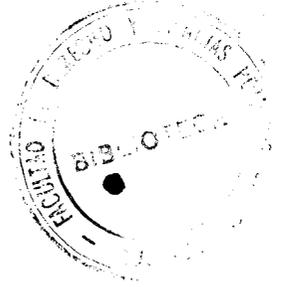


34
PMI



PRUDENTIA IURIS

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

AGOSTO 1983

La suscripción para el año 1983 (abril-agosto-diciembre) debe realizarse mediante el envío de cheque o giro postal —a la orden de Universidad Católica Argentina— y datos del interesado, a la sede de la revista: Moreno 371 (1091), Buenos Aires, República Argentina. El costo de la suscripción es de \$ 300.000 y el de cada número atrasado, \$ 100.000.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

CONSEJO DIRECTIVO:

Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:

Mons. JUAN DAN y Dr. ALFREDO DI PIETRO

Suplentes:

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

Por los profesores titulares:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO, Dr. BERNARDINO MONTEJANO
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

Suplentes:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. OSVALDO COSTALES
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

Por los Profesores no titulares:

Dr. ROBERTO PUNTE

Suplente:

Dr. ERNESTO POLOTTO

Secretario Académico:

Dr. JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

Subdirector:

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

Consejo de Dirección:

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL, Dr. ALFREDO DI PIETRO,
Dr. LINIERS DE ESTRADA

Secretario de Redacción:

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

Junta Asesora:

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA,
Dr. JUAN BARGALLÓ CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN,
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JORGE A. MAZZINGHI y
Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

SINGULAR DESENCUENTRO

Diríase que, aquí y ahora, nos encontramos en una situación paradójica; pues, mientras en el ámbito de la política estaría imponiéndose un marcado deseo de lograr una mayor solidez institucional, basada en la constitución tradicional y en el restablecimiento de hábitos cívicos —si no del todo viejos, nada nuevos, por cierto—, en el campo de las relaciones humanas y la vida social predominaría un afán de ablandamiento y de subversión que iría desde el llamado “destape” moral hasta la relajación de los vínculos y las responsabilidades que dan cohesión y firmeza a la familia, y con ella, a toda la sociedad temporal.

¿Por qué la institucionalización política habría de venir acompañada de semejante “desinstitucionalización” social? ¿Por qué el reencuentro con un sistema de gobierno estable, no librado a los vaivenes del momento, habría de coincidir con la quiebra de los principios y los valores que confieren a la sociabilidad argentina sus más relevantes notas que la caracterizan como nación?

Esta tendencia “disociadora” —para llamarla de alguna manera— se explica por las bases exclusivamente positivistas, enraizadas en el mito rousseauniano, sobre las cuales se pretende asentar el ordenamiento institucional de la República. Olvidar la primacía y las exigencias de la ley natural es siempre pernicioso, tanto en lo público como en lo privado, en lo político como en lo social; y si bien, en las actuales circunstancias, el tradicional respeto por el texto de la Constitución Nacional podría asegurar cierta estabilidad política, otras serían las perspectivas de la familia y de las demás instituciones reguladas por las leyes civiles, mucho menos respetadas y frecuentemente alteradas.

Pero lo más grave del caso es su profunda malicia, su intrínseca perversidad, ya que el conflicto planteado por semejante positivismo contra el imperio del derecho natural —expresión del querer divino— no es sino un mero aspecto de la rebeldía del hombre contra Dios. Es, en definitiva, un significativo episodio de aquella lucha a la que nos referimos en la entrega IV, comentando la célebre sentencia agustiniana: “dos amores hicieron dos ciudades, el amor de sí mismo, hasta el desprecio de Dios, la terrenal; el amor de Dios hasta el desprecio de sí mismo, la celestial”.

En su infinita misericordia, Dios traza con la ley natural, el camino por donde ha de transitar el hombre para cumplir su voluntad y vivir así ese amor que de él reclama. Obedecer la ley natural, sujetarse a ella, es obedecer a su Autor, y es condición para amarlo. Nuestro Señor Jesucristo nos lo recuerda por el Evangelista San Mateo: “no todo el que me dice Señor, Señor, entrará en el reino de los cielos, sino el que hace la voluntad del Padre mío que está en los Cielos”.

