mediante una actividad que se llama *integración*. Pero —señala Goldschmidt— lo que no se debe tolerar es la *mescolanza de interpretación e integración*, que hace decir a los legisladores lo que el intérprete cree que ellos debieran haber dicho. Tal deslealtad —agrega—, aunque opere con miras a obtener la solución justa, además de desnaturalizar la índole de la actividad hermenéutica, pervierte el carácter del propio intérprete.²⁷

En coherencia con lo expuesto, señala cuál es —según su idea— el orden temporal y lógico en el cual deben realizarse los análisis de las tres dimensiones que integran lo jurídico: para el legislador primero es la indagación sociológica, luego la *dikelógica* y finalmente la normológica. En cambio, para el jurista que redacta un tratado de derecho civil, penal, etc. —según Goldschmidt— el orden es inverso: primero el aspecto normológico, luego el sociológico, y después el *dikelógico*.²⁸

En el caso de lagunas en el sistema legal, si los intentos de *autointegración* no dan resultado, hay que remontarse a las exigencias de la justicia, y así por ej. allí donde el Código Civil argentino en su art. 16 dice que para resolver las cuestiones dudosas, el juez debe acudir a los *principios generales del derecho*, hay que entender que *también se refiere a los principios suprapositivos de justicia*, es decir, a principios de derecho natural.²⁹

²⁵ Werner GOLDSMITH, *Introd. filosófica al Derecho*, cit., n.288

²⁶ Op. cit., n.288

²⁷ *Ibíd.*, n. 334

"La interpretación consiste en la comparación de la interpretación literal con la interpretación histórica y en el supuesto de una discrepancia entre ambas, en la adaptación del texto a la auténtica voluntad del legislador histórico. (...) Si la lealtad con el legislador histórico nos condujese a una evidente injusticia, hemos de acudir para corregir la laguna *dikelógica*. Pero de ningún modo es lícito distorsionar la voluntad histórica reemplazándola por una pretendida voluntad de la ley, distinta de la voluntad del legislador (Werner GOLDSMITH, *Semblanza del trialismo*, en *El derecho*, vol 113 pág. 736.

²⁸ Werner GOLDSMITH, *Introd. filosófica al Derecho*, cit., n. 40 a

²⁹ Op. cit., n.305

Al respecto, observa Goldschmidt que *"un jurista que niegue la aplicación del derecho natural opinando que le basta el derecho positivo, se asemeja al morador de una vivienda que rechaza el respirar el aire de fuera, creyendo que vive del aire de dentro: ambos ignorarían respectivamente, que el derecho natural, y el aire de la naturaleza penetran en los espacios cerrados por todos los intersticios y que los moradores de aquéllos no viven sino gracias a esta invasión continua e incontenible"* ³⁰.

La aplicación del Derecho *siempre* entraña la vigencia de las exigencias dikelógicas: "si la valoración de la realidad reclama una norma determinada y esta norma requerida coincide con una norma positiva, ningún problema metodológico podrá producirse. Si la norma requerida constituye una de las diversas posibilidades de interpretación de la norma positiva, esta interpretación es la que hay que adoptar. Si la norma requerida se refiere a un supuesto no previsto por el autor de las normas (o, porque sencillamente no lo previó habiendo podido preverlo, o porque en el momento de la formulación de la norma era imposible preverlo), la norma requerida habrá de rellenar la laguna histórica. Por último, si la norma requerida está en innegable contradicción con una norma establecida, esta norma debe ser descartada y la laguna que entonces se abre, y que se abre, como vemos, por razones de justicia, esta laguna dikelógica, hay que rellenarla de nuevo con la norma requerida (por las exigencias dikelógicas)". ³¹

Así, por ejemplo, con respecto a la norma del art. 13 del Código Civil argentino, que prescribe que, para la aplicación de una ley extranjera (en los casos en que la nuestra lo autorice), la existencia de aquélla debe ser probada, Goldschmidt sostiene que esa exigencia ha sido derogada por los derechos procesales provinciales, pero que, de todas maneras, la norma del art. 13 resulta *irrita por su injusticia intrínseca*. ³² Si se tiene en cuenta que hay leyes extranjeras que para el juez son notorias, pues su existencia le consta suficientemente, se ve cuán injusto puede resultar aplicar la norma mencionada que prescribe que "la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes".

También como aplicación de esta doctrina de la vigencia de los principios de justicia en la aplicación del Derecho, llega a decir que un juez puede legítimamente hacer lugar a una demanda de aumento de salarios que no encuentre asidero en el convenio entre las partes, ni en los preceptos de la ley positiva, por aplicación del derecho natural, cuyo principio del salario mínimo vital prevalece sobre el derecho positivo legal o contractual que lo contraría. ³³

Hace notar W. Goldschmidt que el *positivismo jurídico*, lejos de favorecer la *seguridad jurídica* (como a veces se dice), se opone a ella, pues "liberados los autores de las normas y los aplicadores de las normas de rendir cuentas de las

³⁰ Werner GOLDSMITH, *El estado de necesidad ante el derecho natural*, en *Justicia y verdad*, cit., pág. 305

³¹ *Introd., filosófica al Derecho*, cit., n. 402 a

³² *Derecho Internacional Privado*, 6ta. ed., pág. 512.

³³ Werner GOLDSMITH, *El mejor derecho sobre los restos mortales de una persona*, en *El derecho*, vol. 28, p. 693.

razones de justicia, las fabrican y las manipulan con harta frecuencia, de acuerdo a consideraciones *políticas*, creándose un estado alarmante de total inseguridad jurídica". ^{33 bis}

Un corolario de esta doctrina de la plena vigencia del derecho natural en la aplicación del derecho positivo es que "si los hacedores de las leyes, los supremos repartidores, realizan conductas consideradas delictuosas, según el derecho consuetudinario universal, no pueden luego invocar su propia legislación para militar en favor de su impunidad. Si en un país los gobernantes lograran la adopción de una ley en virtud de la cual se mande a dar muerte a una parte de la población y tal ley se cumpliera, ni los gobernantes ni sus secuaces pueden más tarde protestar contra un cambio de la legislación, en apariencia retroactiva, pero el cual en realidad sólo restituiría el derecho natural conculcado". ³⁴ En esta doctrina quedan aludidos sin duda los procesos de Nüremberg, y así Goldschmidt admite en tales casos la legitimidad de las condenas penales, aun cuando en ellas se deje de lado el principio "*nulla crimen nulla poena sine lege praevia*", en cuanto falta la norma de derecho positivo en el cual basar la condena. La sanción penal es procedente, aun a falta de ley positiva previa, porque está siempre vigente el derecho natural, que es ley previa y no puede ser derogado por el derecho positivo. La vigencia del derecho natural no depende del hecho de que sea instituido, pues goza de validez intrínseca.

En armonía con lo expuesto, sostiene que "aunque tal vez durante una guerra el gobierno no estuviese sometido a la Constitución, siempre está subordinado al derecho natural" ³⁵.

Del mismo fundamento se deriva la solución jurídica en caso de contradicción entre la norma jurídica de un tratado internacional y la norma jurídica de una ley del Estado: de entre ambas, prevalece aquélla que se adapte al derecho natural. ³⁶

La costumbre abrogatoria. W. Goldschmidt admite la vigencia de la costumbre no sólo para los puntos en que la ley calla, sino que también admite que el derecho consuetudinario derogue a la ley. Desde el punto de vista sociológico esto constituye un hecho presente en todas las sociedades. En cuanto a la dimensión *normológica* del asunto, sabemos que las leyes prohíben con frecuencia este hecho que es la aplicación de la costumbre con fuerza derogatoria. Ahora bien, *dikelógicamente* –piensa Goldschmidt– la costumbre en cualquiera de sus funciones es aparición de la *democracia directa* y por ello, en principio, resulta

^{33bis} *Introducción filosófica al Derecho*, cit.

³⁴ Werner GOLDSMITH, , op. cit., n. 643.

"Si un legislador permite o manda a sus súbditos matar a seres inocentes, el nuevo legislador habría de derogar esta legislación con efectos retroactivos y podría, en justicia, castigar a los súbditos obedientes" (op. cit., n. 544).

³⁵ *Ibíd.*, n.81

Cita allí el conocido pasaje de TOMAS de AQUINO en que éste enseña que la ley humana contraria a la ley natural nunca debe ser acatada si conculca lo mandado por Dios con respecto a la religión –por ejemplo imponiendo la idolatría– o si infringe la ley natural de otro modo; pero en este segundo caso siempre que la resistencia no implicare mayor daño que el acatamiento (*Summa theol.*, I-II. 96, 4 c.)

³⁶ *El Derecho*, vol. 110 pág.962.

más justa que la democracia representativa en la cual se funda la ley –y de esta manera fundamenta el profesor germano-argentino su opinión favorable a la costumbre abrogatoria–. ³⁷

Concepción sobre la ciencia jurídica

Rechazó Werner Goldschmidt la idea de una ciencia del Derecho construida como un sistema de conclusiones que se derivan por deducción a partir de ciertos axiomas o proposiciones inicialmente establecidas; al contrario, señaló que “las soluciones de la ciencia jurídica se obtienen a partir de los problemas particulares: razonando desde las exigencias que plantea la situación singular, se alcanzan mediante inducción los principios aplicables”. ³⁸

El derecho natural

Escribió el autor: “Naturaleza se opone a cultura. La primera, en sentido lato, comprende lo que al hombre es dado; la segunda, lo que el hombre ha hecho. Derecho natural es, por consiguiente, el derecho que el hombre encuentra ya existente, y este derecho se distingue nítidamente del derecho que el mismo hombre fabrica”. ³⁹

Aquellos que niegan la existencia del derecho natural –afirmó Goldschmidt– son como quienes viviendo en casas edificadas, negaran la existencia de la arquitectura. Usó esa figura para distinguir el derecho positivo y el derecho natural: el primero es algo hecho (como es la casa construida); el segundo es un conjunto de reglas que nos indican contenidos que deben hallarse en el Derecho positivo (como son las reglas del arte del arquitecto). ⁴⁰

El derecho natural está presente en la aplicación judicial del Derecho, ya sea en la aplicación de una norma jurídica con un sentido unívoco que es acorde con la justicia, ya sea en la decisión que debe tomar el juez entre los sentidos que admite una norma ambigua, ya sea en la integración que tiene que hacer en caso de lagunas en el sistema jurídico positivo. También está presente, de manera más manifiesta, en el caso de una ley injusta, en el cual el juez debe apartarse de ella para hacer efectivas las exigencias del derecho natural. Este nunca puede abrogarse ni suspenderse en su vigencia, y por ello señaló Goldschmidt que hay casos en que es procedente la suspensión del Derecho Constitucional (v.gr. durante una guerra), pero esto nunca ocurre con respecto al derecho natural. Asimismo, el autor que comentamos sostuvo que los principios de derecho natural, precisamente por el

³⁷ *Derecho Internacional Privado*, cit., pág. 61.

³⁸ “La estructura general de la jurisprudencia sólo puede ser determinada desde el punto de vista del problema, lo que significa *tópica*, en oposición a un sistema que consta de derivaciones de axiomas (...) Este principio no se aplica tan sólo a los preceptos, sino también a los conceptos jurídicos” (*Dikelogía*, De Palma, Buenos Aires, 1986, pág. 27).

³⁹ *Clasificación sistemática de las corrientes iusnaturalistas*, en *Justicia y verdad*, cit. pág. 366.

⁴⁰ *El estado de necesidad ante el derecho natural*, cit., pág. 305 s.

mencionado carácter inderogable que poseen, pueden ser el fundamento para la aplicación de penas por hechos muy graves que no han sido declarados ilícitos por un derecho positivo, según se expuso *supra*.

La justicia: su conocimiento

Ya hemos apuntado la tesis del autor según la cual la consideración *dikelógica* es un momento esencial en la aplicación del Derecho. Goldschmidt denomina *axiología dikelógica* a la investigación de la estructura formal de la justicia (y a la delimitación de ella, así como a las relaciones que guarda con los otros valores), y distingue aquella disciplina de la *axiosofía dikelógica*, que es el estudio del contenido de la justicia, es decir, de las exigencias de ella en las varias relaciones humanas ⁴¹. La *axiosofía dikelógica* se ocupa de cada reparto, así como de delinear las características del *Estado de justicia*. La indagación de cualquier valor, tiene una parte axiológica y una parte axiosófica. ⁴² La primera estudia qué es la justicia como concepto; en cambio, la *axiosofía dikelógica* es una disciplina estimativa que investiga qué es lo justo en cada especie de relación, y determina qué debe hacerse para obrar la justicia ⁴³ en el mundo.

La valoración no tiene por fuente la realidad. Los repartos de la vida social son el material estimativo de la valoración, pero no engendran la valoración. La única fuente de la valoración es el mismo valor, que es un *ente ideal*. ⁴⁴ La justicia se halla separada de su material estimativo u objeto de valoración. En varios lugares caracteriza la justicia como una *valoración*, como algo que no está en el orden real de las conductas, sino que es una valoración del orden de conductas. ⁴⁵

Dentro de los valores, algunos son naturales, y otros son fabricados. Los segundos son aquellos cuyo deber ser *ideal* se deriva de un deber ser *real* establecido por los hombres, quienes así como pueden establecerlo, así también pueden revocarlo; ejemplos de esta clase son los valores de la moda. Con respecto a los valores fabricados cabe admitir un relativismo. Pero los *valores naturales*, en cambio, tienen una valencia ideal que es independiente del deber ser socialmente establecido. *La justicia no es un valor fabricado, sin un valor natural*, afirma categóricamente Goldschmidt. ⁴⁶

⁴¹ Werner GOLDSCHMIDT, *Introd. filosófica al Derecho*, cit. n. 35 y *passim*. También *Dikelogía*, cit., pág. 18. ss.

⁴² *Introd. filosófica al Derecho*, cit., n. 394

⁴³ *Dikelogía*, cit. págs. 18 y 181

⁴⁴ *Introd. filosófica al Derecho*, n. 416.

⁴⁵ Werner GOLDSCHMIDT, *El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico*, en *Justicia y verdad*, cit., pág. 494 y en *La ley*, vol. 112, pág. 1089.

⁴⁶ Werner GOLDSCHMIDT, *La distribución y la justicia cósmica*, en *El Derecho*, vol. 118 pág. 749. También cfr. *Semblanza del trialismo*, en *El Derecho* vol. 113 pág. 736.

"Nosotros fabricamos (sic) el acto de la valoración y el deber ser real; pero *el deber ser ideal insito en aquéllos es idealidad dada*. Quienes resuelven problemas aritméticos llevan a cabo actos voluntarios; pero las leyes aritméticas que sus cálculos aplican, constituyen idealidad dada" (*La idealidad adyacente y sus secuelas políticas*, *El Derecho*, vol. 7, pág. 974).

Distingue el autor seis clases de realidad: "desde el punto de vista de la diversificación

Existen también los *valores falsos*, que son aquellos valores fabricados pero que se proclaman como si fueran valores naturales, por ej. el enaltecimiento de una raza como raza superior, la obediencia ciega, o la lealtad dentro de una comunidad de criminales.⁴⁷

En contra del escepticismo y del relativismo que han manifestado muchos autores, entre ellos Hans Kelsen, Werner Goldschmidt sostiene la posibilidad de un conocimiento objetivo y demostrable en materia de justicia. El título de una de sus obras principales es precisamente "*La ciencia de la justicia*". El autor enseña que es posible una ciencia de la justicia, y en la obra mencionada intenta desarrollarla.

Dios es el creador de todo el universo, y así también de los entes ideales, entre ellos, los valores. Pero no ha creado los valores arbitrariamente, sino racionalmente, y por ello podemos descubrirlos mediante una indagación racional, en una tarea científica.⁴⁸

Con respecto a la opinión contemporánea que supone *subjetivos* todos los juicios que se enuncian en materia de justicia, y por ello los asimila a los juicios acerca de gustos, W: Goldschmidt hace notar –como ya lo hiciera Tomás Casares– que la gente *suele fundamentar* sus aseveraciones sobre lo justo y lo injusto, *suele brindar razones* para ello y *discute* tales cuestiones, conducta que en cambio no se verifica cuando se trata de juicios acerca de los sabores.⁴⁹ La observación obliga a distinguir ambas clases de preferencias, que los autores escépticos han identificado, desde las enseñanzas de Protágoras, el padre del relativismo, luego desarrolladas por Pirrón de Elis (s. IV a. C.) y transmitidas hasta nuestros días.⁵⁰

Expresa Werner Goldschmidt que "el sentimiento de justicia es un sentimiento racional, lo que quiere decir que es un sentimiento que reacciona a razones".⁵¹

La intuición de lo que es justo se despierta con el procedimiento que el autor

de la realidad de acuerdo con los medios cognitivos hay que distinguir entre realidad física asequible a los sentidos y a la razón, realidad psíquica propia cognoscible por medio de la introspección y realidad ideal que no se abre sino a la razón. Si se combina esta última distinción con la distinción entre realidad dada y realidad fabricada (distinción procedente del realismo, pues para el idealismo toda realidad es realidad fabricada), resulta que hay una realidad física dada (naturaleza), una realidad física fabricada (cultura), una realidad psíquica dada (por ej. la *lex fomittis*) y una realidad psíquica fabricada (virtudes y disciplina), una realidad ideal dada (valores, números, figuras geométricas, etc.) y una realidad ideal fabricada (por ej. las modas) (Werner GOLDSCHMIDT, *El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico*, en La ley vol. 112, pág. 1089, nota 9).

⁴⁷ *Introd. filosófica al Derecho*, cit., n. 393.

⁴⁸ Op. cit., n.392.

⁴⁹ "La cientificidad de la valoración se manifiesta en el fenómeno sicosocial innegable de que quienes la realizan le atribuyen validez universal, exigiendo de los demás que la reconozcan. Esta firme convicción de cientificidad de quienes valoran, se pone en evidencia comparándola con los hechos psíquicos que se dan cuando realizamos valoraciones subjetivas, por ej. en materia alimenticia (...) Equiparar, conforme lo hacen los relativistas, nuestras preferencias dietológicas a nuestras predilecciones culinarias, conculca la evidencia de los hechos" op. cit., n.416.

⁵⁰ Op. cit., n. 305

⁵¹ Op. cit., n. 411

denomina “*método de las variaciones*”, que consiste en variar mentalmente el caso real mediante modificaciones imaginarias, a fin de averiguar cuáles circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra tal importancia.⁵²

Con respecto a la evolución del conocimiento que tienen los hombres acerca de la justicia, sostiene Goldschmidt: “es evidente que hay un fabuloso progreso moral de la humanidad”⁵³, no en cuanto a la conducta de los individuos, sino en cuanto al conocimiento de lo que es justo. “La humanidad progresa en el conocimiento de la justicia como en el conocimiento de cualquier otro tema”, y entonces la conciencia moral de los hombres está en cada época más acertada. Además, este camino ascendente de la humanidad en las ideas se ha plasmado en las instituciones de la convivencia social. Al respecto, ejemplifica el autor germano-argentino con las ideas acerca de la esclavitud, la igualdad del hombre y la mujer, la protección del gobernado frente al gobernante, la igualdad económica y política, y dice que todos estos aspectos funcionan hoy satisfactoriamente, al menos en una minoría de Estados.⁵⁴

Quiénes deben estudiar la ciencia de la justicia

En la Ética se estudia a la justicia como virtud o cualidad de las personas; en cambio la “Dikelogía” estudia la justicia en sentido objetivo.⁵⁵ La *dikelogía* es una parte primordial de la Filosofía del Derecho. “La justicia en sentido objetivo es el verdadero tema de la filosofía del derecho”.⁵⁶

Pero esta *ciencia de la justicia* no debe pensarse como un quehacer exclusivo de los filósofos del Derecho, sino que también debe ser alcanzada por los juristas, ya que “*jurista es quien a sabiendas reparte con justicia*”.