En cambio, desconocer la ley natural, prescindir de ella, es precisamente despreciar a su Autor, a Dios. ¿Y cuál otra es la actitud del hombre cuando, prescindiendo de los mandatos divinos, pretende asentar su vida personal o su convivencia social sobre su capricho o sobre reglas que él mismo elabora a su antojo, por su sola y miserable voluntad?

El dilema de San Agustín es siempre actual y permanente: Dios o el hombre. O se está con Él y con su ley, o se sirve a los pareceres o los apetitos de los hombres. La Ciudad de Dios o la Ciudad del hombre. Pero el hombre sólo puede vivir en la primera. La segunda le resulta inhabitable e indigna; en ella se degrada y se asfixia, oprimido por sus propios vicios y su podredumbre.

Aunque no piensen así los promotores de la poligamia, del divorcio, del aborto y demás expresiones de libertinaje social.

S. E.

EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

Los que la mañana del 3 de febrero asistimos a la presentación oficial del nuevo Código, tuvimos la certeza de participar en un momento histórico en la vida de la Iglesia. Y el mismo Papa, Juan Pablo II se encargó de confirmar nuestra convicción en el discurso de presentación que pronunció.

Desde el anuncio de Juan XXIII, del 25 de enero de 1959, de iniciar la revisión del Código de 1917 han pasado más de veinte años, y la Iglesia ha dedicado considerables esfuerzos con figuras de la talla del Cardenal Felici—Presidente de la Pontificia Comisión para la revisión del Código hasta su fallecimiento en 1982—, en que lo sucedió Monseñor Castillo Lara. Es así que han trabajado en dicha obra ciento cinco Cardenales, doscientos doce consultores y colaboradores de treinta y una nacionalidades, lo que evidencia la tarea meditada y organizada que representó para la Iglesia.

No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de dicho Código, pero sí intentamos dejar señaladas algunas de las líneas maestras directrices, teniendo presente que subyacen categorías y principios teológicos del Concilio Vaticano II, porque como lo recordaba Pablo VI el 17 de septiembre de 1973: "Hoy es imposible llevar adelante estudios de Derecho Canónico sin una seria formación teológica".

Nos parece justo ante todo realizar un juicio ponderativo acerca del Código de 1917, que con sus aciertos y fallas, propias de toda obra humana, ha constituido un elemento de notable trascendencia en la vida de la Iglesia en este siglo. Sin duda el paso de los años y acontecimientos de profunda gravitación eclesial como el Concilio Vaticano II, han hecho necesaria su reforma, con otros principios directivos distintos de los que movieron al legislador de 1917.

Si bien no buscamos comparar uno y otro cuerpo legal, hay un matiz diferenciador que deseamos resaltar. Mientras el de 1917 se ha centrado fundamentalmente en las cuestiones de derecho matrimonial, este nuevo Código implicará la revisión judicial de toda la actividad de la administración de la Iglesia, lo que reclama una jurisprudencia viva en consonancia con los planteos que la vida ofrece, mientras el anterior Código era interpretado por la autoridad a través de respuestas oficiales de la Comisión para la interpretación auténtica del Código.

Resultan esclarecedoras, por otra parte, las palabras de Juan Pablo II el 26 de febrero de 1983 a los prelados del Tribunal de la Sacra Rota Romana: "El Juez eclesiástico no sólo deberá tener presente que la exigencia primaria de la justicia es respetar las personas, sino que más allá de la justicia él deberá tender a la equidad, y más allá de ésta a la caridad".

Nos hallamos así ante un Código que responde en definitiva a una lectura jurídica del Concilio Vaticano II, en especial de la Constitución Conciliar *Lumen Gentium*, influencia que se evidencia hasta en la ordenación sistemática del cuerpo legal, ya que como surge del libro II, se ha elaborado un Código para todo el Pueblo de Dios.

Hechas estas acotaciones previas pasemos al contenido del Código.

En el Libro I "De las normas generales" (can. 1/203) son pocas las novedades en lo concerniente a la ley y a la costumbre, pero se destaca el nuevo impulso que se da a la actividad administrativa (can. 35/47).

Se reconoce la posibilidad de que los laicos participen en el ejercicio de la potestad de régimen (can. 129,2) y se enriquece la disciplina relativa a las personas jurídicas, al reconocerse dos clases con un diverso régimen asociativo con respecto a la jerarquía.

Nos encontramos así con una persona jurídica pública y otra privada que supone la institucionalización de recursos privados para la tarea eclesial delimitando así los deberes y derechos de estos entes que no integran la estructura oficial de la Iglesia y se rigen por sus propios estatutos aprobados por la jerarquía (can. 113/123).

Así, luego del Libro I, que sigue siendo la Parte General, se encuentra el Libro II referido a las personas bajo la rúbrica "De Populo Dei" (can. 204/746), la columna vertebral del nuevo ordenamiento.

En su inicio se destaca la participación en el Sacerdocio de Cristo que cada bautizado tiene y que lo lleva a desempeñar una tarea específica para edificación de la comunidad eclesial (can. 204).

Así se establece un estatuto fundamental común a todos los fieles, compatible con la pluralidad de Ministerios, al mismo tiempo que se estimula su participación activa y responsable en la vida de la Iglesia. Esta condición activa tiene muchos reflejos, ya que implica una misión y un ámbito de apostolado propios que se desarrollan individual o asociadamente, por lo que el fiel puede colaborar con la jerarquía y ejercer aquellos *munera* eclesiásticos para los que no requiere el Orden Sagrado.

Se genera así una responsabilidad distinta pero complementaria a la que tienen los pastores y que se explicita en algunos derechos fundamentales que el Código enumera y que constituyen, en expresión de Juan Pablo II, "como una carta fundamental" (can. 208/223).

Con acierto señala Viladrich¹ que la naturaleza jurídica primaria de estos derechos es independiente de la voluntad del legislador eclesiástico humano, ya que halla su fundamento en la voluntad fundacional de Cristo, por lo que deben ser protegidos.

¹ VILADRICH, PEDRO JUAN, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, p. 291.

De este modo al conjugarse armónicamente lo personal y lo institucional, los derechos del fiel se ubican en el contexto de la ordenación jerárquica del Pueblo de Dios.

Se lleva así a la práctica en el Nuevo Código, lo que sugería Lombardía.² “El legislador eclesiástico tiene ante sí en nuestros días como ineludible tarea, la misión de formalizar en el orden normativo los principios conciliares acerca de la posición del laico en la Iglesia”.

Aparece también regulada en este libro la Colegialidad Episcopal, que como principio que es, admite diversidad de modos históricos de concretarse como son el Sínodo de Obispos (can. 342/348) y la Conferencia Episcopal (can. 447/459). Instituciones que implican la intervención del *ordo episcoporum* con la consiguiente descentralización operada en la Iglesia después del Vaticano II, bien en la formación de las decisiones (Consulta) o en la decisión misma (voto deliberativo).

Así las bases organizativas puestas por Cristo admiten diversas opciones históricas: el Sínodo busca fomentar la unión estrecha entre el Romano Pontífice y los Obispos (can. 342) y la Conferencia Episcopal “promueve conforme a la norma del Derecho el mayor bien que la Iglesia proporciona a los hombres” (can. 447).

Asistimos a un nuevo modo de relación Iglesia Universal - Iglesia Local que con la Conferencia Episcopal reconoce a esta Institución facultad legislativa complementaria con las condiciones que señala el Código (can. 455). Como se observa, nos encontramos ante una tarea urgente que deben afrontar y solucionar los Obispos deputando personas idóneas en derecho canónico para el asesoramiento en esta labor.

Encontramos también en la Sección II de la Parte II la legislación relativa a las Iglesias particulares “en las cuales y desde las cuales existe la Iglesia Católica una y única” (can. 368). Aparecen así entrelazados por vínculos sacramentales que culminan en la Eucaristía, los fieles, los Presbíteros y el Obispo principio y fundamento visible de unidad en la “Iglesia Particular, formada a imagen de la Iglesia Universal” (Lg 23).

A su vez, del carácter sacramental del Episcopado se derivan dos importantes consecuencias: a) la función universal del Episcopado que se manifiesta en el ejercicio de un poder colegial en comunión con el Romano Pontífice y los demás miembros del Colegio (can. 375) y b) solicitud por la Iglesia Universal cuya unidad debe defender (can. 392) y que se traduce en las relaciones de cada Obispo con las Iglesias particulares.