Los juristas, en este sentido cabal de la palabra, deberían ser los legisladores de la comunidad.⁵⁷ “Jurista es quien a sabiendas reparte con justicia”, y por ello dice –parafraseando a Platón, pero variando su conocida afirmación– que “*las comunidades no funcionarán bien mientras que los reyes no sean juristas, ni los juristas reyes*”.⁵⁸

Existen ciencias que son el resultado de varias actividades, unas teóricas y otras prácticas, y pueden por ello denominarse “ciencias yuxtapuestas”. La ciencia jurídica es de esta clase; ella no es sólo un saber, sino también un “saber hacer”; la ciencia jurídica se compone de una teoría (que se refiere a la interpretación de las normas jurídicas) y de un saber práctico, consistente en la realización del valor de justicia.⁵⁹

⁵² Op. cit., n. 411

⁵³ Op. cit., n. 469

⁵⁴ Op. cit., ns. 19 y 469.

⁵⁵ *Dikelogía*, cit., pról. pág. 11.

⁵⁶ Op. cit., pág. 91.

⁵⁷ Op. cit., pág. 41 y passim.

⁵⁸ Werner GOLDSCHMIDT, *Introd. filosófica al Derecho*, 4ta. ed. 1972, acápíte.

⁵⁹ Werner GOLDSCHMIDT, *Nuevas meditaciones acerca de la enseñanza en las facultades de Derecho en Justicia y verdad*, cit., págs. 565 y 570.

Los docentes del derecho positivo tienen que trabajar en todo momento con los fundamentos axiológicos de las normas generales y también de las particulares ("pues todas y cada una de las reglamentaciones, por muy modestas y técnicas que parezcan, resuelven un problema de justicia", afirma el autor). El grave defecto de la enseñanza actual consiste en la *omisión del estudio crítico "dikelógico"* constante y sistemático de las normas del derecho positivo. Hace notar W. Goldschmidt que tan sólo en algunos casos especialmente llamativos suele ventilarse el problema de la justicia o injusticia de la regulación legal positiva.⁶⁰ Más aún: sostiene el autor que "el profesor de Derecho tiene el deber de impartir enseñanza *tridimensional*".⁶¹

Acota también que tal "ceguera dikelógica generalizada" se explica no solamente por el flagelo del positivismo jurídico tan difundido en algunos ambientes, sino también, en las Facultades de Derecho *jusnaturalistas*, por la incapacidad o el desinterés de muchos profesores de pasar del derecho natural teológico-filosófico (que constituye un conjunto de orientaciones abstractas) a las cuestiones jurídicas particulares.⁶²

Las adjudicaciones o repartos: sus elementos. Definición de la justicia

En el mundo ocurren muchas "adjudicaciones" de "potencia" y de "impotencia" –de acuerdo con la terminología del autor que exponemos–: ahora bien, de todas ellas pertenecen al mundo jurídico solamente las que promueve el hombre, y Werner Goldschmidt las denomina "repartos". Sólo en éstos puede estar presente el valor justicia.⁶³

En todo "reparto" pueden discernirse *repartidores, reemplendarios, objetos* para repartir, *formas del reparto* y las *razones* de él.⁶⁴

La justicia consiste en el *reparto de todos los bienes y males entre todos y cada uno de los hombres por personas autorizadas y de acuerdo con reglas derivadas de la razón*.

En cuanto al objeto a repartirse, se trata de "potencia" o de "impotencia". W. Goldschmidt define la *potencia*, en este contexto, como "todo cuanto asegura,

⁶⁰ Werner GOLDSCHMIDT, art. cit., págs. 571 y 573.

⁶¹ Es oportuno citar una resolución adoptada por las "Jornadas Nacionales de Ética de la Abogacía", celebradas en Rosario del 12 al 14 de octubre de 1967: "El deber ético del profesor de Derecho de impartir a sus alumnos una noción auténtica de su disciplina supone una enseñanza dinámica que tome en cuenta no sólo la norma jurídica sino también su inserción y perspectiva vitales, que se mantenga permanentemente actualizada, que muestre a los alumnos la problemática del acontecer jurídico, que forme en ellos un agudo sentido crítico para descubrir la solución justa con base jurídico-científica y ética y, en su fin, que les inculque una honda fe en el Derecho; *en suma, el verdadero maestro de Derecho enseñará no sólo normas sino también experiencias y valores*" (Rev. Temis. Corrientes, 18 de oct. 1967)

⁶² Werner GOLDSCHMIDT, *Nuevas meditaciones acerca de la enseñanza en las facultades de Derecho*, art. cit. pág. 573.

⁶³ *Introd. filosófica al Derecho*, n. 47 ss.

⁶⁴ Op. cit., n. 49 ss.

enaltece y prolonga la vida: salud, libertad, educación, seguridad, independencia económica, política, cultural, etc.", y la "impotencia" es lo contrario a todo ello.⁶⁵

Quienes están gravados por una obligación o deber jurídicos, por la merma que ello implica, reciben una impotencia.⁶⁶

Recipiendarios son, no solamente los hombres presentes, sino que también pueden serlo aquéllos que han fallecido. (Esto se aplica en la protección jurídica de las tumbas, el amparo a la memoria de los muertos contra calumnias e insultos, el cumplimiento de la última voluntad manifestada en un testamento, los ascensos *post-mortem*, etc.).⁶⁷

También son recipiendarios las personas que nacerán en el futuro. Al respecto, el autor aborda el tema actualísimo de la "*Justicia entre generaciones*". Todo reparto —dice W. Goldschmidt— trasciende al porvenir, y por ello no es posible impedir que todo reparto produzca efectos a favor y en contra de personas futuras. Pero hay que distinguir entre los repartos cuyos recipiendarios directos son hombres actuales —aunque sus efectos alcancen a los hombres de mañana— y aquellos repartos cuyos recipiendarios, desde el principio, resultan hombres futuros. En relación con esta última hipótesis, se pregunta ¿es justo que los actuales gobernantes de un país contraigan deudas a largo plazo, deudas que habrán de vencer dentro de medio siglo, hipotecando así el porvenir de una generación?⁶⁸

Según el autor, también pueden estar implicados en los deberes de la justicia los animales irracionales, en cuanto los repartos de potencia e impotencia pueden beneficiarlos y perjudicarlos. Dado que estos seres suelen necesitar tutela, ellos son sujetos de la justicia, en calidad de recipiendarios. Al respecto acota W. Goldschmidt que no está de acuerdo con el punto de vista que interpreta que en aquellos casos en que el Derecho regula la conducta de los hombres con respecto a los irracionales, el fundamento de la intervención de la ley está en realidad en un interés humano que se protege, como por ejemplo, los sentimientos de piedad de las personas que se ven heridas por el maltrato de un animal, o el riesgo que corren los hombres si se permite la crueldad con los animales, en cuanto esta insensibilidad puede luego extenderse en perjuicio de las personas.⁶⁹

Expresa W. Goldschmidt que todo material valorado positivamente, incluidos animales, plantas, cosas inanimadas, tanto culturales como naturales, puede recibir protección *en su propio interés*.⁷⁰ Los irracionales, y aun los seres inorgánicos "poseen subjetividad" (sic)⁷¹.

⁶⁵ Op. cit., n. 53.

⁶⁶ Op. cit., ns. 53 y 322.

⁶⁷ Op. cit., n. 52.

⁶⁸ *Dikeología*, cit., pág. 361.

⁶⁹ *Introd. filosófica al Derecho*, n. 469.

⁷⁰ "Pero el círculo de los entes recipiendarios es aún más amplio que el de los hombres pasados, presentes o futuros. En efecto, también los animales y las plantas pueden ser recipiendarios de los repartos. Es difícil negar que si se carnean las reses, los animales sacrificados son recipiendarios gravados de un reparto. Ahora bien, pudiendo ser recipiendarios gravados, no se ve la razón por la cual no pueden desempeñar también el papel de recipiendarios beneficiados, como ocurre, verbigracia, en toda la legislación prohibitiva de la crueldad contra los animales. Sería una interpretación rebuscada

Dado que la libertad para el desenvolvimiento de la personalidad, que el autor sostiene como criterio de justicia, obviamente no puede servir para fundamentar este respeto a los entes irracionales. Guido Soaje Ramos, en su nota crítica a la *Dikelogía*, se preguntaba cuál es el principio supremo de la justicia que asumía Goldschmidt para aplicar al caso de los beneficiarios parapersonales.⁷² Al respecto, el profesor germano-argentino explicó: "el principio supremo de justicia (...) sufre con respecto a los entes parapersonales una modificación, y reclama sencillamente un espacio disponible dentro del cual el ente parapersonal puede manifestar su manera de ser específica"⁷³.

Un principio de la axiosofía es que siempre debe ser conocida la razón por la cual se reparte una potencia o una impotencia. De modo que no basta la existencia de razones de justicia, sino que éstas deben ser conocidas por los afectados, para que efectivamente se cumpla la justicia en el reparto.

En suma, la justicia valora el reparto desde cinco puntos de vista: ¿era justo que quienes repartieron, actuaran como repartidores?. ¿era justo que quienes recibieron potencia o impotencia, desempeñaran los papeles de beneficiarios o gravados?. ¿era justo repartir los objetos que en efecto se repartieron?. ¿era justa la forma del reparto? Y, por último, ¿eran justos los criterios del reparto?⁷⁴

Clases de los repartos. Espectes de justicia

Según W. Goldschmidt, los repartos se clasifican en "autónomos" y "autoritarios". Define los primeros como aquéllos que se realizan con el acuerdo de los protagonistas, por ejemplo los contratos. En cambio, son repartos autoritarios aquéllos que el repartidor lleva a cabo sin preocuparse por la conformidad o disconformidad de los beneficiarios, v.gr. el juez que mediante la sentencia ordena al demandado que pague, la vacunación obligatoria, la imposición de tributos. Los repartos de esta segunda clase pueden realizarse de dos maneras: según el esquema orden-obediencia, o bien mediante la aplicación directa de violencia.^{74 bis}

Los pensadores anarquistas han propugnado que todos los repartos fuesen autónomos: esto es un error, porque es imposible. Pero –piensa Goldschmidt– es verdad que el reparto autónomo es mejor que el autoritario. Además –dice el autor– puede haber y hay grupos que viven sólo mediante repartos autónomos, pero no es posible que un grupo se desarrolle con sólo repartos autoritarios.

Dice el autor germano-argentino que una comunidad ideal, como podemos imaginárnosla a una comunidad entre ángeles o santos, se organizaría exclusiva-

sostener que lo que realmente tal legislación abroquelada, no es el derecho de los animales a no sufrir dolores arbitrariamente provocados, sino los sentimientos caritativos de los hombres" (*Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 469).

⁷¹ *Dikelogía*, cit., p. 365.

⁷² Guido SOAJE RAMOS, art. cit., p. 142.

⁷³ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 458.

⁷⁴ Op. cit., n. 407.

^{74 bis} Op. cit., n. 57.

mente a través de repartos autónomos; no habría necesidad de acudir a la fuerza, ni siquiera a la amenaza de la fuerza, y tampoco necesidad de emplear algún tipo de autoridad, sino que bastarían los acuerdo. ⁷⁵

Además, según W. Goldschmidt, hay una razón axiológica intrínseca en favor de la preferencia del *reparto autónomo*, y que surge de la propia índole de cada clase de reparto: "En el reparto autónomo los repartidores *actúan justamente* como repartidores; pero en el *reparto autoritario*, los repartidores *siempre cometen una injusticia*: la de invadir la esfera de actividad de los beneficiarios gravados" ⁷⁶. Expresa el autor que exponemos: "todo reparto autoritario *cuesta una injusticia*, pues constituye una intervención en la esfera de la libertad de los interesados. Con ello no se ha afirmado todavía la injusticia del reparto en su totalidad, ya que el empleo de la coacción puede ser justificado si resulta necesario para fomentar el libre desenvolvimiento de la personalidad de los beneficiarios gravados; de todos modos, hay que descartar que el reparto autoritario comienza con una injusticia" ⁷⁷.

Hay que considerar ahora la relación entre esta clasificación de los repartos y la clasificación de la justicia particular en justicia *correctiva* (o *conmutativa*) y *distributiva*, según la distinción que proviene de Aristóteles y que asume Goldschmidt. Dice el autor que comentamos: "No todo reparto autónomo es regulado por la justicia correctiva, ni recae la justicia correctiva sólo sobre esa clase de adjudicaciones"; y explica: "así por ejemplo si una aldea en concejo abierto reparte con unanimidad las cargas y los honores, nos encontramos con un reparto autónomo, aunque sea objeto de la justicia distributiva, pues se da a cada uno lo que le corresponde según sus méritos; y a la inversa, cuando el Estado determina coactivamente los precios de ciertas mercancías o de los alquileres se trata de objetos de la justicia correctiva, aunque ello se realice mediante un *reparto autoritario*". ⁷⁸

Dice W. Goldschmidt que la justicia distributiva constituye la forma fundamental de justicia, pues consiste precisamente en la distribución de potencia e impotencia, que es la esencia de la justicia ⁷⁹. Según el autor, "la escolástica estima que el tipo básico de justicia es la justicia conmutativa, y que la justicia distributiva y la general constituyen conceptos analógico; pero -observa- la justicia conmutativa es siempre justicia fraccionada, mientras que la justicia distributiva, si bien también lo es, se acerca más a la *función pantónoma* de la justicia" ⁸⁰.

La realización de la justicia: teoría del fraccionamiento

Werner Goldschmidt define la justicia humana como "el reparto de *todos* los bienes y males entre *todos* y cada uno de los hombres, por personas autorizadas

⁷⁵ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 72.

⁷⁶ *Op. cit.*, n. 73.

⁷⁷ *Op. cit.*, n. 439.

⁷⁸ *Op. cit.* n. 398.

⁷⁹ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 398.

⁸⁰ *Op. cit.*, n. 398, nota.

y de acuerdo a reglas derivadas de la razón. Esto es lo que llama función "pantónoma" de la justicia. Pero como ello es imposible de llevar a cabo, entonces la justicia humana nunca se realiza realmente, sino que resulta siempre *fraccionada* ⁸¹. Tal fraccionamiento sucede de cuatro maneras:

1) Por cada acto de justicia que se cumple, hay muchas otras situaciones semejantes que permanecen en la injusticia, y de allí colige que "la justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra" ⁸². "Ningún acto de justicia es completamente justo, mientras en cualquier rincón del mundo persiste una injusticia, puesto que es injusto hacer justicia si no se hace justicia con todos".

2) Resulta injusto el enjuiciar un acontecimiento aisladamente, en desconexión de los otros en el espacio y en el tiempo; así por ejemplo no es posible abarcar todo el daño material y moral que produce un hecho ilícito, y por lo tanto no es posible adjudicar una indemnización justa. ⁸³

3) La justicia exigiría que se indagasen las infinitas condiciones de cada uno de los actos, pero ello es imposible; así por ejemplo es injusto el juzgar una conducta separándola de su motivación consciente e inconsciente, y de cuantas circunstancias pueden haber repercutido en el alma y el carácter de cada individuo: sin embargo, en la realización de la justicia humana necesariamente tenemos que hacer esta separación. ⁸⁴

4) Cuando se atribuyen derechos y obligaciones, queda cerrada la situación jurídica, y ya no es posible su modificación, salvo en determinados casos; sin embargo muchas veces sobrevienen hechos que alteran el equilibrio anterior, por ejemplo cuando después de una sentencia que manda indemnizar a la víctima por su invalidez total, ésta recupera su capacidad. ⁸⁵

De lo expuesto, W. Goldschmidt concluye que "el hombre no puede concretar ni un solo acto de justicia completa" ⁸⁶. Expresa: "La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el *progressus ad infinitum*, y por último, por el *regressus ad infinitum*. Todo acto de justicia humana contiene necesariamente estos cuatro granitos de injusticia". ⁸⁷ "El primero proviene de la incapacidad práctica del hombre de instituir la justicia en todas partes y deshacer todos los entuertos; el segundo y el tercero resultan de la imposibilidad teórico-práctica de tomar en cuenta todos los motivos y todas las consecuencias, y el cuarto de la imposibilidad teórica de prever el porvenir. En contraste —piensa Goldschmidt— la justicia divina llega a todos los hombres, distribuye todos los premios y todos los castigos, y tiene en cuenta todos los actos; ella conoce el pasado

⁸¹ *Dikeología*, cit., pág. 41 y *passim*.

⁸² Op. cit., págs. 57 y 64.

⁸³ Op. cit., págs. 66 y ss.

⁸⁴ Op. cit., págs. 73 y 82.

⁸⁵ Op. cit., págs. 59 y ss.

⁸⁶ Op. cit., pág. 64.

⁸⁷ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 432.

hasta en sus mínimos detalles, y ningún porvenir espera. Por ello es la única genuina justicia, la única justicia no fraccionada”.⁸⁸

Se pregunta Goldschmidt: “¿Obstaculiza la realización humana de la justicia sólo la imposibilidad material de destruir la injusticia, o también la inexigibilidad moral de su destrucción? Como se sabe –nos recuerda el autor– la respuesta que la doctrina católica da a esta pregunta distingue entre la injusticia que afecta el bien divino y la que afecta el bien terrenal, e impone incondicionalmente el deber de abolir la primera y sólo condicionalmente el deber de destruir la segunda, o sea, bajo la condición de que su abolición no produzca mayor daño que su padecimiento”.⁸⁹ De modo que hay situaciones en que la injusticia debe ser permitida, para evitar así injusticias mayores.

Pero la justicia tiene una función pantónoma: abarca, en principio, todos los repartos habidos y por haber; y como el cumplimiento riguroso de la función pantónoma es humanamente imposible, porque no podemos retroceder al principio del mundo, ni adelantarnos hasta su fin, ni abarcar todos los repartos contemporáneos, hacer justicia supone llevar a cabo fraccionamientos y desfraccionamientos. Si, pues, por ejemplo, la persecución de un crimen con ribetes políticos llevase con un grado tan alto de probabilidad que rayase en la seguridad, a una guerra civil, la justicia de la persecución que es el resultado de su fraccionamiento hacia lo porvenir, se transforma en injusticia, si la desfraccionamos y enfocamos el panorama total de la persecución y de todas sus consecuencias.

La justicia tiene una función pantónoma, la cual no puede ser cumplida por los hombres.⁹⁰ En cambio, el juez divino cumple cabalmente en el Juicio Final con la función pantónoma, de la justicia: por ello, la auténtica justicia es la divina, y la humana no lo es, porque siempre es necesariamente fraccionada.⁹¹ En rigor, *no existe más justicia que la divina, y la humana no es más que “una idea regulativa que funciona como un ideal”*⁹²

Ahora bien, a pesar de que el hombre sólo puede conocer y realizar la justicia de un modo fraccionado, su deber ético es realizarla. Abstenerse de actuar sería pecar de “conciencia escrupulosa”.⁹³

La teoría del fraccionamiento sirve también para explicar la seguridad jurídica que es, precisamente, un producto del fraccionamiento. Ahora bien, la seguridad jurídica no se encuentra en pugna con la justicia, sino que forma parte integrante de ésta; la seguridad jurídica es un momento esencial de la justicia terrenal.⁹⁴

⁸⁸ *Dikelogía*, cit., págs. 56 y 84.

⁸⁹ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 399. Se refiere a la doctrina según la cual a) las leyes inicuas que mandan dañar a otro, o a realizar algo malo, no obligan, y además hay deber moral de desobedecerlas; pero b) las leyes inicuas que imponen una injusticia al propio obligado, aunque en general no obligan moralmente como leyes, sin embargo en algunos casos puede haber deber moral de acatarlas, para evitar el escándalo o algún perjuicio al bien común.