Es interesante cómo el Código resalta la animación que debe ejercitar el Obispo en la porción del Pueblo de Dios asignada. Así “debe fomentar en la Diócesis las distintas formas de Apostolado” (can. 394), “las vocaciones a los

² LOMBARDÍA, PEDRO, *Escritos de Derecho Canónico III*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1974, p. 176.

diversos ministerios y a la vida consagrada, dedicando especial atención a las vocaciones sacerdotales y misioneras" (can. 385), "trabajando por el ecumenismo tal como lo entiende la Iglesia" (can. 383), "vigilando para que no se introduzcan abusos en la disciplina eclesiástica" (can. 392).

Entre las novedades que ofrece este cuerpo legal, nos encontramos con que el legislador de 1983 ha recibido en el articulado las prelaturas personales (can. 294/297) que representan una aplicación de los documentos Conciliares y modifican en lo más profundo la incardinación, institución relativa a la organización eclesiástica por la que el ministro sagrado se incorpora a una Iglesia particular o a una estructura pastoral para realizar su ministerio.

Así el Papa Juan Pablo II erigió la Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz y el Opus Dei en Prelatura Personal, sobre las bases de *Presbyterorum Ordinis* nº 10 y *De Ecclesia Sanctae* 1,4.

El Prelado es su ordinario propio (can. 295) y el clero de la prelatura proviene de los laicos incorporados a ella, por lo que no se sustraen de las Iglesias locales.

Cabe añadir que el laico incorporado a la prelatura no modifica su propia condición personal de corriente laico que desarrolla su trabajo y apostolado en los ambientes propios de la sociedad.

La Parte III está dedicada a la vida consagrada y en los cánones preliminares se indican sus elementos básicos y constitutivos, conjugando así el seguimiento de Cristo por la profesión pública de los consejos evangélicos con la observancia fiel de la voluntad de los fundadores (can. 578).

Si bien junto con los elementos jurídicos aparecen otros teológicos y bíblicos, el Código busca proteger fundamentalmente la vida consagrada, definiendo la personalidad jurídica de los institutos y su capacidad jurídica y especificando los derechos y obligaciones propios de la vida consagrada, tanto en su aspecto interno como en relación con los demás miembros de la Iglesia.

Por ello se ha buscado tutelar la personalidad eclesial de la vida consagrada mediante un justo equilibrio entre derecho común y derecho propio, teniendo presente que "corresponde a la autoridad competente de la Iglesia interpretar los consejos evangélicos, regulando con leyes su práctica y determinando mediante la aprobación canónica las formas estables de vivirlos" (can. 576).

En sintonía con el propósito del legislador de 1983 de simplificar y evitar toda superposición de normas, se pide que en el código fundamental o constitución de cada instituto "si bien se han de armonizar convenientemente los elementos espirituales y jurídicos, no deben multiplicarse las normas sin necesidad" (can. 587,3).

El antiguo libro "sobre las cosas" se ha dividido entre: el libro 3º sobre el Magisterio con 87 cánones, otro libro, el 4º sobre los sacramentos con 420

cánones, dentro del cual se halla la legislación matrimonial, y el libro 5º, con 57 cánones referido a los bienes temporales de la Iglesia.

Así en el Libro III, "La función de enseñar de la Iglesia", se concentra el ministerio de la Divina Palabra, la acción misionera de la Iglesia, la educación católica (escuelas, universidades católicas y eclesiásticas) y los instrumentos de comunicación social (régimen de libros y catecismos).

Queremos destacar entre las novedades de este libro el Título II, "De la Actividad Misional de la Iglesia", en el que se reafirma el deber misionero del Pueblo de Dios.

Ya el Papa, en el discurso de presentación del Código, se refiere explícitamente a su índole misionera al señalar: "la función de la ley, en cuanto tal, incluso en su formulación externa, en la vida de la sociedad *sui generis* fundada por Nuestro Señor Jesucristo para seguir en todo el mundo a través de la Iglesia su obra salvífica".

El Código afirma con precisión: "toda la Iglesia por su misma naturaleza es misionera (can. 781), correspondiendo al Romano Pontífice y al Colegio Episcopal la coordinación de la actividad misionera" (can. 782), "tarea en la que deben colaborar también los miembros de los institutos de vida consagrada" (can. 783).