⁹⁰ Op. cit., n. 408.

⁹¹ Op. cit., n. 417.

⁹² Op. cit., ns. 432 y 456.

⁹³ *Dikelogía*, cit., pág. 84 s.

⁹⁴ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n.434.

Una de las instituciones de la seguridad jurídica es la irretroactividad de las leyes. Ahora bien, cuando se trata de una norma manifiestamente injusta, que es derogada por un precepto posterior, Goldschmidt juzga legítimo que se otorguen efectos retroactivos a este último, o para decirlo mejor, *lo que en realidad ocurre en tal caso es que aquella norma, por ser injusta, nunca ha tenido vigencia.*

El principio supremo de justicia

De acuerdo con Goldschmidt, *"el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad"*.⁹⁵ Declara expresamente que asume la concepción de la justicia de *Wilhelm von Humboldt*, en sus "Ideas para un ensayo de determinación de los límites de la actividad del Estado" (1792) y de *John Stuart Mill* en su opúsculo "Sobre la libertad" (1859).⁹⁶

En diversos lugares el autor germano-argentino denomina su doctrina con el término "liberalismo".

Después del mencionado principio siguen otros, como el "*pacta sunt servanda*", "*do ut des*" (toda prestación contractual debe tener una causa), "a cada uno según sus méritos", etc.⁹⁷

Cuestiones relativas a la vida humana

Afirma Goldschmidt que la norma de justicia que prohíbe el homicidio tiene algunas excepciones, y así es justo dar muerte en los casos de legítima defensa, de guerra justa y tal vez en el caso de la pena capital.⁹⁸ Sobre este último punto sus expresiones son vacilantes: en el pasaje recién citado sostiene la licitud como probable, en otros lugares de la misma obra la admite como institución justa⁹⁹, en otra ocasión manifiesta que es injusta porque –dice– corta el libre desarrollo de la personalidad¹⁰⁰, y en otra oportunidad la rechaza con el siguiente argumento: cuando se impone esta pena se desconoce la potencia adjudicada, pues los hombres ignoramos las consecuencias concretas que trae la muerte a quien la sufre.¹⁰¹ Con respecto a los enfrentamiento bélicos sostiene que toda colectividad tiene un derecho inalienable a oponerse a la agresión, aunque su Constitución declarara

⁹⁵ Op. cit., n. 435.

"Cada individuo tiene el derecho y la carga de personalizarse (humanismo), debiendo el gobierno a este efecto reconocerle las libertades necesarias (liberalismo); en el aspecto mencionado todos los individuos están en pie de igualdad (igualitarismo) y se deben recíproco respeto (tolerancia)" (Werner GOLDSCHMIDT, *El principio supremo de justicia*, Edit. de Belgrano, Bs.As./, 1984, pág. 78).

⁹⁶ Op. cit., n. 470 y *El principio supremo de justicia*, Ed. de Belgrano, Bs.As. 1984, pág. 78.

⁹⁷ *Dikelogía*, cit., pág. 240 ss.

⁹⁸ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 415.

⁹⁹ Op. cit., n. 654.

¹⁰⁰ Op. cit., n. 459.

¹⁰¹ *Dikelogía*, cit., pág. 236.

una renuncia a la guerra defensiva, como ocurre con la Constitución japonesa del 3 de mayo de 1947 en la absurda norma de su art. 9no. ¹⁰²

La justicia y el orden político

El orden justo del Estado es aquel que favorece el desarrollo de la personalidad. Para ello –sustenta Goldschmidt–, debe respetarse la libertad de cada individuo de proponerse como fin aquello que piensa que es el desenvolvimiento de su personalidad, y también debe respetarse la libertad en la elección de los medios que cada uno considere procedentes para alcanzar ese objetivo personal.

De modo que el gobierno no debe inmiscuirse en lo atinente al fin último de los individuos, ni a los caminos que pueden escoger las personas para procurarlo.

Admite Goldschmidt que el legislador debe intervenir para proteger al individuo con respecto al gobierno, con respecto a los demás individuos, con respecto a la naturaleza y a veces también con respecto a sí mismo. ¹⁰⁵ Como ejemplo de esta última injerencia, en una de sus obras menciona el despilfarro y el suicidio –con lo cual vendría a admitir una excepción al principio liberal–, pero en un libro posterior expresa que la intervención para impedir que otro se quite la vida es injusta, salvo que el suicida cambie de parecer, o que se halle mentalmente trastornado ¹⁰⁶ y sostiene que “cada cual debe resolver por sí mismo el problema de si su muerte frustra o perfecciona el desarrollo de su personalidad: los terceros deben abstenerse de intervenir” ¹⁰⁷, porque “la libertad del desarrollo de la personalidad no sólo comprende la realización del mismo desarrollo, sino igualmente el enjuiciamiento de qué condiciones lo hacen posible o lo frustran”. ¹⁰⁸ “La justicia no tiene la misión de desplegar la personalidad del individuo, sino la de proporcionarle la libertad necesaria para desplegarla”. ¹⁰⁹

Goldschmidt distingue un “humanismo intervencionista” y un “humanismo abstencionista”. El primero es aquel donde los dirigentes del grupo indican a todos los miembros cuál desarrollo de su personalidad deben realizar; y opina que esto se justifica sólo respecto de las personas que por su edad no tienen la madurez necesaria para elegir su camino; de modo que una injerencia de esa clase está justificada en el seno de la familia, pero nunca lo está en el ámbito de la comunidad política, con respecto a las personas mayores. Si se hace, se trata de un régimen *paternalista* que merece la desaprobación del autor.

En contraste, el “humanismo abstencionista” es aquel que deja al individuo una zona de libertad muy amplia para que sólo él resuelva su propio destino. Aclara:

¹⁰² *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 492.

¹⁰³ Op. cit., n. 490.

¹⁰⁴ Op. cit., n. 462.

¹⁰⁵ *Derecho Internacional Privado*, cit.

¹⁰⁶ *Dikeología*, cit. pág. 233 nota 107.

¹⁰⁷ Op. cit., pág. 374.

¹⁰⁸ Op. cit., pág. 372.

¹⁰⁹ Op. cit., pág. 231.

“esto no significa que cada uno debe escoger su sino caprichosamente, sino sólo que los demás no deben determinarlo coactivamente”.¹¹⁰

El *individualismo* es la alternativa del *colectivismo*. En éste los repartos son autoritarios y todo derecho subjetivo se tiene como concesión graciosa de los supremos repartidores.¹¹¹

Con respecto a la *vexata quaestio* de la mejor forma de gobierno, Goldschmidt opina que es la democracia. “La democracia es la respuesta al problema de quién debe gobernar, y el liberalismo es la respuesta a la cuestión de cómo se debe gobernar justamente. Claro está que el problema decisivo es el segundo, ya que si el gobierno es justo en sus realizaciones, poco importa quién lo ejerza”.¹¹²

Con todas las formas de gobierno puede existir un justo orden social –dice Goldschmidt– pero hay algunas formas que ofrecen más garantías que otras para realizar la justicia, de modo que “la forma de gobierno tiene valor indiciario con respecto a la justicia o injusticia de los actos de gobierno”. Así, “si todos los gobernados simultáneamente gobiernan (*gobierno por unanimidad*) la probabilidad de que el gobierno sea justo es mayor que si sólo gobierna la mayoría, caso en el cual, a su vez, la probabilidad es mayor que si sólo gobierna una minoría”.¹¹³

“Un régimen puede calificarse de injusto, o sea incompatible con el libre desenvolvimiento de la personalidad. En este orden de ideas se aplica la *teoría del saldo*: para calificarlo como injusto, se requiere que el régimen en su totalidad, desde el punto de vista dikelógico, arroje un saldo negativo”.¹¹⁴

Ahora bien –advierte Goldschmidt– aunque un régimen determinado sea injusto, el poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad y el orden y la pacificación que aquél mantiene, resultan provisionalmente valiosos, mientras sea imposible remover la injusticia¹¹⁵, y en tal caso no se justifica el intento de derrocar el gobierno.

¿Qué ocurre si es posible alejar la injusticia del régimen? En esta hipótesis nos encontramos con un deber de actuar, o sea, con un deber de alterar el régimen. Los fenómenos sociales del poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden y pacificación que en él confluyen, son relativos, y no pueden ya ser preferidos a la justicia que puede lograrse mediante el cambio del régimen. Aquellos valores mencionados son valiosos sólo en cuanto se enderezan a la realización de un valor absoluto como es la justicia.¹¹⁶

En lo que respecta a la responsabilidad política del régimen condenado como injusto hay que distinguir el caso de los conductores y el caso de los partidarios. Aquéllos responden de la injusticia del régimen en su totalidad. En cambio, la

¹¹⁰ *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 471.

¹¹¹ Op. cit., n. 320.

¹¹² Op. cit., n. 471.

¹¹³ Op. cit., n. 471

Allí mismo advierte que con unanimidad se pueden tomar resoluciones injustas, v.gr. con respecto a los antepasados o a las generaciones futuras.

¹¹⁴ Op. cit., n. 455.

¹¹⁵ Op. cit., n. 399.

¹¹⁶ Op. cit., n. 399.

responsabilidad de los partidarios es solamente responsabilidad por su conducta personal. Y el autor se lamenta luego de aquellos excesos cometidos por los nuevos gobernantes, cuando persiguen a los partidarios del régimen caído, "pretextando la responsabilidad por el régimen derrocado de centenares de miles de personas, a fin de recompensar a sus propios partidarios con cuanto arranca a aquéllas".¹¹⁷

Con respecto al tiranicidio, el autor lo justifica y enseña que si el tirano encarna el régimen, las causas que hagan justa la revolución hacen justo el tiranicidio.¹¹⁸

Finalmente, en relación con este tema, nos parece importante mencionar el pensamiento de W. Goldschmidt acerca de los "*delitos políticos*". La idea de que no pueda extraditarse ni castigarse a los autores de delitos políticos, piensa que es un prejuicio derivado del positivismo jurídico, basado en el *liberalismo metafísico*, según el cual no se puede distinguir científicamente entre lo justo y lo injusto. Asevera el autor que comentamos: No hay ninguna razón de dejar los delitos políticos sin castigo por la mera circunstancia de su politicidad. En efecto, los delitos políticos no son *neutros* o *adiáforos* desde el punto de vista ético, sino que son reprobables y *verdaderos delitos* cuando se trata de conductas que aspiran a que se imponga un nuevo orden más injusto que el actual, o por el contrario pueden ser buenas acciones cuando se trata de luchar por un orden más justo, y además se cumplen ciertos requisitos para que sea legítima la resistencia.¹¹⁹

El bien común

Bien común es un término sinónimo de *justicia*: lo que ocurre es que aquél indica cierta dirección de la justicia, según la cual ésta debe tener en cuenta *los intereses de todos*.¹²⁰

W. Goldschmidt concibe que a ese vocablo le corresponde el concepto de la "suma de bienes de un número indeterminado de personas indeterminadas", y así ilustra con el ejemplo de la expropiación que se hace con el fin de construir un camino: allí el bien común consiste en el beneficio que habrán de recibir todos los individuos que utilizarán dicha vía. Claro está –acota el autor– que para cada uno de ellos la ventaja es insignificante, pero considerados todos los beneficios en su totalidad, constituyen un bien importante.¹²¹

Dice Goldschmidt que precisamente por ese carácter difuso del bien común, éste es sentido por las personas –incluso por el mismo gobernante– con mucha menos intensidad que el bien individual. Pone de resalto el autor que aquí estudiamos que "en el ánimo del gobernante muchas veces pesa más la ventaja visible del interesado singular y presente, que el cálculo de la suma de las ventajas pequeñas de personas desconocidas, y aun futuras. A ello contribuye el hecho de que el interesado presente

¹¹⁷ Op. cit., n. 455.

¹¹⁸ Op. cit. ns. 99 y 423.

¹¹⁹ Op. cit., n. 471.

¹²⁰ Op. cit., n. 402.

¹²¹ Op. cit., n. 402.

suele tener más fuerza social que los intereses desorganizados pequeños de cada uno y que benefician a personas desconocidas y que incluso los ignoran".¹²²

En lo que hace al asunto de la tensión entre el bien común y el bien individual, piensa que "dikelógicamente, el derecho a la libertad (y cuanto ella implique) es, pues, superior al orden estatal".¹²³ Además, opina W. Goldschmidt que nunca existe conflicto entre el individuo y la comunidad, sino que siempre se trata de conflictos entre individuos dentro de la comunidad, y para solucionarlos se requiere un examen sobre el número de los individuos pertenecientes a cada uno de los conjuntos de interesados, y un cálculo de sus respectivos sacrificios y beneficios.¹²⁴ Decir que la comunidad es recipiendaria, es un *mero uso idiomático*¹²⁵, según el autor que comentamos, porque los recipiendarios siempre son una cantidad de individuos.

W. Goldschmidt piensa que cuando se habla de sacrificio del individuo por la comunidad se expresa un error, pues cree que en realidad siempre se trata de sacrificios que se imponen a determinados individuos a fin de asegurar ventajas a un número indeterminado de individuos¹²⁶, y la regla para dirimir cualquier conflicto que implique sacrificios para los individuos, es el principio supremo de justicia antes mencionado.¹²⁷ Veamos un ejemplo de esto: los gobernantes de una comunidad atacada ¿tienen derecho de obligar a sus miembros a llevar a cabo una guerra defensiva? W. Goldschmidt responde que no, de acuerdo con el principio mencionado: si un individuo cree que el ataque contra el grupo no impide el desarrollo de su personalidad, no está éticamente obligado a luchar.¹²⁸ Existe sí un deber *general* —admite el autor— de ayudar a los demás en la defensa de sus personalidades, pero afirma que esto no es suficiente para obligar a un individuo a que participe de la defensa armada de sus conciudadanos, porque tal deber general de ayuda puede cumplirse mediante diversas actividades, como por ejemplo tareas de enfermería o de investigación.¹²⁹

La tolerancia

Escribe el autor que comentamos que los hombres, para desarrollarse como personas, deben aproximarse a las verdades.¹³⁰ El clima de tolerancia favorece la adquisición de las verdades.

Advierte que "la tolerancia no se basa en el agnosticismo que niega la posibilidad de alcanzar la verdad; tampoco se funda en la neutralidad, que niega el interés de alcanzarla —actitudes que W. Goldschmidt rechaza de plano—¹³¹; la

¹²² Op. cit. n. 402.

¹²³ Op. cit., n. 320.

¹²⁴ *Dikelogía*, cit, pág. 288 ss.

¹²⁵ Op. cit., pág. 361.

¹²⁶ Op. cit., pág. 269.

¹²⁷ Op. cit., pág. 273.

¹²⁸ Op. cit., pág. 372.

¹²⁹ Op. cit., pág. 372.

¹³⁰ *Introducción filosófica al Derecho*, n. 475.

¹³¹ "El liberalismo político consiste en la organización del amparo del gobernado contra el

tolerancia de una persona es compatible con la apasionada convicción que ella experimente de poseer una verdad. Lo que ocurre es que el tolerante desea que cada uno se apodere de una verdad según le parezca, o mediante una convicción de fe (a cuyo efecto la tolerancia admite la prédica de la autoridad), o a través de una convicción racional (en atención a lo cual la tolerancia tutela la libertad de enseñanza y de aprendizaje). Goldschmidt afirma también que mientras que el *clima de autoridad* sólo hace posibles las convicciones de fe, el *clima de tolerancia* permite florecer tanto las convicciones de fe como las convicciones basadas en la razón".¹³²

Ahora bien, el autor no piensa que de la libertad y de la tolerancia resulte el predominio de las verdades en los espíritus. Expresa: "No hay mito más peligroso que el que sostiene que la verdad se impone por sus propios méritos. La verdad y el error requieren indistintamente, para triunfar, la propaganda, aunque sólo la primera la merece. Ahora bien, como es fácil hallar errores, los mismos que los encuentran pueden dedicarse a propagarlos; al contrario, quienes buscan la verdad invierten todo su tiempo en esta búsqueda; por ello, la propaganda de la verdad incumbe por regla general a otros. He aquí una de las fuentes de la inferioridad en que se encuentra la verdad en su lucha con el error: los que propagan la verdad actúan muchas veces con la indolencia de los seguidores; en cambio, quienes defienden un error combaten con frecuencia con el temible entusiasmo del inventor".¹³³

B) CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Un doble motivo nos condujo al estudio de los escritos de Werner Goldschmidt: el interés que nos suscitan los temas *jurisfilosóficos* abordados, y la circunstancia de que se trata de un autor argentino (en el sentido de que, aun cuando fue extranjero por su nacimiento, realizó en nuestro país la mayor parte de su producción literaria).

En las líneas que siguen *expondremos* brevemente algunas reflexiones críticas de las muchas que nos ha inspirado la lectura del autor, y que no podrían volcarse sin selección en la extensión de un artículo, por generoso que sea el espacio que nos brinde la revista.

La ciencia de la justicia

La tarea de elaborar una obra sistemática acerca de la justicia –como es la *Dikelogía*– es una empresa digna de destacarse, si se tiene en cuenta que se han publicado pocas obras orgánicas sobre la justicia en nuestro siglo. Al respecto, se

gobernante y ello constituye una de las inmarcesibles conquistas de la humanidad. En cambio, el liberalismo filosófico *finca o bien en el agnosticismo, que niega la posibilidad de alcanzar la verdad, o bien en la actitud de neutralidad que niega el interés de alcanzar la verdad, y es totalmente repudiable*" (op. cit., n. 473).

¹³² Op. cit., n. 477.

¹³³ Op. cit., n. 475.

conocen apenas una decena de tratados sobre esta temática, a saber: "*Quaestiones de iustitia*", del belga A Vermeersch (1904); "*De la justice et du droit*", del francés Senn (1927); "*La giustizia*" del italiano Giorgio Del Vecchio (1922); "*Gerechtigkeit. Eine Lehre von der Grundsätzen der Gesellschafts Ordnung*" (*La justicia. Una doctrina sobre los fundamentos del orden social*), del suizo Emil Brunner (1943). "*Human law and human justice*" del australiano Julius Stone (1946); "*Meditación sobre la justicia*", del mexicano Antonio Gómez Robledo (1964). "*Injustice in society*", del inglés M Ginsberg (1965); "*A theory of justice*", del estadounidense John Rawls (1971), y "*On justice*" de J.R. Lucas (1980). Según nuestra modesta opinión, la doctrina de la "Dikelogía" de Goldschmidt puede considerarse inferior a la de las obras que se acaban de mencionar, en cuanto a la cantidad y calidad de los aportes, pero también se debe reconocer que en el mencionado libro de W. Goldschmidt pueden hallarse algunos temas y aspectos relevantes que no figuran en ninguna de aquéllas.

Compartimos el lamento de Norberto Bobbio en cuanto a la relegación que ha sufrido la teoría de la justicia en los últimos años ¹³⁴, y por ello juzgamos loable la tarea de W. Goldschmidt en cuanto propone una "*ciencia de la justicia*" e intenta desarrollarla.

En lo que respecta al contenido de la doctrina del autor, suscribimos una parte de ella, pero también discrepamos en muchos puntos fundamentales, según exponemos en las líneas que siguen.

Como ha señalado Guido Soaje Ramos, el autor que comentamos "ha omitido expresar su tesis sobre la especificación de los saberes, así como su división de las disciplinas filosóficas", lo cual impide estimar los fundamentos aducidos para legitimar la nueva disciplina que propone, la *Dikelogía*. ¹³⁵

Coincidimos con Werner Goldschmidt en su afirmación categórica de que la justicia no es un valor fabricado, sino que es un valor natural. Asentimos plenamente a la tesis gnoseológica que ha presidido la empresa intelectual del autor: es posible una indagación *con rigor científico* acerca de la justicia y que determine lo que es justo en las varias relaciones humanas, frente a la prejuiciosa actitud escéptica tan difundida en la actualidad, que presume desalojar del ámbito de la ciencia todos los "juicios de valor" para remitirlos a la esfera de las "preferencias puramente subjetivas". Pensamos que es posible una "ciencia" de la justicia, ya que puede obtenerse un conjunto sistemático de conocimientos, en parte

¹³⁴ "Mientras los estudios de Teoría General del Derecho han hecho notables progresos en estos últimos años, la teoría de la justicia ha sido olvidada. E incluso, si algún buen estudio se ha hecho en este campo, se refiere únicamente a la definición de la justicia" (Norberto BOBBIO, *Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho*, en Contribución a la teoría del Derecho, compilación de arts. de Bobbio por Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, 1980, pág. 99).

Ha sostenido el autor italiano: "La Filosofía del Derecho tiene su propio ámbito de estudio que ninguna disciplina científica(...) le puede sustraer: el problema de la justicia, es decir (...) el problema del valor. Por Filosofía del Derecho, en efecto, yo entiendo la teoría de la justicia, es decir la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo, viene valorado y también, si es preciso, transformado" (*Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappiccheli, Torino, 1955, pág. 49.)

¹³⁵ Guido SOAJE RAMOS, *Un libro sobre la ciencia de la justicia*, art. cit. p. 137.

ciertos, y en parte probables, con procedimientos reflexivos rigurosos, acerca de un objeto determinado, como son las relaciones interhumanas investigadas a la luz de la justicia.

Es correcta la tesis de W. Goldschmidt de que la investigación dikelógica constituye el tema medular de la Filosofía del Derecho. No puede afirmarse que sea el único tema importante de la disciplina –pues también lo son el concepto de derecho, las normas jurídicas (en lo que respecta a su esencia, propiedades, funciones y efectos), la actividad judicial, y otros–, pero lo cierto es que todos estos asuntos importan cierta referencia a lo justo, (y no podría ser de otra manera, pues lo justo es el fundamento primordial del mundo jurídico). Pero respecto a la división epistemológica que traza W. Goldschmidt entre una axiología y una axiosofía de la justicia (esta segunda concebida como disciplina distinta y lógicamente posterior a aquélla), ha sido muy acertada la objeción que le hiciera Guido Soaje Ramos: Si la axiología busca delimitar el valor justicia, esto es, definirlo, entonces, ¿cómo puede hacerlo sin tener en cuenta su contenido, que es el objeto que Goldschmidt reserva para la axiosofía, disciplina que propone como distinta y posterior?.¹³⁶

También es un acierto de Goldschmidt la pertinencia del “método de las variaciones” en el desarrollo de esta disciplina. Pensamos que resulta muy fecundo en la búsqueda de conclusiones sobre la justicia, de acuerdo con nuestra experiencia al respecto.

Dice el autor que la *República* de Platón inició la axiosofía dikelógica, que la axiología dikelógica comenzó con Aristóteles, y que la doctrina del Derecho natural ha tenido dos elaboraciones: la aristotélico-tomista y la estoica, y que el éxito glorificó a la primera, y la segunda culminó y fracasó en el Derecho natural protestante.¹³⁷ Pero señala que hay que hacer una distinción entre una “Filosofía Jurídica Mayor” y una “Filosofía Jurídica Menor”. Según W. Goldschmidt el origen de la primera está en los mencionados pensadores, luego fue desarrollada por otros filósofos y teólogos, que estudiaron el mundo jurídico como parte integral del universo; y que de esta disciplina así denominada, han sido ejemplos notables Tomás de Aquino y Hegel. En cuanto a la Filosofía Jurídica Menor, es aquella de la cual se ocupan los juristas, y es la que se propone desarrollar Goldschmidt sistemáticamente en su *Dikelogía*.¹³⁸ Esta nueva disciplina se propone llenar un vacío –dice el autor que comentamos– porque “el filósofo Aristóteles y el teólogo y moralista Santo Tomás no ahondaban en la dikelogía para convertirla en un instrumento útil para el jurista, y ello es exactamente lo que a nosotros nos incumbe hacer (...) Nuestra dikelogía no es sino el intento de desenvolver con miras a la utilidad del jurista, los pensamientos incubados por Platón, Aristóteles y Santo Tomás”¹³⁹. En estas expresiones hay que señalar un error importante del autor, porque Santo Tomás no se limitó al tratamiento de los principios más universales y más abstractos, sino que con frecuencia llegó a dar conclusiones sobre relaciones jurídicas particulares. Así, por ejemplo en la *Summa Theologiae*, en las cuestiones sobre el Derecho y la justicia, trató sobre el criterio para la indemnización de lo que

¹³⁶ Ibíd.

¹³⁷ *Introducción filosófica al Derecho*, n. 400.

¹³⁸ Op. cit., ns. 3 y 41.

¹³⁹ Op. cit., n. 400.

hoy se denomina *pérdida de la chance*, y también analizó el asunto de la *lesión* en los contratos, el daño justificado en estado de necesidad, la cuestión de la pena de muerte, la legitimidad o ilegitimidad del indulto a los delincuentes, la justa asignación de los cargos y otras cosas públicas...; en el *Tratado de la ley* del Aquinate se halla el principio general para distinguir entre la *obediencia debida* y la *obediencia indebida*, etc. Es verdad que todas estas cuestiones particulares, y otras tratadas por el filósofo medieval, son pocas en comparación con el desarrollo posterior que hicieron otros pensadores, como Francisco Suárez, Domingo de Soto, Luis de Molina, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, etc. Pero esto es una diferencia cuantitativa y no cualitativa, y por ello no es correcto decir que las cuestiones jurídicas de la *Summa* y los temas filosófico-jurídicos útiles para el abogado y el jurista pertenezcan a diversos géneros epistemológicos, como ha sostenido erróneamente Goldschmidt con su distinción entre una "Filosofía Jurídica Mayor" y una "Filosofía Jurídica Menor".

La justicia y los juristas

Pensamos, como el autor, que el estudio de la justicia no es **solamente** tarea del filósofo del Derecho, sino que también incumbe al jurista, y no de un modo accidental y complementario, sino como preocupación esencial de su profesión. La tarea de fundamentación de las normas legales, la interpretación de las leyes y la necesaria integración del Derecho positivo exigen la reflexión sobre los valores.

En cuanto al notable defecto del cual suele adolecer la enseñanza del Derecho Civil, Comercial, Laboral, etc., que consiste en la omisión de la reflexión axiológica sobre las normas, la verdad de tal observación de Goldschmidt es fácilmente comprobable en la realidad académica. Esta omisión es lamentable, pues aunque el desarrollo de la estimativa jurídica de una manera sistemática es misión específica del profesor de Filosofía del Derecho, la indagación axiológica también atañe a los docentes de todas las ramas del Derecho, por las razones expuestas en el párrafo anterior. Más aún, el ideal sería precisamente que el profesor de Derecho "impartiera enseñanza tridimensional", como ha dicho Goldschmidt, es decir, que asumiera los fundamentos axiológicos, y también los aspectos sociológicos relevantes que se vinculan al ordenamiento jurídico.

La dimensión sociológica

Que el jurista debe tener en cuenta también el aspecto sociológico de la realidad jurídica, es un acierto de Goldschmidt, que en general se ve muy poco cumplido en las elaboraciones de los estudiosos de Derecho. El jurista francés Jean Carbonnier, en el método que exhibe en su tratado de Derecho Civil, es una de las pocas excepciones, en cuanto completa la explicación de cada institución jurídica con una exposición sintética sobre su modo de existencia en la realidad social de su pueblo.

La justicia como valoración

Es errónea la proposición de Goldschmidt según la cual la justicia consiste en

una valoración del orden real de las conductas. Si predicamos la justicia o injusticia de una relación que existe entre los hombres, como por ejemplo un intercambio o una distribución, etc., no podemos decir que la justicia comience a existir cuando uno de los protagonistas, o un tercero, realicen la valoración de ese intercambio o distribución. La valoración recae sobre la cosa valorada, y por ende la justicia o injusticia existen en la relación interhumana, con anterioridad a la valoración. Mientras exista un reparto que se lleva a cabo de tal manera, la justicia –o la injusticia– existe en *el reparto mismo, con total independencia de todo intelecto que practique una valoración al respecto.*

Concepto de justicia

De acuerdo con la manera como el autor que comentamos caracteriza la justicia –“reparto de todos los bienes y males entre todos y cada uno de los hombres por personas autorizadas y de acuerdo con reglas derivadas de la razón”– no aparece deslindada la justicia con respecto a otras realidades anexas, y entonces la definición propuesta resulta demasiado amplia. En efecto, adjudicaciones tales como las que provienen de la gratitud, de la caridad y de la generosidad o liberalidad pueden caber perfectamente dentro de la definición propuesta, ya que constituyen o pueden constituir “repartos de bienes” efectuados “de acuerdo con reglas derivadas de la razón”. En la mencionada caracterización que hace Goldschmidt de la justicia no aparece el *suum*, es decir lo que *pertenece a otro*, o mejor aún, lo que es *exigible por otro*, que es la propiedad característica en la definición clásica de la justicia, y que sirve para distinguir perfectamente a ésta de las otras conductas que se refieren al prójimo.

La *exigibilidad por otro* (de algo que le pertenece o que le corresponde), concebida como elemento presente en toda relación de justicia, es precisamente la propiedad apta para distinguir los repartos de la justicia de aquéllos que proceden de realidades éticas anejas, como son por ejemplo la gratitud, la beneficencia, la hospitalidad, la cortesía y la caridad.

También disentimos con el autor en cuanto incluye a los seres irracionales como sujetos propios de las relaciones de justicia. La racionalidad es un requisito esencial, tanto del sujeto obligado como del beneficiario, en toda relación de justicia. Y esto es porque –como explica Giorgio Del Vecchio– sólo el hombre “tiene la aptitud para concebir, además de la propia, la subjetividad ajena, trascendiendo así la esfera de la experiencia inmediata –que presenta solamente objetos–, para volver a vincularse en un orden inteligible a otro ente espiritual semejante a sí mismo y, sin embargo, diverso, con respecto al cual se pone, o mejor dicho, se descubre, en una relación de paridad ideal”.¹⁴⁰ En lo que hace a las sanciones que dispone el Derecho para reprimir las agresiones innecesarias a los animales (v.gr. las normas de la ley argentina 14.346), pensamos que se trata de uno de los casos excepcionales en que el Derecho positivo interviene para sancionar deberes morales que no son deberes de justicia; cuando el legislador regula la conducta de los súbditos, en la gran mayoría de los casos lo hace para reforzar la observancia de deberes morales

¹⁴⁰ Giorgio DEL VECCHIO, *La Justicia*. Depalma, 1952, pág. 116.

que son deberes de estricta justicia, o para crear deberes de estricta justicia (en el caso del Derecho puramente positivo); pero también, *excepcionalmente*, suele prestar el auxilio de la coacción para reforzar el cumplimiento de deberes meramente morales que no son deberes de justicia, sino v.gr. deberes de solidaridad como ocurre *quizás* con la indemnización en favor del trabajador en caso de accidentes sucedidos *in itinere*, o con el deber de abstenerse de crueldad y maltrato innecesario para con los animales, en el caso que aquí consideramos. De modo que, cuando la ley regula la conducta humana respecto de los seres irracionales, no reconoce ni impone deberes de justicia, sino que se trata del deber ético de respetar los grados inferiores de la naturaleza animada, y el deber ético de evitar el comportamiento cruel. Pero de ninguna manera concedemos que se trate de conductas debidas “en interés” de la planta o de la cosa de que se trate, como en cambio expresa W. Goldschmidt.

El *principio supremo de justicia* que enuncia el autor y que dice “debe asegurarse a cada cual una esfera de libertad en la cual pueda desarrollar su personalidad”, obviamente no puede aplicarse a los irracionales, y por ello para el caso de estos “recipiendarios parapersonales” Goldschmidt lo sustituye por otro principio, según se ha visto. Pero, entonces, el término *justicia* ¿ya no se usa unívocamente para la conducta con respecto a las personas y para la conducta debida a los seres irracionales? Además, el autor no hace ninguna referencia a cuáles serían las normas o criterios con arreglo a las cuales habría que enjuiciar las *distribuciones* concernientes a los recipiendarios que no son personas, como le ha observado Guido Soaje Ramos.¹⁴¹

La realización de la justicia

Un aporte indiscutible de la filosofía jurídica de Werner Goldschmidt, y quizás el más original, es el conjunto de reflexiones que ha dedicado al tema de la realización de la justicia, materia casi completamente ausente en los tratados sobre la justicia. La instauración del recto orden en las relaciones sociales constituye una problemática ineludible, si se repara en la índole de lo justo: se trata de una realidad “práctica”, es decir, *algo para ser realizado*, y no meramente conocido y reflexionado.

Ahora bien, la afirmación categórica del iurisfilósofo cuya doctrina comentamos, de que ninguna adjudicación es justa mientras que alguna otra sea injusta, es una proposición de la cual el autor no ofrece demostración ni fundamento alguno. Las injusticias que no se corrigen pueden empañar la satisfacción que deparan las justicias que se realizan, pero no les quitan a éstas su carácter de justicia realizada. A partir de la imposibilidad de instituir la justicia en su totalidad, lo legítimo es concluir que la justicia se realiza sólo en una parte de la totalidad de las relaciones humanas, pero es ilógico concluir que la justicia no se realiza propiamente entre los hombres. La proposición del autor “Ningún acto de justicia es completamente justo, mientras haya una injusticia en cualquier rincón del mundo”, es tan infundada como la que dijese: “Ninguna curación médica es una

¹⁴¹ Guido SOAJE RAMOS, art. cit., pág. 142.

curación médica mientras haya una enfermedad no curada en cualquier rincón del mundo”.

En este mundo la justicia no es solamente un ideal o idea regulativa, como dice Goldschmidt, sino que es algo real: la justicia se realiza efectivamente entre nosotros; no se efectúa, obviamente, en la totalidad de las relaciones, sino en algunas, y con respecto a ellas, se realiza a veces de modo cabal, y otras veces se realiza en cierto grado.

Con respecto a la tesis de Goldschmidt que niega la posibilidad de que se realice realmente la justicia en este mundo, aunque el autor no deriva de allí una exhortación a la inacción, sino que por el contrario reafirma el imperativo de instituir la “justicia fraccionada”, lo cierto es que en esa doctrina la administración de la justicia queda desvalorizada, en cuanto no se la concibe ni califica como una genuina justicia.

La norma jurídica

No es correcto el concepto que brinda Goldschmidt de norma jurídica como una “captación lógica neutral de repartos proyectados”, o una “captación de la conducta querida por el legislador”, como una descripción de ese contenido de voluntad. Es evidente que en realidad la norma es una regla de conducta, orienta el obrar humano en función de ciertos fines. Tiene una índole directiva y no meramente descriptiva o enunciativa.¹⁴²

Si la norma fuese –como pretende Goldschmidt– una descripción del orden de repartos que ocurre en la realidad material, entonces ésta es previa a la norma, y la norma ya no podría cumplir la función de ser causa ejemplar y causa eficiente de los comportamientos. El autor que aquí estudiamos llega a decir que “la fuente real de la norma se encuentra en la materialidad de los hechos cuya captación lógica desde el punto de vista de un tercero permite deducirla”.^{142 bis} Ahora bien, en este modo de concebir la norma jurídica podemos ver que *desaparece la distinción fundamental entre hecho y derecho, y la función rectificadora del segundo respecto del primero, que son cosas evidentes.*

El autor expresa que las normas jurídicas, a diferencia de los valores, que son “entes ideales exigentes”, son sólo captaciones que describen los repartos de

¹⁴² “La ley es una regla y medida de los actos, por cuya virtud uno es inducido a obrar, o apartado de la acción” (TOMAS de AQUINO, *Summa theol.*, I-II, 90, 2).

Hace notar el contraste entre ambas concepciones Héctor H. HERNANDEZ, *Precisiones para un diálogo entre tomistas y realistas*, en *El derecho*, v. 138 (1990), págs. 944 s.

W. Goldschmidt considera la célebre definición tomasiana de la ley como “ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada...” y dice que allí el primer elemento (*ordinatio*) es “el elemento voluntarista de la definición”, por lo cual resulta semejante a la definición suareclana de la ley (*Introducción filosófica al Derecho*, n. 239). Pero esto es manifiestamente una malinterpretación del texto y pensamiento del Aquinate, pues *ordinatio rationis* significa indudablemente la ordenación racional de los medios (conducta humana) al fin (bien común)

^{142bis} W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, n. 225.

potencia e impotencia proyectados por el legislador. Pero hay que tener en cuenta que la mayoría de los preceptos legales contiene *valiosidad*, y por ello son "exigentes" como los valores que encarnan. La norma jurídica es, normalmente, un medio conveniente y necesario para alcanzar el bien, y no sólo el bien social, sino también el perfeccionamiento del mismo obligado. Por ello la teoría ética escolástica ubica a la ley –incluida la humana– como uno de los medios idóneos para alcanzar el último fin del hombre, juntamente con el libre albedrío, los hábitos y la afectividad.

De otra parte, pensamos que es falso que cualquier mandato de quien ejerza el poder político sea una norma capaz de engendrar un *deber jurídico real*, con independencia de la valiosidad del contenido, como sostiene W. Goldschmidt. En el ejemplo que brinda del mandato inicuo del faraón, que ordena el infanticidio, no es correcto decir que ha surgido una *obligación real* o un *deber ser jurídico real*, sino que se trata sólo de una *pretensión* jurídica del faraón, que es inicua.

Según Goldschmidt la norma jurídica es una descripción del orden de repartos y la justicia, según vimos, es valoración de los hechos. Normas y valores son *realidades ideales*, de modo que lo que propiamente existe en la realidad no son las normas ni los valores, sino el orden empírico de los repartos, de las conductas efectivas. Al fin y al cabo, el Derecho, de acuerdo con la concepción del autor que analizamos, queda reducido al hecho, a pesar de que pretende ser una concepción "trialista".

Interpretación y aplicación del Derecho

En lo que hace a la hermenéutica jurídica, disentimos con el autor, en cuanto pensamos que no puede haber en rigor una cabal interpretación con anterioridad a la aplicación. Interpretar un precepto es determinar su sentido y su alcance: pero el alcance de una norma, o sea el discernir en qué casos se aplica y en qué casos no se aplica, y cómo ha de aplicarse, *es algo que puede precisarse plenamente sólo después de consultar la norma en relación con los casos*.

Enseñaba al respecto Tomás Casares, con acierto: "Se ha de tener presente la relación en que "interpretación" y "aplicación" se hallan. La aplicación supone interpretación, y la interpretación apunta a la aplicación. Lo primero es patente y obvio. Lo segundo resulta de la naturaleza del acto interpretativo que consiste, por de pronto, en desentrañar el sentido de la norma; y el sentido, tratándose de una norma de conducta, significa intención, propósito, finalidad, lo cual comporta referencia a la actuación de la norma, cuya existencia se perfecciona y consume en la aplicación o vigencia a que está destinada. Por ello, –agregaba el ex-juez– "el comentario de las leyes, hecho como examen puramente teórico de ellas no es, en rigor, interpretación, pues opera con prescindencia de esa puesta a prueba de la norma, que es el hecho de medir y regular una determinada manifestación correcta de relaciones interpersonales".¹⁴³

¹⁴³ Tomás CASARES, *La presencia del Derecho natural en la interpretación y la aplicación de la ley*, en *La justicia y el Derecho*, 3r. ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1974, pág. 167.