Así en distintas normas directivas en este tema se destaca la importancia de los catequistas (can. 785), el método a seguir por los misioneros para dar a conocer el mensaje evangélico (can. 787), la regulación del catecumenado (can. 788) y lo que estimamos de mayor relevancia: se insta a formar a los seminaristas en el espíritu misional (can. 245), al mismo tiempo que se pide se les enseñe las necesidades de la Iglesia Universal (can. 256).

Cabe consignar la preocupación del ordenamiento para que haya "Universidades o al menos facultades, en las que con respeto de su autonomía científica se investiguen y enseñen las distintas disciplinas de acuerdo con la doctrina católica" (can. 809).

Esta tarea de la Iglesia que sale al encuentro de la cultura de nuestro tiempo, pretende devolver el alma cristiana a tantos ámbitos del saber, permitiendo así al hombre contemporáneo realizar la tan buscada síntesis entre fe y vida. Y es por ello que, aun en las Universidades no católicas, se pide al Obispo que haya centros universitarios católicos que proporcionen ayuda, sobre todo espiritual, a la juventud (can. 813).

El Libro VI, "De la Función de Santificar de la Iglesia", comprende todo el derecho sacramental, incluido el culto divino y los lugares y tiempos sagrados.

Centraremos nuestro análisis en la legislación matrimonial que abarca 110 cánones (can. 1055/1165), pero ya en el canon 835 encontramos una orientación luminosa que debe destacarse por representar la plena incorporación de la doctrina conciliar sobre este sacramento. Dice el citado canon: "...en la función de santificar participan de modo peculiar los padres, impregnando

de espíritu cristiano la vida conyugal y procurando la educación cristiana de sus hijos”.

Como vemos, se toman como punto de partida ciertas expresiones de *Gaudium et Spes* n° 48 y se emplea, como advierte Lombardía, una expresión más enraizada en la tradición bíblica que en la jurídica al decir que el matrimonio es una alianza.

Es en virtud del principio de descentralización que se distingue lo que es derecho común para toda la Iglesia latina, dentro de lo que se encuentran los principios fundamentales de la institución, la capacidad de contraer, la forma y el régimen del consentimiento, y se remite al derecho particular lo concerniente a las diligencias previas a la celebración y a la preparación de los contrayentes para el matrimonio.

En materia de impedimentos desaparecen los llamados impedientes y respecto de los dirimentes anotamos las siguientes innovaciones (can. 1073/94). Se facilita lo relativo a la dispensa, quedando reservado a la Santa Sede solamente la de tres impedimentos: Orden Sagrado, Voto público perpetuo de castidad en Instituto Religioso y Crimen.

Además se suprime el parentesco espiritual y en el cómputo del parentesco se abandona el criterio germánico para adoptar el romano.

En lo concerniente al consentimiento matrimonial, se advierten los tres supuestos del canon 1095 que sintetizan las perturbaciones que impiden contraer matrimonio. También se ha regulado el error (can. 1097), surge el dolo (can. 1098) como capítulo autónomo de nulidad y se amplía el radio de acción de la simulación como causa invalidante del matrimonio (can. 1101).

En cuanto a la forma, hay que señalar lo que expresa el canon 1111, que faculta al ordinario del lugar y al párroco para delegar a sacerdotes y a diáconos la facultad, incluso general, de asistir a los matrimonios dentro de los límites de su territorio.

Señala con acierto Feliciani³ “que de la concepción católica del matrimonio y de la relativa disciplina canónica emerge con claridad ese complejo de derechos y deberes que constituye el *status* personal de los fieles que han celebrado dicho sacramento”.

El Libro V titulado “De los Bienes Temporales de la Iglesia” se refiere al derecho patrimonial y para ello ha tenido presente el modelo evangélico en la redacción de sus normas. Es así, que se establecen esquemas simples de administración patrimonial en los que está ausente todo intento de explotación lucrativa y sólo se busca “sostener el culto divino, sustentar honestamente al clero y sus ministros, y hacer las obras de apostolado sagrado y de caridad, sobre todo con los necesitados” (can. 1254).

³ FELICIANI, GIORGIO, *Elementos de Derecho Canónico*. Versión española de Eduardo Molano, Pamplona, Universidad de Navarra, 1980, p. 134.