Tampoco nos parece posible que en la labor hermenéutica se pueda prescindir por completo, en todos los casos, de la consideración *axiológica*, tal como lo sostiene Goldschmidt. Si los principios de justicia se han tenido en cuenta –en mayor o menor grado– por el legislador, entonces hay que admitir que *los principios y normas de justicia están “incorporados” en el derecho positivo*; por consiguiente, a la hora de interpretar la ley civil deben tenerse en cuenta tales principios y normas que inspiraron su elaboración, para entender realmente el sentido de aquella. El error básico de W. Goldschmidt en este punto es el *no reconocer que el valor es algo constitutivo de las normas jurídicas* ¹⁴⁴, o sea en la premisa del autor, en la cual el concepto de derecho es completamente prescindente de lo justo.

En la hermenéutica no puede dejarse de lado la consideración teleológica : al interpretar los preceptos de las leyes, éstos deben hacerse servir al fin propio de ellas: la justicia, la utilidad social, el bien común...Claro está que esto debe ser sin contrariar abiertamente el sentido manifiesto de la norma legal, y por ello desaprobamos la “*jurisprudencia deformante*” que hace decir a la ley precisamente lo contrario de lo que ésta expresa. En este punto concordamos con Goldschmidt cuando éste censura tal tergiversación de los textos legales porque ello “*desnaturaliza la actividad hermenéutica y pervierte el carácter del propio intérprete*”, pues éste se hace mentiroso.

Ahora bien, admitimos que con respecto a ciertas normas que se hayan sancionado con prescindencia de toda finalidad de justicia, (por ejemplo para favorecer determinado interés sectorial con desatención del bien público, o como resultado de prejuicios o de ideas erróneas imperantes), cabe una interpretación *neutra* del sentido de las normas, independiente de las exigencias de la justicia. Esta interpretación, que de todos modos no puede realizarse con respecto a todo el Derecho positivo, sino limitadamente a ciertas normas o instituciones, es el tipo de estudio que puede interesar propiamente al historiador o al sociólogo, como señala claramente John Finnis. ¹⁴⁵

El Derecho natural en la aplicación del Derecho positivo

La tesis de Werner Goldschmidt de que el derecho natural es inderogable es correcta, lo cual se demuestra a partir de la validez intrínseca del derecho natural. Asimismo es acertada la consecuencia que deduce el autor a partir de la inderogabilidad del derecho natural: puede ser legítimo el castigo de los autores de graves crímenes que habían sido permitidos en el derecho positivo del régimen depuesto. Con respecto al caso especial de los juicios de Nüremberg, el hecho de juzgar a los responsables por crímenes de guerra, aun sin ley positiva que fundamente la sentencia, puede ser legítimo de acuerdo con lo expuesto, pero hay que lamentar

¹⁴⁴ Cfr. Héctor H. HERNANDEZ, art. cit., pág. 943.

¹⁴⁵ John FINNIS admite *deberes legales* que pueden conocerse independientemente de las conclusiones axiológicas acerca de su contenido que se obtienen mediante la investigación de la razonabilidad práctica. Tal estudio de índole “especulativa” acerca de las normas jurídicas es el punto de vista propio del historiador o del sociólogo (Cfr. *Natural law and natural rights*. Clarendon press. Oxford, 1980. También *Observations de John Finnis*, en *Archives de philosophie du droit*, t.26. Sirey, París, 1981, pág. 423).

la falta de imparcialidad de los tribunales que actuaron en la ocasión, y al respecto es oportuno citar las palabras de Pío XII referidas expresamente al asunto: "La imparcialidad del colegio de jueces debe estar asegurada de una manera especial cuando en los procesos penales se hallan envueltas relaciones internacionales (...) Al término de las hostilidades, vemos con disgusto al vencedor juzgar al vencido por crímenes de guerra, cuando el mismo vencedor se había hecho culpable de crímenes análogos para con el vencido".¹⁴⁶

Las especies de justicia

Primeramente es necesario corregir la afirmación del autor, citada *supra*, que atribuye a la escolástica haber asumido la "justicia conmutativa" como tipo fundamental de justicia, y haber concebido la justicia distributiva y la "justicia general" como conceptos analógicos. En realidad este punto de vista no se encuentra en la escolástica, sino en la obra de Hugo Grocio, así como en muchos autores jesuitas posteriores.¹⁴⁷

Goldschmidt afirma que, dentro de las especies de justicia, la distributiva es la forma fundamental. Aprobamos esta proposición en cuanto se refiere a la relación entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva, porque aquella primera se cumple cuando se da la igualdad de valor entre las contraprestaciones, y ocurre que, para determinar el valor de éstas, ya sean cosas o servicios, es necesario estimar cuánto valor se asigna a la función de cada uno de los que intervienen en la realización de los varios productos y servicios dentro de la comunidad, lo cual pertenece a la justicia distributiva; de modo que la justicia conmutativa presupone la justicia distributiva, y ésta es fundamental con respecto a aquélla, porque es el fundamento de ella.

Pero si se considera la justicia debida por los individuos a la comunidad, o sea esa tercera especie denominada clásicamente "*iustitia generalis*" o "*iustitia legalis*", ya no puede decirse que la justicia distributiva sea la forma primordial de justicia¹⁴⁸, porque ésta se funda precisamente en la "*iustitia generalis*". En efecto, para determinar el mérito de cada uno en la distribución de los cargos, honores y demás cosas públicas, y para aquilatar cuánto vale la función de cada

¹⁴⁶ PIO XII, *Discurso al VI Congreso Internacional de Derecho Penal*.

El Tribunal de Núremberg de 1946 fue integrado por cuatro jueces, uno de cada una de las potencias aliadas vencedoras, y el tribunal de Tokio, que dictó sus veredictos en 1948, se compuso de once jueces, todos ellos estadounidenses. Ningún gobernante ni alto oficial de la URSS ni de EE.UU ni de Inglaterra fueron juzgados, a pesar de que aquel primer Estado agredió a Polonia y Finlandia, ordenó la matanza de doce mil oficiales polacos en Ketyń –entre otros muchos crímenes de guerra– y de que los ejércitos británicos y estadounidenses bombardearon directamente poblaciones civiles en ciudades abiertas alemanas y japonesas.

¹⁴⁷ Hugo GROCIO, *De iure bellum ac pacts* I, 1, VIII, 1; Viktor CATHREIN S.I., *Filosofía del Derecho*, parte II, c.2, 3 y *Filos. morale*, Firenze, 1913, p. 555. Cfr. nuestra comunicación *Sobre la división de lo justo en conmutativo y distributivo (estudio crítico de una división tradicional)*, presentada en el II Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho, Vaquerías, Córdoba, 1982.

¹⁴⁸ Guido SOAJES RAMOS, *Un libro sobre la ciencia de la justicia*, cit., pág. 138.

uno en la división del trabajo social al efecto de determinar su justa remuneración, y por ende el justo valor de los productos y servicios (a lo cual hicimos referencia en el párrafo anterior), es necesario medir tales méritos y funciones con respecto al bien común. Por tanto, *la justicia conmutativa presupone la justicia distributiva, y ésta presupone la "iustitia generalis"*. El justo precio de los bienes y servicios se determina en función del valor comparativo que se reconozca a los distintos trabajos y funciones de los hombres en comunidad, y tal comparación debe hacerse según el criterio "a cada cual según contribuya al bien común". En conclusión, la "iustitia generalis", que se refiere al bien común, es la forma fundamental de justicia.

La obligación y deber jurídicos

En lo que hace a la concepción de Goldschmidt del deber jurídico como algo disvalioso, en tanto la define como *impotencia*, y teniendo en cuenta el significado de este término en el discurso del autor, hacemos nuestra la réplica de Héctor Hernández en su prolijo estudio sobre la obligación jurídica: "Las conductas jurídicamente obligatorias, y así la obligación, son algo valioso, *no son una impotencia*, salvo un individualismo y liberalismo absolutos, en que la solidaridad social y las cargas sociales se vean siempre y en principio como un mal (...) Si el cumplimiento de las obligaciones es lo que sostiene la vida social, no puede verse a las obligaciones simplemente como algo negativo. *Si hace a la naturaleza del hombre que esté obligado y que se obligue, mal puede verse a las obligaciones como un mal*".¹⁴⁹

El progreso moral

Con respecto al progreso de la conciencia moral de la humanidad, que el autor que comentamos afirma categóricamente, ello no puede concederse, a partir de los múltiples elementos de juicio que nos brinda la historia universal. Si consultamos por ejemplo la evolución de las ideas en lo que respecta a la ilicitud del aborto voluntariamente provocado, la eutanasia y las experimentaciones riesgosas practicadas sobre seres humanos que no pueden prestar consentimiento válido (las cuales tienden a justificarse por los autores en la actualidad por el fin de lograr el avance del conocimiento científico, aun cuando no traigan beneficio al sujeto sobre el cual se hace el ensayo, como es el caso de los niños que son sujetos del ensayo); si analizamos la conciencia moral predominante en los hombres de cada generación en lo que respecta al respeto por los ancianos y la piedad filial; si constatamos el avance del "espíritu de lucro" y de la idea de que no hay objeción moral respecto de la ganancia ilimitada en los negocios, si advertimos el desconocimiento contemporáneo del riguroso deber de participar los bienes superfluos para auxiliar a los indigentes; si tenemos en cuenta la creciente aprobación de la actividad sexual concebida como pasatiempo y de la búsqueda del placer venéreo como fin en sí mismo.... si consideramos todos estos cambios en las ideas de los hombres, no

¹⁴⁹ Héctor H. HERNANDEZ, *Para una fenomenología de la obligación jurídica*, en *El derecho*, v. 123p. 1003 y nota 87.

podemos afirmar que predomine en nuestro tiempo una conciencia moral más elevada que en épocas anteriores.

¿Ha mejorado el conocimiento moral de la humanidad desde la Antigüedad hasta nuestros días? Es indudable que han existido importantes progresos, porque el razonamiento del hombre fue desplegando nuevas conclusiones que antes desconocía; además hay que señalar un notable mejoramiento causado por el advenimiento del cristianismo y el desarrollo de sus principios. Pero el progreso del conocimiento moral no ha sido continuo, de modo que en cada siglo el pensamiento de la humanidad sea más esclarecido que en la época anterior. Una observación atenta de la historia de la humanidad muestra que así como hubo progresos en algunos aspectos, hubo también retrocesos en otros. Así por ejemplo puede verse que en nuestro tiempo la conciencia moral de la humanidad se ha afinado en algunos puntos, por ejemplo en la desaprobación categórica de la esclavitud y en el deber de solidaridad hacia los minusválidos para el desarrollo de su personalidad (aunque esto de manera relativa, porque también va ganando terreno la propaganda en favor del aborto y del infanticidio de los niños defectuosos); pero en muchos otros aspectos, como los que se han mencionado en el párrafo anterior, se muestra claramente un manifiesto retroceso de la conciencia moral, operado a lo largo del siglo presente.

El "progresismo moral" de W. Goldschmidt se explica porque el autor germano-argentino enaltece el respeto de las libertades individuales, al punto de proclamarlo como el principio supremo de la justicia. La exaltación de las libertades individuales ha sido continua y creciente en la conciencia moral, desde la Edad Moderna hasta nuestros días, y por ende a partir de la premisa que pone la suma de la moralidad en el reconocimiento de las libertades individuales, puede sacarse como conclusión que existe un progreso continuo de la conciencia moral. Hay que decir que esa premisa es falsa. El reconocimiento y la ampliación de las libertades individuales son hechos valiosos, pero no se identifican con el bien sumo del hombre. Las libertades individuales tienen el rango de medios, y por ello valen en la medida en que sirven al bien del hombre.

Filosofía política

Objetamos la concepción de W. Goldschmidt sobre el "bien común político", en cuanto lo reduce a la suma de bienes de los individuos, y por ello le parece que el bien común es para cada persona una "ventaja pequeña", y sólo resulta relevante cuando se adicionan las ventajas de muchos individuos. En realidad el bien común en sentido estricto es una clase de bien que sólo puede ser alcanzado en la comunidad, mediante un esfuerzo común, y se trata de un bien de los hombres, pero que es específicamente distinto del bien que los individuos pueden obtener mediante su gestión particular.

Como es sabido, existen muchas doctrinas de derecho natural. Ellas difieren según el papel que atribuyen a la experiencia en su conocimiento, según el método que proponen y que siguen para la obtención de sus conclusiones, según la manera como se relacionen el derecho natural y el derecho positivo, según la manera de fundar el derecho natural, según la extensión que se le atribuya a su regulación, según el contenido de sus principios y normas... ¿A cuál de las diversas concepcio-

nes sobre el contenido del derecho natural pertenece el pensamiento del autor que comentamos? Aun cuando sus exposiciones muestran cierto conocimiento más o menos amplio, y sin duda erudito de fuentes escolásticas (Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez), y algunas veces W. Goldschmidt asume las tesis de tales pensadores en diversas cuestiones particulares, sin embargo el sistema del autor que analizamos es divergente con respecto al pensamiento escolástico en sus principios, y se ubica decididamente entre las concepciones de *derecho natural liberal e individualista*. Esto se evidencia en el contenido del principio de justicia que propugna como el principio supremo, y también en diversas conclusiones respecto de cuestiones importantes.¹⁵⁰ Esto no representa una pequeña divergencia entre ambas concepciones, sino que, por el contrario, es la división más importante que puede hacerse de las concepciones del derecho natural según su contenido.¹⁵¹

Goldschmidt escribió en la principal de sus obras filosóficas: "nuestra dikelogía es el intento de desenvolver con miras a la utilidad del jurista los pensamientos incubados por Platón, Aristóteles y Santo Tomás".¹⁵² Es innegable la presencia de algunos elementos de esas filosofías en la enseñanza del autor, pero también en muchos puntos fundamentales Goldschmidt ha asumido los pensamientos de *John Locke, Immanuel Kant, John Stuart Mill, Wilhelm Humboldt*, y la "filosofía de los valores", sobre todo en las versiones de *Nicolai Hartmann*¹⁵³ y de *Wilhelm Stern*.

¹⁵⁰ Una contribución importante para prevenir posibles confusiones entre la doctrina tomista y las ideas del "triallismo" goldschmidtcheano es el artículo de Héctor H. HERNANDEZ, *Precisiones para un diálogo entre tomistas y trialistas*, en *El derecho*, v. 138 (1990), pág. 947 ss.

¹⁵¹ "Si se pone el acento en las libertades del individuo, habrá una concepción de derecho natural *individualista-liberal*. A esta clase se reduce la concepción *personalista*, en la medida en que ésta afirma la primacía de la persona humana individual en todos los sentidos por sobre el Estado como comunidad política.

(...) Si se parte de una raíz aristotélica (excepto la esclavitud, por supuesto), hay una concepción *conprimacia del bien común* de la comunidad política, no absolutizada, y sin desconocimiento ni negación de los derechos subjetivos fundamentales de las personas miembros y de ciertos grupos humanos *infrapolíticos*" (Guido SOAJE RAMOS, *Diferentes concepciones de derecho natural*, en *Ethos. Bs.As.*, ns.10-11 pág. 329).

¹⁵² *Introducción filosófica al Derecho*, cit., n. 400.

¹⁵³ En Goldschmidt pueden verse elementos de la filosofía de los valores de Nicolai Hartmann. Así, este filósofo neokantiano concibió los valores como estructuras objetivas, existentes *in se*, no sólo como formas, sino también como contenidos –con lo cual rechaza todo relativismo de los valores y del bien–; pero ellos constituyen un reino independiente de la realidad, son "irreales". Los valores son cognoscibles por el intelecto –y no mediante una vía emotiva, como había dicho Max Scheler– pero, a diferencia de la gnoseología y filosofía moral del realismo, tal conocimiento es un conocimiento *a priori* de la experiencia: la realidad es la materia para aplicar los valores, y para realizar la valoración, pero la realidad empírica no es la fuente de conocimiento de los valores; éstos no son conceptos abstractos obtenidos de la realidad, sino que son objetos "ideales", que existen separadamente de la realidad y son conocidos solamente con el intelecto. (Cfr. Nicolai HARTMANN, *Ethik*, Berlín, 1926, págs. 42, 47 y 134 ss.; Alfred STERN, *La filosofía de los valores – Panorama de las tendencias actuales en Alemania*, Minerva, México, 1944 págs. 79 y ss.; Guido SOAJE RAMOS, *Elaboración del problema del valor*, en *Ethos*, Bs.As., v. 1, 1973, págs. 116 y 123.

En la concepción ética de W. Goldschmidt la libertad individual llega a ser un valor más importante que la perfección, pues propugna que se deje a cada cual que resuelva, sin ninguna interferencia de la sociedad, lo que estime adecuado para el desarrollo de su personalidad, y sobre los medios que lo conduzcan a ello –incluso el suicidio, si así le parece al individuo– sin intervención del gobierno ni del Estado al respecto. En esto también se separa de Platón, de Aristóteles, de Tomás de Aquino y, en general, del pensamiento ético-jurídico cristiano.

Sería un despropósito expresar, en los límites del presente artículo, la refutación de la teoría del liberalismo político de John Locke, Immanuel Kant, Wilhelm Humboldt y John Stuart Mill, que es la concepción que sin duda asume W. Goldschmidt, pero sí es oportuno reproducir la observación que ya le hiciera Guido Soaje Ramos al profesor germano-argentino acerca de “las dificultades insuperables en que tropiezan los sostenedores del principio liberal cuando quieren, sin abandonar la coherencia, fundar un orden colectivo (...) Si “cada cual resuelve según su ciencia y conciencia lo que ha de entender por el desarrollo de su personalidad” y si “la justicia debe proteger al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su libertad de desarrollar su personalidad”, como afirma Goldschmidt, *¿cómo asegurar entonces a cada individuo las condiciones políticas y jurídicas que le permitan el despliegue personal según su libérrimo criterio? Si Fulano, miembro de la clase obrera, sostiene que el régimen de propiedad privada de la sociedad capitalista con “alienación” consiguiente impide el desarrollo de su personalidad y la de sus compañeros de clase, ¿qué podría oponérsele en nombre del “principio supremo de justicia” preconizado por Goldschmidt?”.*

Hay que observar también que es errónea la disyunción excluyente que presenta Goldschmidt entre colectivismo e individualismo. Este no es la única alternativa respecto de aquél, sino que también existe una concepción “con primacía del bien común de la comunidad política no absolutizada, y sin desconocimiento ni negación de los derechos subjetivos fundamentales de las personas miembros y de ciertos grupos humanos infrapolíticos”.¹⁵⁴

Con respecto a la opinión de que debe reconocerse a cada uno la facultad de escoger libremente los medios que en su sentir juzgue conducentes al desarrollo de su personalidad, cabe considerar aquellas situaciones en que tales conductas puedan arriesgar la seguridad de los demás, o su integridad moral, o la intimidad, etc., lo cual hace necesario que se restrinjan tales libertades. Si tenemos en cuenta esos casos, advertimos que la tesis propuesta por W. Goldschmidt no puede aplicarse estrictamente, y tampoco puede funcionar la norma que propone como principio supremo de justicia, ya que, por lo menos en las hipótesis referidas, habría que *subordinar* el reconocimiento de las libertades individuales a algún otro principio. Pero entonces *el principio de la libertad ya no puede decirse que sea el principio supremo de justicia.*

Werner Goldschmidt defiende el “humanismo abstencionista”, según el cual el Estado no debe inmiscuirse en los fines últimos que se propone la persona, ni en los medios que escoja para su realización, y en contraste, rechaza el “humanismo

¹⁵⁴ Guido SOAJE RAMOS, *Diferentes concepciones...*, cit., pág. 329.

intervencionista", que caracteriza como aquél según el cual debe ejercerse coacción sobre los individuos para conducirlos al fin debido. Pero vemos que allí el autor plantea una falsa alternativa, porque lo contradictorio de la abstención no es la intervención coactiva, sino que puede ser la intervención de otra índole: entre la indiferencia del Estado, que propugna Goldschmidt, y el ejercicio de la coacción, están los diversos *medios de promoción*, por los cuales, v.gr. se fomenta una concepción educativa u otra, se remueven los obstáculos que desvían a los hombres de su perfección, etc.

El punto de discordancia principal entre la doctrina iusnaturalista clásica de los autores católicos y la concepción del iusnaturalismo liberal individualista que profesa W.Goldschmidt está en *el bien común*, cuya observancia tiene el rango de primer principio jurídico, político y aun primer principio de la ética personal en aquella primera concepción, y que el autor que comentamos desaloja de su sistema, reduciendo expresamente todo el significado de ese término al bien de un "número determinado o indeterminado de individuos", como se ha visto. En el enfoque escolástico, el bien común es un bien humano que la persona no puede obtener mediante su esfuerzo individual y consiste entonces en una perfección cualitativamente distinta del bien singular ("el bien común de la comunidad política y el bien singular de una persona no difieren solamente por la cantidad, sino que son específicamente diferentes", Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II, 58, 7 ad 2), y se le reconoce a aquel primero una posición eminente, para asegurar la cual pueden legítimamente disminuirse las libertades de los individuos, y aun puede exigírseles una conducta que sea riesgosa para la vida de ellos, cuando la comunidad lo requiera para su defensa, contrariamente a la conclusión que afirma Goldschmidt al respecto, según vimos *supra*.

También es lógica consecuencia de los principios del liberalismo que asume el autor la estimación negativa que hace, de modo apriorístico, de todo reparto decidido por alguien que tiene autoridad sobre los beneficiarios, al cual denomina "reparto autoritario", y lo juzga intrínsecamente viciado por el mero hecho de ser *impuesto* al individuo. Al respecto, cabe objetar el empleo del término *autoritario*, el cual significa usualmente exceso o abuso de la autoridad, por lo cual porta consigo una *carga emotiva* desfavorable: parece que hubiese sido más conveniente el empleo del vocablo *heterónimo*, que es precisamente el término opuesto a la palabra *autónomo*, que Goldschmidt utiliza para designar la otra especie de reparto.

Según el autor que se comenta, los repartos que llama *autoritarios* son menos valiosos que los *autónomos*, y además, los primeros siempre entrañan una injusticia, pero es imposible prescindir de ellos: de modo que para Goldschmidt tales repartos vienen a ser un *mal necesario*. Disentimos del autor. La existencia de la autoridad social y la determinación que ella hace de lo que corresponde a cada uno no es un mal necesario que exista sólo para refrenar el egoísmo humano, y de la que podría prescindirse en el caso de una humanidad benevolente. Pensamos que *la autoridad de unos hombres sobre otros sería imprescindible aunque no existiese malicia alguna entre ellos*, por las dos razones que enseñara Santo Tomás: "Primero, porque el hombre es naturalmente un animal social; ahora bien, la vida social de muchos no puede ser, si no hay al frente de ellos uno que dirija la multitud hacia el bien común, ya que muchos de por sí tienden a muchas cosas diversas, y

para tender a una cosa común, se requiere que alguien se ocupe de ello. Y la segunda razón es que los hombres no son iguales en ciencia y en sentido de la justicia, y sería inconveniente que no se pusiera al servicio de los demás la superioridad de ciencia y de justicia que algunos poseen".¹⁵⁵

También es incorrecta la división de los repartos en dos especies: los que resultan del acuerdo de los protagonistas (*autónomos*) y los que "el repartidor lleva a cabo sin preocuparse de la conformidad o disconformidad de los demás protagonistas" (*autoritario*). Goldschmidt ha omitido una tercera clase: los repartos decididos por una autoridad, pero que ha tenido en cuenta qué piensan al respecto los interesados, o sea los beneficiarios.

La negación del deber de arriesgar la vida en defensa de la patria, proposición que sostiene el autor, es también corolario de la negación de la existencia de un bien común político distinto de los bienes individuales. En efecto, si no se admite la realidad peculiar del bien común como un bien personal pero específicamente distinto del bien individual, no se puede admitir el que se obligue legítimamente a una persona a arriesgar la vida, que es el más importante de los bienes singulares temporales del individuo. Este sacrificio obligatorio puede justificarse allí donde se reconoce la entidad de un bien común de la persona y la distinción y superioridad de éste con respecto al bien singular de ella.

En lo que respecta a la justiciabilidad de los *delitos políticos*, y a la subordinación de ellos a los principios universales de justicia, concordamos con la doctrina de Goldschmidt. Juzgamos que es un gran error el expulsar de la ciencia de la justicia la consideración de las acciones que agreden a un régimen de gobierno, como lo hizo el eximio maestro Francesco Carrara, que omitió por ello el tratamiento de los *delitos políticos* en su célebre *Programa de derecho criminal*, y dedicó precisamente el último capítulo de la obra a explicar el porqué: después de diez años de estudio el célebre jurista y filósofo del Derecho concluía que era imposible valorar las insurrecciones y demás *delitos políticos* desde el punto de vista de la justicia.¹⁵⁶

¹⁵⁵ TOMAS de AQUINO, *Summa Theolog*, I, 96, 4c.

¹⁵⁶ "(...) Diez años ulteriores de estudio, de experiencias ulteriores y de ulteriores desencuentros me han vuelto escéptico sobre la posibilidad de la existencia de un Derecho Penal filosófico y fundado en principios absolutos en la materia del llamado delito político (op.cit. párrafo 3924). "Uno solo es el principio que merece el carácter de absoluto, esto es, el de que el gobierno es legítimo solamente cuando es conforme a la voluntad de la mayoría" (párrafo 3924, nota). De nuestra parte, pensamos que precisamente el haber adoptado esta idea falsa como principio inconcuso es la causa de la confusión y del escepticismo del maestro de Pisa.

Carrara dice que sólo existen delitos políticos positivos "definidos por la prevalencia de los partidos y de las fuerzas y por la suerte de una batalla" (párrafo 3926)

Además de este escepticismo acerca de la existencia de lo justo en materia de delitos políticos, el célebre profesor declaró que aun en caso de ser posible hallar principios racionales al respecto, había que ser escéptico en cuanto a la realización de la justicia: "Estoy convencido de que sea cual sea el precepto, aun el de más límpida y solemne razón, dictado por el publicista en este tema, tal precepto será voz en el desierto, si la fortuna no es favorable, y que las especulaciones del filósofo resultarán carentes de toda utilidad práctica" (párrafo 3940).

En lo que hace a la antigua cuestión de la forma de gobierno más conveniente para una comunidad, antes de considerar si es correcta o falsa la tesis de Goldschmidt en pro de la *democracia*, hay que discutir si esta forma de gobierno, tal como la define el autor, existe realmente en nuestros tiempos. El sistema *partidocrático*, que excluye de la participación política a quienes no sean candidatos de un partido político, la necesidad de mucho dinero y apoyo de grupos económicos para costear la campaña para vencer en las elecciones internas de un partido político, y otras varias circunstancias no hacen posible una verdadera elección de los gobernantes por el pueblo, sino una opción entre candidatos que son los únicos que tienen probabilidad de triunfar; y en ese caso de la designación de legisladores, también una opción entre dos individuos, o entre dos listas con muchos nombres que son personas desconocidas para la mayoría de los votantes. El autor que comentamos define la democracia como "el gobierno donde gobierna la mayoría": ahora bien, dada la falta de representatividad de los legisladores y de los gobernantes en general, es ineludible el preguntarse: la democracia ¿es hoy una realidad política posible, o es un puro concepto? ¹⁵⁷

Acercas del problema de la licitud del tiranicidio hay que objetar que el autor que analizamos no hace la distinción de aquél que lo es por su origen o ausencia de título legítimo, o sea el *invasor* o *usurpator* y aquél que habiendo asumido legítimamente la potestad política, deviene luego en tirano por abuso del poder, distingo que es decisivo para responder la cuestión. ¹⁵⁸

Como puede verse, compartimos varias tesis del autor, pero también son muchos los puntos en que disintimos de las proposiciones filosófico-jurídicas que enseñara Werner Goldschmidt, de acuerdo con los fundamentos que hemos expuesto sucintamente. Los errores fundamentales que notamos en los principios del autor, y en las conclusiones particulares que enseñara, no es óbice que nos impida reconocer la importancia que tiene el hecho de que un jurista afamado, como fue este autor en su calidad de especialista del Derecho Internacional Privado, se

¹⁵⁷ Con respecto a este punto, es oportuno observar que dentro del rico temario de la convocatoria para el reciente *XVI Congreso Mundial de la Asociación Internacional del Derecho y Filosofía Social*, que se celebró en 1993 en Reikiavik, Islandia, se incluye el tema de la democracia, y se mencionan en la invitación los siguientes subtemas: ¿la democracia asegura la justicia?; ¿cuáles son las precondiciones de la democracia?; ¿la democracia implica bienestar?; ¿debería la ley reflejar la voluntad de la mayoría?; ¿son los Estados contemporáneos genuinamente democráticos? (I.V.R., *Newsletter*, n. 14, junio, 1992).

¹⁵⁸ Con respecto a la primera clase de tirano, o sea el usurpador, se trata de un enemigo público evidente, que tiene declarada la guerra a la república. "Cuando uno mediante la violencia se apodera del dominio político, y no existe recurso posible a un superior (...) aquel que para liberar a la patria mata al tirano, es elogiado y premiado" (TOMAS de AQUINO, *In IV Sent*, II, d. 44 q. 2 art. 2 praet. 5 ad. 5).
Acercas del tirano por ejercicio abusivo del poder, cuya condición de tal ya no es tan manifiesta como en el caso anterior, enseña el Aquinate: "Sería muy perjudicial como para la multitud y sus gobernantes, que cada uno, por su parecer particular, pudiese matar a los que gobiernan, aunque fuesen tiranos (...). Si se aceptase este permiso, se seguiría para el pueblo más peligro de perder los magistrados rectos, que remedio para librarse de los tiranos" (*De regno* I, 6).

haya dedicado también, con constancia, a la reflexión de tantas importantes cuestiones de Filosofía del Derecho.

El publicista germano-argentino no quiso limitar sus exposiciones a una pura axiología general de la justicia, sino que siempre se preocupó en descender a las derivaciones particulares y trató acerca de múltiples aspectos que surgen de la convivencia humana. Iluminó desde ideas filosóficas la solución de concretos problemas jurídicos, y también a la inversa, a partir de las cuestiones singulares que suscitan las relaciones interhumanas, se propuso ascender a la meditación de los principios universales.

Quienes cultivan la Filosofía del Derecho, y también los juristas en general, pueden hallar en el rico repertorio temático tratado por W. Goldschmidt fuentes de inspiración para indagar sobre lo que es justo en las varias relaciones jurídicas.

En lo que hace al discurso del autor que comentamos, hay que señalar que en general en sus obras falta el diálogo con los demás autores: en los que muchos temas que aborda se suele omitir la exposición de las doctrinas divergentes, para luego analizarlas críticamente, concediendo unas proposiciones y refutando otras. En lugar de este procedimiento, hallamos que Goldschmidt *dogmatiza*. Se advierte con frecuencia la preocupación en desarrollar una escuela propia, lo cual se vincula a la mencionada falta de discusión filosófica en el discurso del autor.

El ya desaparecido autor y profesor germano-argentino, por cuanto enseñó la temática de la justicia en libros, en artículos, y asimismo en su magisterio universitario, habrá de recibir quizás el premio que anunciara el profeta Daniel: *Como estrellas por toda la eternidad brillarán aquellos que hubieran enseñado a muchos la justicia.* (Dan. XII. 3).



ACERCA DE LA OBJECION DE CONCIENCIA *

A) Introducción

Casos como el de Marcelo Bahamondez suscitan diversos problemas. Resulta difícil adoptar una postura a priori acerca del tema, debido a que la misma requiere un profundo análisis. Este puede llevarse a cabo desde diferentes puntos de vista tales como el jurídico, médico, ético, iusfilosófico y religioso. Sin embargo, estos ámbitos no deben ser considerados como compartimentos estancos, sino que sus conclusiones deben aunarse para arribar a un estudio integral que brinde soluciones eficaces. Este es el propósito que motivó nuestra investigación.

B) Jurisprudencia

B1) Para comenzar, es necesario que consideremos la jurisprudencia expuesta sobre el tema. Es aquí, donde observamos las graves controversias que se suscitan y las diferentes posturas que pueden adoptarse. Un caso ilustrativo, que muestra una de las posiciones extremas, es el de *Marcelo Bahamondez*.

El actor, mayor de edad, se encontraba internado en el Hospital Regional de Ushuaia, en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva con sobreviniente anemia y melena.

En estas circunstancias, el paciente se negó a recibir transfusiones de sangre, por ser éstas contrarias a sus creencias, ya que Bahamondez profesaba el culto Testigos de Jehová.

El juez de primera instancia pidió un informe médico, el que concluía que, si bien en ese momento Marcelo Bahamondez había sido dado de alta, de repetirse las hemorragias, sin haberse transfundido sangre, el paciente corría peligro cierto de muerte. Aun con plena conciencia del peligro potencial que su negativa pudiese acarrear a su salud e incluso a su vida, interpuso su fe y respeto a sus más íntimas convicciones religiosas.

* *Trabajo Práctico, Grupo Nº 3, Integrantes: PRADA, Marina, LUSARDI, Florencia, BASCOY, Florencia; colaboradora: HARILAOS, Sofía. Tema: La negativa a aceptar tratamientos médicos por razones de conciencia. Espectral estudio del tema en los Testigos de Jehová. Profesor a cargo: Dr. Santiago Legarri. Año: 1993.*

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia dada por el juez de primera instancia, es decir autorizó a los médicos a realizar las transfusiones adecuadas al tratamiento médico. En esta instancia se calificó a la actitud de Marcelo Bahamondez como *suicidio lentificado* realizado por un medio no violento y por la omisión propia del suicida.

La Cámara, sosteniendo al derecho a la vida como bien supremo, señaló que no resultaba posible que la libertad individual se ejerciera de tal modo que extinguiera la vida misma.

El Tribunal calificó la actitud de Bahamondez como nihilista y la asemejó a los sacrificios humanos que se realizaban antiguamente en aras al Dios cartaginés Moloch, Dios del fuego al que se inmolaban víctimas humanas. Ante dicho fallo, el recurrente interpuso recurso extraordinario. El apelante alegó que no quería suicidarse como lo consideraba la Cámara, sino que, por el contrario, deseaba vivir, pero que se negaba a aceptar un tratamiento médico contrario a sus más íntimas convicciones religiosas.

El actor consideró también que la transfusión de sangre, ordenada contra su voluntad, representaba un acto compulsivo que desconocía y violaba las garantías consagradas en la Constitución inherentes a la libertad de cultos (artículo 14 de la C.N.) y al principio de reserva (artículo 19 de la C.N.).

La corte accedió al conocimiento de la causa por vía de admisión del recurso. En una ajustada mayoría, y desde un punto de vista netamente procesal, consideró que el caso se tornaba abstracto dado, que el agravio (enfermedad de Bahamondez) no subsistía al tiempo en que el mismo llegaba al mas Alto Tribunal.

Este tipo de cuestiones se denominan *casos abstractos*. Las sentencias de los Tribunales deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, ya que, si no fuese así, se tornan inoficiosas. En consecuencia, en este caso particular, ante la inexistencia de un agravio actual, no correspondía a la Corte Suprema de Justicia dictar un pronunciamiento que decidiera sobre la legitimidad de la oposición del paciente a recibir una transfusión sanguínea, ya que no existía certeza alguna sobre la verificación de idénticas circunstancias fácticas. Sin embargo, no debemos dejar de mencionar, que existen ocasiones en las cuales, si bien el agravio no subsiste durante el tiempo en que se substancia el proceso, dada la rapidez con que se produce su desenlace, los jueces igualmente se ven obligados a pronunciarse. De lo contrario, sería difícil que en la práctica llegaran al estudio del Tribunal importantes cuestiones constitucionales como la de autos.

Esta práctica se conoce con el nombre de doctrina de los *moot cases*, iniciada en nuestro país en el caso *Ríos*, al cual nos remitimos. (Fallos: 310:819 – considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y, especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: *Carrol v. Princess Anne*, 393 U.S. 175 pags. 178/179, y sus citas, entre otros).

Como es de público conocimiento la Corte Suprema está integrada por nueve ministros, de los cuales seis de ellos se pronunciaron acerca del tema. Sintéticamente, podemos dividirlos en dos grupos.

Uno de ellos compuesto por el Doctor Cavagna Martínez y el Doctor Boggiano, que

en lo sucesivo llamaremos primero, el cual centró su análisis en que existe, bajo el amparo de nuestra Constitución, el derecho a la libertad religiosas y más ampliamente a la libertad de conciencia. La misma consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales. Dentro del ámbito de este derecho, existe la llamada *objección de conciencia*, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros u otros aspectos del bien común. Así, por ejemplo, observamos en el voto de los Doctores Belluscio y Petracchi, una caso en el que la Corte de los EEUU no ha tenido en cuenta la decisión del paciente de rechazar una terapia restrictiva de su libertad personal cuando la muerte posible de aquél podía poner en peligro la vida o la integridad física de sus hijos pequeños. (considerando 12 de la disidencia de los Doctores Belluscio y Petracchi). Ver para una reseña de esta jurisprudencia "American Jurisprudence").

Este primer grupo valoró particularmente el caso, a través del principio fundamental según el cual nadie puede consentir que se le infrinja un daño corporal. Con apoyo en él, el Estado tiene título suficiente para tutelar la vida y la integridad corporal de la persona en supuestos como el consumo individual de estupefacientes, la práctica de eutanasia u otras operaciones mutilantes carentes de finalidad terapéutica. Pero, la diferencia fundamental entre ambos supuestos, es que en la eutanasia existe voluntad expresa de provocarse la propia muerte. En cambio, en el caso de la objeción de conciencia, está puesto en juego un derecho de mantener incólumes las ideas religiosas que se profesan, aun cuando el respeto del mismo, acarree un daño grave y, en el peor de los casos, la muerte. De aquí se sigue que la responsabilidad de las personas intervinientes, léase médicos o auxiliares, varía según el caso: en la eutanasia son autores ó cómplices de un hecho ilícito mientras que, cuando hay objeción de conciencia, nada cabe reprochar a quienes respetan la libre decisión de la persona involucrada.

En síntesis, no hallándose afectados los derechos de otra persona distintos a los de Bahamondez, mal puede obligársele a actuar en contra de su conciencia.

El segundo grupo de ministros de la Corte, no obstante llegar a la misma conclusión que el primero, no invocó la libertad religiosas y la objeción de conciencia, sino que fundamentó su tesis en el artículo 19 C.N. Este artículo establece que "las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Este artículo otorga a las personas un ámbito de libertad en el cual se pueden adoptar decisiones fundamentales acerca de su persona (como las del caso en cuestión), sin interferencia por parte del Estado o particulares, en tanto no exista la ya anteriormente citada vulneración de los derechos de terceros.