Nos encontramos con remisiones que el legislador efectúa a la ley civil para la adquisición de los bienes temporales (can. 1259).

Por otra parte se recuerda a los fieles el deber de ayudar a la Iglesia en sus necesidades, mediante las subvenciones que se le pidan (can. 1262).

El Libro VI, "De las Sanciones en la Iglesia", nos pone frente a un complejo tema como es el de la existencia de un derecho penal en la Iglesia.

El fundamento de la legalidad de la pena en el complejo divino-humano que es la Iglesia, como recuerda *Lumen Gentium*, radica en la exigencia de la misma comunidad eclesial de defenderse de todo lo que amenaza su existencia y su unidad. Es cierto, por otro lado, que el tipo de medidas que para lograr tal cometido tiene la Iglesia deben responder a su naturaleza y a su misión salvíficas.

Es en este sentido que el Código establece: "las penas han de aplicarse sólo en la medida en que sean verdaderamente necesarias para proveer mejor a la disciplina eclesiástica" (can. 1317).

Santos Diez⁴ observa con acierto que el Código de 1917 mostraba en esta materia no pocos defectos de contenido y forma (complejidad de todo el sistema penal, imprecisiones, multiplicidad excesiva de sanciones), todo lo que ha llevado al legislador a simplificar notablemente el derecho penal.

Se trata así en este libro todo lo relativo a la teoría general de los delitos y las penas y en la parte segunda se fijan las penas para concretos delitos (por ejemplo delitos contra la religión y unidad de la Iglesia, contra la vida y la libertad del hombre).

Se reducen a cinco, en la nueva legislación, los supuestos de excomunión *latae sententiae* reservadas a la sede apostólica y son: arrojar por tierra las especies consagradas (can. 1367); atentar físicamente contra el Romano Pontífice (can. 1370); el supuesto del sacerdote que fuera de peligro de muerte, absuelve al cómplice en un pecado contra el sexto mandamiento del Decálogo (can. 1378); el Obispo que confiere la consagración episcopal sin mandato pontificio, así como el que recibe de él la consagración (can. 382); el confesor que viola directamente el sigilo sacramental (can. 1388).

El último Libro, "De los Procesos", aporta interesantes novedades en materia procesal canónica. Así se deja establecido el propósito de acelerar el proceso canónico, por lo que el canon 1453 pide a los jueces "que las causas se terminen cuanto antes".

A su vez, en lo que hace a los encargados de administrar justicia se permite a la Conferencia Episcopal que los laicos sean nombrados jueces (can. 1421).

⁴ SANTOS DIEZ, JOSÉ LUIS, *El Derecho Penal Canónico. Derecho Canónico*, Pamplona, E. Unsa, p. 548.

Pero es en los medios idóneos para la defensa y seguridad de los derechos donde se encuentra una de las grandes novedades de todo el Código. Así se prevén recursos contra los decretos administrativos (can. 1732 y ss.) lo que se vincula con la Constitución *Regimini Ecclesiae Universae* del 15 de agosto de 1967 que establece la posibilidad de tutela mediante la apelación ante la Sectio Altera del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica.⁵

Por último, se introduce el proceso contencioso oral (can. 1656) para todas las causas no excluidas por el derecho, salvo que una de las partes pida que se siga el proceso contencioso ordinario.

Para concluir ésta, que pretende ser una introducción a los aspectos más salientes del nuevo Código, que ahora nos toca estudiar, aplicar e interpretar, no olvidemos las palabras con las que culmina Juan Pablo II la solemne presentación, en la que repite a cada uno el agustiniano "Toma, lee", "para colocar así al Código junto con las Actas del Concilio y por encima de estos dos libros poner, como vértice de trascendente eminencia, el libro eterno de la Palabra de Dios".

Pbro. ALEJANDRO GAGLIARDO

⁵ LOBINA, GIUSEPPE, *Il Diritto nel mistero della Chiesa*, Roma, Libreria Editrice Della Pontificia Università Lateranense, 1980, p. 224.