Creemos que es interesante mencionar que a lo largo de este voto se cita jurisprudencia de gran importancia como, por ejemplo, un fallo de la República Federal Alemana. Este último resolvió que era antijurídica una operación quirúrgica sin consentimiento del paciente y estableció que, el derecho mas trascendente del médico y su obligación esencial, es la de curar a los individuos dentro de sus posibilidades. Esta obligación encuentra sus límites en el derecho del individuo a decidir acerca de su cuerpo.

Como conclusión, vemos que estos jueces se basan, para sostener que no se debe realizar la transfusión sanguínea a un Testigo de Jehová, en la libertad de una persona adulta, más allá de pertenecer a un determinado culto, de tomar decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente. Sin embargo, dejan en claro que esta libertad encuentra un límite: en los casos en los cuales exista un interés público relevante en juego.

Similar conflicto, en el cual los jueces vieron la necesidad de pronunciarse, es el caso de una mujer Testigo de Jehová internada en una clínica, donde había dado a luz a una criatura. Ante el peligro de muerte de la misma, el padre, invocando su interés legítimo y la incapacidad temporaria de la paciente, compareció ante la justicia. Solicitó que se dispusiera, como medida cautelar destinada a preservar el supremo valor de la vida humana, una orden para que el establecimiento, donde se hallaba la paciente, cumpliera todo tratamiento aconsejado por la ciencia médica, a fin de salvaguardar la vida, aun cuando mediare oposición a su cumplimiento.

En razón del interés legítimo del peticionante, la extrema urgencia de la medida peticionada y la imposibilidad de remitirse al juez de turno competente para la misma, el magistrado actuante ordenó el 7 de agosto de 1975 al director de la clínica, que procediese inmediatamente a aplicar a la paciente todos los tratamientos que la ciencia médica aconsejara para preservar su salud, inclusive la transfusión sanguínea.

Dos días después de ordenada la medida, la paciente y su marido, en una declaración ante escribano público, manifestaron la oposición a que se introdujera sangre en el organismo de la primera, como creyentes y obedientes de principios bíblicos, exigiendo que se respetase su libertad de adoración, de acuerdo con la Constitución Nacional. También aludieron a la libertad de escoger personalmente el tratamiento médico que creyeran conveniente. Todo lo sostenían, aun cuando mediare riesgo de muerte, asumiendo la responsabilidad de esa decisión y liberando al médico, personal y directivos de la clínica.

El médico forense examinó a la paciente, a fin de informar si había sido sometida al tratamiento aconsejado. Este dictaminó que el tratamiento efectuado había sido presuntamente el que convenía para salvaguardar la vida de la paciente, aunque a su criterio había sido incompleto, ya que consideraba necesario proceder mediante transfusiones sanguíneas acordes con la técnica habitual.

El cónyuge de la paciente, en escrito ratificado por ésta, pidió el levantamiento de la medida cautelar. Manifestó que tanto él como la esposa eran Testigos de Jehová y que por tal razón y, por así entender las Sagradas Escrituras, se abstendían de admitir sangre en sus organismos. Reservó la vía del recurso extraordinario por violación de la libertad de culto y de elegir tratamiento médico, e hizo saber que se estaban utilizando otros tratamientos médicos adecuados.

En consideración al estado de la causa y, subsistiendo a criterio del juez las razones que decidieron disponer las medidas cautelares ordenadas, el 13 de agosto de 1975 decidió mantenerlas, sin perjuicio de lo que resuelva al efecto el juez de turno, a quien se remitiesen.

En ambos casos (el primero de ellos es el de *Bahamondez* y, para el segundo de los casos recomendamos la lectura de un artículo de Guastavino publicado en L.L. 1976 A pag. 1), se presentó, pues, igual particularidad. Por una parte, un

evidente peligro de muerte para cuya superación era necesaria la transfusión de sangre; y, por otra parte, no ya una falta de consentimiento o incapacidad de la persona para prestarlo, sino la expresa oposición a aceptar la transfusión sanguínea.

Otro caso relevante, es el de autos *Doña María Ester Guman de Maldonado c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas*. (P.J.Pcia. de Bs.As. Morón 19 de Febrero de 1993; expediente número 38266). La actora se hallaba internada en dicho hospital, cuando las autoridades del nosocomio solicitaron una autorización judicial, a fin de proceder a efectuar una eventual transfusión de sangre, en razón de la negativa de la paciente a efectúarsela.

El juez, luego de dialogar con la paciente, entrevistó a su esposo –don Antonio Maldonado–, quién, en conocimiento de la situación, manifestó que autorizaba se practicasen en su cónyuge las transfusiones de sangre que ésta rechazaba.

Como consecuencia, la actora, de manera explícita fundada y razonada dio a conocer los motivos de conciencia que llevaban a oponerse a la práctica de las transfusiones, al punto tal que sentiría su ejecución forzada como un auténtico agravio a su dignidad humana.

El planteo se vincula sustancialmente con la dilucidación de cuestiones constitucionales, toda vez que se produce un *aparente* enfrentamiento entre la obligación de los médicos a fin de conservar la salud y el derecho personalísimo de conservar la integridad y dignidad personales, que incluye tanto su dimensión corporal, cuanto sus aspectos –cualitativamente más valiosos– psíquico y espirituales. Dado el basamento ético religioso que se suministra del tema, asociase también el derecho a la libertad religiosa y a la indemnidad de la propia conciencia.

Dicha colisión de deberes y derechos, es puramente aparente, toda vez que, el plexo que de aquellos reconoce la Constitución, constituye un todo armónico donde la realización de los unos viene sujeto a la afirmación de los otros.

El juez se pregunta hasta que punto la coacción jurisdiccional puede imponerse sobre la voluntad de los particulares. Establece que no se trata de que cada particular sea arbitro de su propio destino, sino de contener el avance del Estado sobre la vida privada, sobre todo cuando la resistencia de estos no es irracional, sino fundada en aceptables razones de conciencia.

Basándose en todo lo antedicho, el juez revocó la sentencia anteriormente fallada por éste, en la cual autorizaba a la práctica de transfusiones en la paciente. Debemos aclarar que el Juez, tiempo antes de dictar la sentencia comentada, ya se había pronunciado autorizando la práctica de transfusiones. Luego de la visita de la paciente, su médico y su abogado, y escuchados sus fundamentos, el magistrado decidió revocar su propia sentencia pronunciándose nuevamente.

En el ámbito de la jurisprudencia extranjera, tiene gran importancia el caso *Malette v/ Shulman*. En Junio de 1978, G. Malette fue llevada al Hospital del Distrito de Kirkland Lake, inconsciente y sangrando por la nariz y la boca, víctima de un choque que causó la muerte de su marido.

Shulman, médico de la familia, la examinó y determinó que tenía severos daños en la cabeza y su rostro. Ordenó se le inyectara *ringer's lactate*, pero diagnosticó que

si esta solución no elevaba la presión de la sangre, era necesario que se le practicara una transfusión.

Dentro de los efectos personales de Malette, se encontró la tarjeta que identificaba su pertenencia al culto Testigos de Jehová, expresando su deseo de no recibir transfusiones de sangre.

Dado que el estado de la paciente se tornó crítico, el médico transfundió, por no estar íntimamente convencido de que la tarjeta encontrada revelara los deseos de Malette.

Como consecuencia, Malette presentó un acusación contra Shulman, el Hospital y el Director, por negligencia y por violación a sus convicciones religiosas.

La Corte de Apelación desestimó las acusaciones, salvo las dirigidas a Shulman. Este, no fue penado por negligencia, ya que su actuar fue considerado profesional y justificado. Sin embargo, fue condenado a pagar una multa por haber violado los derechos de la paciente sobre su propio cuerpo y haber vulnerado sus convicciones religiosas.

Como conclusión final y, a la luz de los análisis realizados, observamos que existe una tendencia mayoritaria, tanto en los fallos nacionales como extranjeros, a respetar la autonomía del paciente. Así, remitiéndonos, una vez más, a un caso clave como es el de *Bahamondez*, encontramos que los jueces, aun arribando a la misma conclusión, vuelven a dividirse en su fundamentación. Por un lado, aquéllos que se basan fundamentalmente en la existencia de un ámbito de acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados (artículo 19 de la C.N.). Por otro lado, aquéllos que sostienen el derecho a la libertad religiosa (artículo 14 de C.N.).

Todo lo que antecede plantea numerosos interrogantes: ¿Cómo debe ser el comportamiento del médico ante un paciente que se niega a tratarse, interponiendo sus creencias religiosas o valores morales?; ¿Prevalece la voluntad del médico, fundada en el juramento hipocrático, por el cual se eleva la vida como valor supremo por encima de cualquier otro, o en cambio, la voluntad consciente del paciente terminal; ¿Varía la consideración, si el paciente es capaz o incapaz?; ¿Mayor o menor?; ¿Merecen todos los casos igual consideración?; ¿Sería diferente la solución, en el caso, por ejemplo de un hombre padre de hijos pequeños.... de una mujer embarazada?

Si bien parece complejo brindar una respuesta adecuada, a lo largo de este trabajo procuraremos obtener una solución.

C) Doctrina

Siguiendo con nuestro desarrollo, encontramos numerosos autores que se han pronunciado acerca del tema en cuestión. Así, por ejemplo, Guastavino, tras efectuar un interesante desarrollo del mismo, reafirma la regla básica: "La voluntad del paciente es soberana en cuanto a su libre determinación de someterse o no al acto médico".

No obstante, el jurista santafesino, distingue dos especies de actos que pueden generar el obrar del médico:

1) Las operaciones quirúrgicas delicadas y complejas, cuyo éxito final es difícil de asegurar;

2) Las vacunaciones, transfusiones y, en general, todo tratamiento terapéutico aconsejado por la ciencia médica, para evitar la muerte del paciente, dé éxito probable o seguro.

En relación con las intervenciones quirúrgicas, considera que, si el enfermo se encuentra lúcido, no es posible llevar a cabo el acto médico en contra de su voluntad.

Por el contrario, si el enfermo se resiste a tratarse, encontrándose en peligro de muerte, y las terapias necesarias no ocasionan mayores riesgos y molestias, sería factible la imposición de la asistencia, pues de otra manera se convalidaría una suicidio indirecto. Guastavino incluye, entre este tipo de terapias comunes, las transfusiones sanguíneas.

En el mismo sentido, Bueres se pronuncia acerca del art. 19 inc. 3 de la ley 17.132. Esta ley versa sobre el "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración", con aplicación en la Capital Federal y territorios nacionales.

El art. 19 inc. 3 de esta ley establece: "Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de los que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de accidentes, tentativas de suicidios o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconciencia o la gravedad del caso no admitiere dilaciones. En casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz".

Bueres afirma que la interpretación del artículo se realiza de la siguiente manera:

En el supuesto de que el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, absolutamente lúcido, y se opone a someterse a la actividad médica, el facultativo no podrá desconocer la voluntad de aquél ni ella podrá ser suplida por una autorización judicial. Sostiene que en dicho artículo se alude a las posibilidades de prescindir de la voluntad del paciente cuando éste no se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, tal como establecen las hipótesis allí mencionadas.

Por su parte, Hervada, en *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, establece que al ser éste un problema jurídico, es necesario una tipificación correcta de los hechos. Se pregunta, si el caso del enfermo que se niega a recibir una terapéutica por error acerca de su moralidad, es un suicida.

Explica que el suicidio puede cometerse por acción o por omisión. Suicida es quien tiene intención de perder la vida.

Bien establece Hervada, que el suicidio es una conducta moral y un tipo jurídico. De aquí se sigue, que no es suicidio el caso de un sujeto, que en cumplimiento de un deber moral, no rehúye del peligro inminente de muerte, y como consecuencia pierde la vida. "En este caso –dice– no existe intención de matarse, sino simple aceptación de la muerte, de la que al sujeto le resulta imposible (moralmente, aunque no fácticamente) huir". También podría considerarse, que

dejar morir al paciente por respetar sus convicciones morales o religiosas, configuraría un "homicidio".

Para que exista homicidio, debe haber una voluntad de muerte.

Hervada, prosigue su desarrollo, reconociendo a la libertad de conciencia como un derecho natural. Advierte en dichos derechos una dificultad: todos ellos encuentran su raíz y fundamento último en la dignidad de la persona humana, por ende, están relacionados entre sí de manera tal, que pretender una nítida distinción, resulta poco menos que imposible.

En el caso de la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová, encontramos una disyuntiva entre distintos derechos humanos: por un lado el derecho a la vida, a la salud e integridad física y, por el otro, los derechos. Así comenta Hervada:

"Si el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física se refieren especialmente a la existencia e integridad antropológicas del hombre, los derechos a las libertades de pensamiento, de conciencia y religión son debidas al hombre en su dimensión de ser racional. Protegen a la dignidad humana en cuanto se refiere al mundo del espíritu, o sea, al ámbito de racionalidad proyectado en el obrar humano".

"Es evidente –ha escrito Viladrich– que, desde el ángulo esencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser humano como persona. Y éstas son aquellas que reflejan su naturaleza de ser racional".

"La raíz del dominio que el hombre tiene sobre su ser esta en su racionalidad (...) Por lo tanto, si es la raíz del dominio, la esfera de racionalidad constituye lo más íntimamente suyo del hombre, el más fundamental campo de dominio y, por tanto, de derechos naturales o inherentes a su condición de persona. Este es el fundamento común de los derechos a la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia".

Como podemos observar de la lectura de los párrafos anteriormente citados, la libertad de conciencia se encuentra dentro de la dimensión racional del hombre. Pero esto nos llevó a preguntarnos: ¿qué es la conciencia?

Hervada niega que la conciencia sea una potencia o un sentimiento, y la define entonces diciendo:

"Lo que llamamos conciencia es el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentra el hombre (...) La conciencia es el dictamen o juicio de la razón práctica de la persona acerca de la moralidad de una acción que va a realizar, está realizando o ha realizado. Se trata, pues, de un juicio personal".

De acuerdo a lo expresado y, retomando el tema en análisis –la negativa del paciente Testigo de Jehová a recibir una transfusión– Hervada, luego de una profunda valoración, establece las siguientes conclusiones:

1) Tratándose de acciones suicidas, homicidas o que atacasen directamente a la salud o integridad propias o ajenas, la acción debería ser impedida y, caso de realizarse debe ser castigada, tanto en su autor como en sus cómplices o cooperadores, con las indemnizaciones a que hubiere lugar.

2) La particularidad que presenta el rechazo de una terapéutica por error moral, consiste en que el enfermo que opone a ella objeción de conciencia, no crea un supuesto de suicidio, sino un caso de actitud moral que, en tanto que es invenciblemente errónea, resulta irreprochable. No hay atentado directo a la vida, porque el deber moral de conservarla cede ante el deber de conciencia de rechazar la terapéutica que se cree ilícita.

3) Si ante la objeción de conciencia los médicos y familiares no aplican la terapéutica, obran respetando la libertad de conciencia del enfermo, no sólo no cometen ningún acto injusto, sino que obran conforme a lo que postula la justicia. No respetar la objeción de conciencia, imponiendo la terapéutica, sería un acto injusto, frente al cual el enfermo tendría derecho al amparo judicial.

4) Si el médico se encuentra con el enfermo en estado de inconsciencia, aunque sepa o sea advertido del ideario o credo moral del enfermo, debe aplicar la terapéutica, pues no habría en este supuesto lesión a la conciencia del enfermo, por lo que tampoco habría lugar a acciones judiciales posteriores contra el médico.

5) Cuando los objetores de conciencia son los representantes legales del enfermo, debemos distinguir distintos supuestos:

– la negativa de los representantes a la autorización de la aplicación de una terapéutica, no está amparada por la libertad de conciencia de dichos representantes legales; por lo tanto la autorización debe ser suplida por el órgano público competente.

– si se trata de un menor con uso de razón y capaz de juicios morales, proporcionados a la decisión necesaria para el caso, debemos distinguir:

a) si tiene las mismas convicciones morales que sus representantes legales y la aplicación de la terapéutica lesiona su conciencia, la misma no debe aplicarse.

b) si los representantes legales no tienen objeción de conciencia y, en cambio, la opone el paciente, debe respetarse su decisión.

c) si el menor enfermo con uso de razón no tiene objeción de conciencia contra la terapéutica, como la tienen sus padres o cuidadores legales, debe aplicarse la terapéutica.

D. Apreciaciones personales

Luego de nuestro estudio del tema, el cual incluye entrevistas, jurisprudencia, opiniones doctrinarias, artículos de revistas del ámbito médico, jurídico, ético y religioso, nuestros interrogantes iniciales parecen esclarecerse e ir hallando su respuesta. Todas ellas aunadas nos proporcionarían la posibilidad de llegar a una conclusión final.

El primer interrogante que resulta clave para un avance ulterior es: ¿Tiene derecho el paciente Testigo de Jehová para negarse a ser transfundido? Si lo tiene, ¿qué clase de derecho es éste? No cabe duda que tiene ese derecho. Ese se

¹ Disidencia de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano al fallo "Bahamondez"

encuentra consagrado en la propia Constitución Nacional a través del derecho a la libertad religiosa (art.14 C.N.). Aun más, tal como se encuentra expresado en la disidencia de los Dres. Boggiano y Cavagna Martínez en el fallo *Bahamondez. la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia*, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros y otros aspectos del bien común. Si bien, la objeción de conciencia se encuentra indirectamente comprendida en el artículo constitucional antes citado, está más directamente respaldado por el artículo 33 C.N.:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”.

Como todos sabemos, nuestra Ley Fundamental es un catálogo de derechos en el cual nos fundamentamos tales como el derecho a la vida, honor, integridad no se encuentran explícitamente consagrados. Ello se debe a que los constituyentes los creyeron demasiado obvios como para transcribirlos. Sin embargo, siete años después, en 1860, la convención porteña creyó necesaria su inclusión en un artículo –con antecedentes en la Enmienda IX de la Constitución de Estados Unidos– que determina su ineludible consideración.

No obstante, sostenemos que aunque este artículo no se encontrara en la C.N., estos derechos resultarían innegables pues son inherentes a la condición humana y hacen a la dignidad del hombre.

Volviendo a la objeción de conciencia, debemos reconocer en ella un derecho natural que nace y muere con todo individuo sin que pueda ser separado o privado del mismo por autoridad alguna (en el caso de los menores e incapaces cabe resaltar que no lo ejercen por sí mismos sino a través de sus representantes legales). Es por su carácter de tal, que constituye un derecho del hombre anterior al estado mismo. A aquellos que nos nieguen esta consideración les preguntamos: ¿Es entonces, el estado, quien otorga estos derechos? ¿Está, por lo tanto, facultado a quitarlos a su antojo?.

Consideramos que llegar a este extremo sería sumamente peligroso y por otro lado daría al estado un carácter paternalista. Así, tendría autoridad para disponer de la vida, muerte y cada actividad particular de todos y cada uno de los individuos.

Resumiendo, por todo lo antedicho, reconocemos la libertad religiosa como un Derecho *INVOLABLE*. Negar dicho derecho a los Testigos de Jehová, sería negar un aspecto inherente a su condición humana y más aún ir en contra de los principios básicos de nuestro sistema democrático. Tal como se dijo en el fallo *Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich Gerardo y otros* (sentencia del 7 de julio de 1992), se afirmó que la defensa de los sentimientos religiosos forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución.

Teniendo en cuenta lo explicado, ahora nos cuestionamos: siendo el derecho

² Fallo “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Gerardo Sofovich y otros”

a la vida un derecho natural y el de la libertad religiosa de igual clase. ¿existe una jerarquía entre ambos?

Empecemos por recalcar que el hombre es una unidad substancial de cuerpo y alma. Si bien éstos se hallan unidos íntimamente de manera tal que no puede entenderse el uno sin el otro, reconocemos la primacía del alma por sobre el cuerpo. El alma, de naturaleza espiritual, constituye la forma del cuerpo por el cual el hombre es lo que es. Esto no significa que deseemos llegar a posiciones extremas propias de un espiritualismo exagerado tal como el de Platón que concibe a las ideas como existentes en sí mismas con independencia de la materia. Tampoco, queremos llegar como, hoy en día se observa, a posturas que ven en lo material algo pecaminoso. Esto nos lleva a la reflexión de que el mal no tiene naturaleza óptica ya que Dios es infinitamente perfecto y bueno y las cosas son buenas justamente por el hecho de ser creadas por El y así ser partícipes de su perfección y bondad.

Al hombre, le ha sido otorgada una jerarquía especial con relación al resto de los seres ya que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Por ende, ha sido dotado de una vida espiritual muy superior a la vida temporal, que si bien no la niega la supone.

Todo lo que antecede nos lleva a reconocer que no se puede *sacrificar el alma para salvar al cuerpo*. Si bien valoramos la intención de los médicos de salvar la vida, dando así fiel cumplimiento a su juramento hipocrático, en realidad por tratar de solucionar un daño físico, están provocando uno espiritual mucho mayor.

Frente a aquéllos que se opongan, sosteniendo que no podrían respetar la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre por considerar que son ellos quienes están obrando mal, claro es Hervada en su respuesta: "Si un ordenamiento jurídico extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre la terapéutica –como en el caso de los Testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre– necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigadas (salvo la obligación de los médicos y personal sanitario de manifestar anteceditamente su objeción de conciencia y no impedir, entorpecer o interrumpir el tratamiento impuesto y aplicado por otros. Si importantes son las libertades de pensamiento y religiosa, en lo que a la profesión de idearios se refiere, para que el hombre se realice según la libertad que le corresponde., más importante si cabe es la libertad de conciencia, ya que, en último término, el hombre obra como persona cuando obra según su conciencia".

Tratando de responder sintéticamente al interrogante formulado establecemos que si existe una jerarquía entre ambos derechos. Primeramente digamos que el derecho a la vida, si bien es un derecho natural, se encuentra internamente vinculado al cuerpo mientras que el derecho a la libertad religiosa lo hace con el alma. Como consecuencia, en caso de que exista una confrontación entre ambos derechos debe primar este último. Encuentra en esto justificación, la posición del Testigo de Jehová que antepone su fe a su propia vida. De lo contrario, ¿qué sentido tendría la vida de una persona si para mantenerla debiera ir contra sus más íntimas convicciones?

³ Hervada. "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica".

Otra pregunta interesante que surgió luego de nuestra asistencia a la reunión de la Comisión de Bioética en el Ministerio de Salud y Acción Social es si, realmente los médicos ¿deben atribuirse la responsabilidad de la vida y la muerte de sus pacientes?

La respuesta a este interrogante surgió claramente unos días más tarde, luego de nuestra entrevista al Sr. Director de la Asociación de los Testigos de Jehová, Mario Menna.

Es valioso recordar las luminosas palabras de Pío XII dirigidas en septiembre de 1952 al Congreso Internacional de Histopatología del Sistema Nervioso: "En primer lugar debe darse por supuesto que el médico, como persona privada, no puede tomar ninguna medida ni intentar ninguna intervención sin el consentimiento del paciente. El médico no tiene sobre el paciente sino el poder y los derechos que éste le dé, sea explícita o aunque sea implícita y tácitamente. El paciente por su parte no puede conferir más derechos que los que el mismo posee. El punto decisivo de este debate es la licitud moral del derecho que el paciente tiene de disponer de sí mismo. Aquí se alza la frontera moral de la acción del médico que obra con el consentimiento de su paciente..".

Hoy en día, vemos que los profesionales de la medicina tienden a atribuirse mayor responsabilidad que aquélla que realmente les cabe. Si el paciente tiene un innegable derecho a elegir el médico y la clínica donde tratarse esto no significa que mediante dicha elección ceda todos sus derechos poniéndose a entera disposición de lo que el profesional decida. Por el contrario, una persona puede negarse a la aplicación sobre sí del tratamiento prescrito en virtud de sus íntimas creencias religiosas y morales. No obstante, sabemos que ningún derecho es absoluto. En este caso, la limitación del mismo se halla en no vulnerar los derechos de terceros ni el justo orden público.

A parte de o anteriormente expresado, también debemos considerar que el marco jurídico que rige la relación médico paciente establece entre ellos un contrato de locación de servicios. Como en todo contrato, las partes pueden establecer libremente sus cláusulas. En esto estaría incluida la posibilidad por parte del paciente Testigo de Jehová de acordar con su médico, como cláusula del contrato, el no ser sometido a transfusiones de sangre, sea cual fuere la situación en que se encontrare, reemplazando dicho tratamiento por cualquier otro de alternativa.

Otra muestra del predominio de la autonomía del paciente es la posibilidad de rescindir dicho contrato. En efecto, el paciente puede hacerlo en cualquier momento y aun pretender una discontinuidad no permanente; en cambio, el médico debe contemplar la inexistencia de peligro para la salud o la vida, la posibilidad de continuidad de atención médica al alcance del paciente sin poder invocar, como equivocadamente a veces se cree, ni siquiera su *amor proprio profesional frente a la desobediencia* dado que el paciente está aceptado con todo y no solo con su enfermedad.

Esta perspectiva jurídica no desvirtúa la relación de confianza y afecto que generalmente se establece entre el médico y su paciente.

Creemos de este modo que queda claramente respondida la pregunta formulada en un principio. El médico no tiene la responsabilidad sobre la vida y muerte

del paciente. Ante aquellas personas que se opusiesen a nuestro punto de vista les preguntamos: Si el médico se considera responsable cuando no aplica la transfusión al paciente Testigo de Jehová y de esta manera permite su muerte. ¿no sería igualmente responsable si al aplicar el tratamiento el paciente muere?.

Un cuarto aspecto que sostenemos es necesario aclarar es que la actitud del Testigo de Jehová no puede equipararse a un suicidio lentificado tal como lo califico la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en el fallo *Bahamondez*. En primer lugar, la voluntad del Testigo de Jehová no puede ser caracterizada como una vocación suicida sino como un explícito deseo de vivir pero de conformidad con las propias convicciones personales y/o religiosas con las cuales puede, eventualmente interferir alguna práctica terapéutica.

Muchos verán en este argumento un una vía abierta a la eutanasia. Pero para desilusión de aquéllos que creyeron encontrar en nuestra posición un arma para defender su supuesto "*derecho a morir en paz*", reafirmamos lo contrario. *UNA COSA ES DESEAR DIRECTAMENTE LA MUERTE Y OTRA MUY DISTINTA ES QUE POR DEFENDER LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS O MORALES, UN SUJETO PUEDA MORIR*".

Claramente, esta diferencia es explicada por los Dres. Boggiano y Cavagna Martínez en su disidencia en caso *Bahamondez* (considerando 14). Ellos, fundamentándose en el principio según el cual "nadie puede legalmente consentir que se le infrinja un serio daño corporal", invisten al estado de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como consumo individual de estupefacientes, la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes sin una finalidad terapéutica.

Debemos resaltar, dado el creciente incremento de la toxicomanía en el mundo actual, que el Estado tiene la inminente función de preservar la salud pública. De modo tal que bajo ningún punto de vista puede aceptar que un individuo consuma estupefacientes provocándose un serio daño corporal. Pero aun más y para refutar una acusación apresurada de paternalismo estatal, diremos que no sólo el estado protege al individuo sino que pretende resguardar al resto de la sociedad de los posibles daños que los drogadictos puedan provocarles.

Como se manifiesta a lo largo de esta conclusión, nosotros hemos puesto marcado énfasis en el respeto que debe existir, por parte de los médicos, a la voluntad del paciente de rechazar una terapéutica por razones de conciencia. Sin embargo, y tal como lo establece Hervada –opinión a la cual nos adherimos–, esto no quiere decir que la decisión del Testigo de Jehová sea considerada moralmente buena. Es más, esto escapa al propósito de nuestro estudio. A pesar de ello, podemos citar nuevamente a Hervada, quien lo explica en claras palabras: "El enfermo que opone a la transfusión objeción de conciencia, no crea un supuesto de suicidio, sino un caso de actitud moral que, en tanto que es invenciblemente errónea, resulta irreprochable".

Por ende, más allá de que se considere la decisión de los Testigos de Jehová como buena o mala, basta con que responda a sus más íntimas convicciones religiosas, para que sea respetada su objeción de conciencia.

⁴ Disidencia de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano al fallo "Bahamondez", Considerando 14.

⁵ Dictamen del Procurador General de la Nación, Oscar Roger al fallo "Montalvo", E.D. 141-477.

Finalmente creemos que por todo lo anteriormente dicho, quedan claramente justificadas y explicadas ya nuestras razones por las que llegamos a la siguiente conclusión:

– Una persona mayor –en nuestro caso un Testigo de Jehová– lúcido, puede oponerse a un tratamiento médico, invocando sus valoraciones morales y religiosas, no obstante la prescripción médica del potencial peligro de muerte.

– Si el paciente fuese menor, es el juez quien tomará la determinación. Para arribar a la misma, deberá sopesar las razones médicas que justifican el tratamiento con la opinión de los padres del menor. Todo esto se debe a que:

“TODO HOMBRE GOZA DE UN DERECHO INHERENTE A SU CONDICION HUMANA Y POR TAL INVOLABLE QUE ES LA LLAMADA OBJECION DE CONCIENCIA” Este encuentra su freno en el orden público y los derechos de terceros y quien lo invoca debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias.

F.Análisis constitucional

En ningún momento, a lo largo del trabajo hemos olvidado nuestra condición de estudiantes de derecho, por ende, si bien analizamos temas médicos, éticos, religiosos, creemos fundamental abocarnos ahora a un examen netamente jurídico, a la luz de la Constitución Nacional.

Nuestra Ley Fundamental, en su artículo segundo establece que el gobierno federal sostiene el culto Católico Apostólico y Romano. Toma de esta maneja la invocación realizada ya en el Preámbulo, donde se alude a Dios como fuente de toda razón y justicia.

El hecho de sostener no implica adoptar por lo que se admite que todos los habitantes de la Nación puedan profesar libremente su culto (artículo 14 C.N.). La religión oficial será la Católica Apostólica y Romana así lo demuestra también el art. 76 al exigir, como uno de los requisitos para ser electo presidente, la confesionalidad católica del mismo.

Ya hemos hecho referencia a que dentro del derecho a la libertad religiosa (art. 14 C.N.) se encuentra la llamada objeción de conciencia. Esta última, también se encuentra consagrada a través del art. 33 C.N. entre aquéllos no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. Este planteamiento, a su vez, se complementa con el art. 19 C.N.. Una interpretación clara de este artículo la realiza el Procurador general de la Nación, Oscar Roger, al sostener en el fallo *Montalvo*: .. en relación directa con la libertad individual, el art. 19 de nuestra Norma Fundamental, protege jurídicamente un ámbito de autonomía particular constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, *las creencias religiosas*, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo, a lo que agregé que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, y

⁶ Dictamen del Procurador General de la Nación, Oscar Roger al fallo “Montalvo”.

que sólo podría justificarse por ley, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen". Dado que ningún derecho es absoluto este derecho a la objeción de conciencia encuentra su freno en el justo orden público y en los derechos de terceros.

Como establecemos en nuestro comentario al caso *Bahamondez*, los jueces en disidencia de nuestro más alto tribunal se dividieron en dos grupos, no obstante llegar a la misma conclusión.

Los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano fundamentan su posición en la objeción de conciencia (art. 14 C.N.).

Por otra parte, los Dres. Petracchi y Belluscio basaron su argumento en el art. 19 C.N.: "Las acciones privadas de los hombre que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por el artículo constitucional cuya transcripción precede, no existe óbice constitucional alguno para negar a Bahamondez su derecho a no tratarse.

El artículo 19 C.N. consagra para toda persona un ámbito de libertad ajena a toda intromisión estatal que lo faculta a tomar decisiones fundamentales que le concierne a ella directamente, pero que puede ser validamente limitada en aquéllos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés.

En nuestra conclusión, ya hemos hecho referencia a que el derecho a la objeción de conciencia constituye un derecho natural. También dijimos, que dicha clase de derechos, como son los naturales, se encuentran consagrados en el artículo 33 C.N.. Algunos acusan al mismo de ser extremadamente *VAGO E IMPRECISO* y sólo susceptible de una interpretación restrictiva. De aquí, que el acogimiento de la objeción de conciencia resulte dudoso.

Conforme a lo establecido por el Dr. Santiago Legarre, en su artículo *Algunos aspectos de la objeción de conciencia*, en su comentario al fallo *Portillo*, sería conveniente que el Poder Legislativo previera la posibilidad de objetar. Sin embargo, esto no quiere decir que ante la omisión normativa se pueda poner en duda la objeción alegada puesto que "estamos hablando de un derecho natural que por otra parte emana de la C.N. (art. 33 C.N.)".

Cabe preguntarse también, en razón de lo que antecede, que ocurriría de existir una previsión contraria a la objeción de conciencia. Parece claro, que esta disposición no debe ser aplicada por el juez cuando lleve a una situación manifiestamente injusta. Nuevamente, en las palabras del Dr. Legarre aclaramos:

"Si se viera necesitado de declarar inconstitucional la norma, podría hacerlo, invocando la violación del art. 33 de la Constitución Nacional".

El artículo 14 C.N., al que hemos hecho mención anteriormente, merece ahora

⁷ Disidencia de los Dres. Petracchi y Belluscio al fallo "Bahamondez"

⁸ Legarre, Santiago. Comentario "Algunos aspectos de la objeción de conciencia" (Revista U.C.A. Prudentia Iuris)

una consideración especial. Su texto dice claramente: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a saber:....de profesar libremente su culto.." Esta parte de dicho artículo tiene su correlato en uno de los objetivos establecidos en el Preámbulo: "asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

Es necesario añadir a lo expuesto, lo que dice la Corte Suprema en autos *Portillo, Alfredo s/ infracción art. 44 ley 17.531*, sólo que en este caso la objeción de conciencia surge ante el precepto que establece la obligatoriedad del servicio militar. Dice la Corte: "Las libertades consagradas en el capítulo primero de la C.N. requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de deseos... Según esta concepción, en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando estos profesen cultos que la mayoría rechace"...La democracia, no sólo es una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se hubieran establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa..."

Para concluir, consideramos importante destacar la claridad de las palabras de nuestro Eximio Tribunal. Sólo nos resta decir que, dicha transcripción no hace más que ratificar una vez más, el respeto indiscutible que nuestra Corte da a la voluntad del Testigo de Jehová a rechazar la transfusión de sangre.

I. Recomendación final

Siguiendo a *Pedro F. Hooft*, la bioética puede ser definida como "el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud en cuanto que dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales"

Aunque se impone una referencia a la ética (y a la antropología filosófica), el análisis de los temas tiene que ser llevado a cabo mediante una *metodología interdisciplinaria*: ciencia (fundamentalmente medicina y biología), psicología, sociología y derecho no han de estar ausentes.

Si bien ese estudio interdisciplinario, por momentos puede tornarse difícil, a raíz de las distintas ópticas de las disciplinas involucradas, recomendamos dicho camino. Este sería necesario para que de allí puedan emerger criterios aceptables para el legislador, puesto que a éste, en última instancia le compete generar la regulación jurídica con miras al bien común, regulación que debe inexcusablemente salvaguardar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, con base en su dignidad inalienable.

Luego de la entrevista con el Sr. *Menna*, pudimos comprender lo que significa para un Testigo de Jehová recibir una transfusión sanguínea. De aquí, que creamos necesario que dentro de la comisión, los Testigos de Jehová se encuentren

⁹ Fallo "Portillo, Alfredo s/ infracción art. 44 de la ley 17.531" E.D. 133-372

¹⁰ Hooft Pedro E.D. 132-877

representados al tratar temas como el que motivo este trabajo y que les toca tan de cerca.

La actitud de los Testigos de Jehová ha tenido como resultado enfrentamientos con médicos, hospitales y tribunales. Como consecuencia, resulta imprescindible plasmar en normas generales la dilucidación de situaciones como ésta, favoreciendo no sólo a los testigos sino a los mismos médicos y en definitiva la sociedad en su conjunto.

Sabemos que hoy en día, los suministros de sangre están muchas veces contaminados. Como consecuencia, las transfusiones transmiten enfermedades, algunas de ellas mortales. Salta a la vista que nos referimos a muchas enfermedades infectocontagiosas pero con especial énfasis al gran flagelo contemporáneo que es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.). Por ésta y otras razones, muchas personas que no son Testigos dudan en aceptar transfusiones de sangre rutinarias.

Conforme a la información otorgada por Sr. Menna, se demuestra que muchas veces los cirujanos pueden operar con menos hemorragias y que en algunos casos los recuentos sanguíneos pueden descender hasta niveles de seguridad muy inferiores a los aceptados hasta ahora. Así se confirma que actualmente hay disponibles muchas alternativas que eliminan los riesgos de la transfusión.

Hacemos así nuestra recomendación a todos los médicos para que en todas las universidades de medicina del país, se dicten cursos de capacitación y actualización para profesionales en relación a estos tratamientos alternativos. Estos, como anteriormente vimos son de interés general para cualquier clase de pacientes, ya que por esta vía se evita el contagio de enfermedades por la sangre.

Generalmente, casos que involucran a Testigos de Jehová llegan a los estrados judiciales para que sean los jueces y así, no los mismos médicos, los que tomen la decisión. Nosotros sugerimos como indispensable que los magistrados antes de tomar una determinación se informen, escuchando no sólo a los médicos especialistas sino también a la otra parte. Esto es fundamental para evitar la ulterior necesidad de retractarse ante un fallo apresurado, tal como debió hacerlo el Juez Dr. Ricardo Fraga en el caso *Gumán, María Ester c/Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/autorización*. En este fallo, el juez había autorizado a pedido del marido de la paciente, la transfusión sanguínea pero luego de escuchar a esta última, debió revocar su sentencia.

Para concluir, una vez más queremos dejar en claro, que los galenos no pueden atribuirse una responsabilidad que no tienen disponiendo de sus pacientes.

En síntesis, recomendamos:

– la Comisión de Bioética debe estar integrada por profesionales de diferentes disciplinas.

– es necesario establecer normas generales que sienten la forma de proceder en casos de objeción de conciencia.

¹¹ Fallo "Gumán, María Ester c/Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/autorización". Morón, Pcia. de Buenos Aires, 19 de Febrero de 1993.

– los médicos deben actualizarse continuamente acerca de los tratamientos alternativos.

– se debe asegurar una representación bilateral de las partes ante el juez en caso de conflicto.

– los médicos *NO SON RESPONSABLES NI TIENEN AUTORIDAD PARA DIRIGIR A SUS PACIENTES.*

J. Agradecimientos

– al Dr. Carlos Alberto Navari, Médico Forense del Poder Judicial de la Nación, por el material suministrado.

– al Sr. Director del Centro de servicios de información hospitalarios de la Asociación de los Testigos de Jehová, Mario Menna, por la entrevista ofrecida.

– a la Comisión de Bioética del Ministerio de Salud y Acción Social por permitir nuestra presencia en la reunión mensual del mes de Julio.

– al Dr. Santiago Legarre, por darnos la posibilidad de asistir a la Reunión en el Ministerio de Salud y Acción Social y principalmente por haber despertado en nosotros la inquietud de profundizar el tema para realizar este trabajo.

– y a todos aquéllos que hicieron posible este trabajo.

Este libro se terminó de
imprimir en talleres Graficos **CYAN S.R.L.**
Potosi 4471 Capital Federal TE. 982 - 4426
en el mes de agosto de 1995