LEY, COSTUMBRE Y ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

1. *Planteamiento*

La comparación de los tit. I-IV del lib. I del nuevo *Codex* con los lugares paralelos del que fue promulgado en 1917 muestra que los cc. 7 al 22, correspondientes al tit. *De legibus ecclesiasticis* y los cc. 23 al 28, *De consuetudine*, siguen de cerca el texto del viejo Código, sin que las numerosas variantes tengan, al menos aparentemente, especial relieve. En cambio, el tit. III, *De decretis generalibus et de instructionibus* es completamente nuevo, y el tit. IV, *De actis administrativis singularibus*, ofrece un planteamiento y una sistemática innovadores, aunque parte importante de los materiales en él incluidos sean cánones del Código piobenedictino, con más o menos retoques.

Me parece, sin embargo, que una primera lectura de esos títulos del nuevo Código, abierta a una construcción técnica y hecha con la pretensión de proponer vías de solución a los muchos problemas que plantean, debe partir, no sólo del análisis de cada uno de ellos, sino preferentemente de su consideración de conjunto, desde la que puede comprenderse, no sólo el alcance de los nuevos tit. III y IV, sino también el de las modificaciones, sólo aparentemente poco significativas, que han experimentado los cánones *De legibus* y *De consuetudine*.

Como punto de partida consideraremos distintas líneas de fuerza que han operado en la reforma, cuyo impulso y recíprocas tensiones me parece que dan razón, tanto de las formulaciones claras del cuerpo legal, como también de aquellas otras que por su evidente oscuridad están necesitadas de un mayor esfuerzo interpretativo por parte de la doctrina.

2. *Codificación y noción de ley*

Para comprender el sentido de las innovaciones del *Codex iuris canonici* de 1983 en las materias que nos interesan, me parece necesario tener presente en primer lugar la tradición canónica, sometida a tensión, ya desde el Motu proprio *Arduum sane munus* del 19 de marzo de 1904, por la técnica de la codificación.

Al respecto hay que señalar que no será posible establecer conclusiones válidas acerca del nuevo Código, mientras no conozcamos bien la formación del lib. I del *Codex* de 1917. En este sentido mis actuales puntos de vista se basan en la experiencia de unos trabajos de investigación, aún no concluidos, que se están llevando a cabo en Pamplona sobre la génesis de las *Normae*

generales del Código piobenedictino.¹ Trabajos éstos que son deudores, en su planteamiento, método y buena parte de sus fuentes, de la investigación que dirige el colega Prof. Giorgio Feliciani² sobre "La codificazione del diritto canonico" (contr. CNR 78.02586. 09 e 80.01689.09).

Provisionalmente me parece, sin embargo, posible afirmar basándome en estos trabajos, que si bien los codificadores de 1917 fueron en líneas generales bastante fieles a la doctrina sobre la ley, la costumbre, el precepto, el rescripto, el privilegio y la dispensa común en los escritos de los moralistas y canonistas eclesiásticos de finales del siglo pasado, no procedieron en cambio a recoger en el *Codex* las nociones fundamentales, de índole doctrinal, de los tratados de *legibus*, acerca de la noción de ley, la *rationabilitas* del mandato legislativo, la cesación *ab intrinseco* de su fuerza de obligar o la naturaleza y función de la *aequitas*, la *dissimulatio* o la *tolerantia*.³ Tal modo de proceder resulta lógico, desde el momento en que se impuso la opinión de que el Cuerpo legal se redactara *ad formam recentiorum Codicum*,⁴ lo que obviamente hubo de llevar a prescindir de materias poco aptas a ser condensadas en fórmulas precisas y sintéticas. Como, por otra parte, en aquellos años ni se planteaban en el ámbito canónico las preocupaciones de seguridad jurídica que pueden llevar a considerar a la ley en sentido formal, el Código de 1917 prescindió totalmente del tema de la noción de ley, salvo la lacónica formulación del c. 8 & 1: *Leges instituuntur, cum promulgantur*.

En cambio, la concepción tradicional de la ley como mandato *legitimi principis* favorecía la línea codificadora, no sólo porque la codificación misma era empresa que sólo podía llevarse a cabo eficazmente por impulso del poder del Papa,⁵ sino también porque la consideración de la ley como mandato era una vía que permitía regular el delicado problema de la cesación con criterios que favorecieran la claridad en la determinación de las normas que debían considerarse vigentes. Tal criterio se impuso de hecho en la redacción de los cc. 21, 22 y 23.

Cabe preguntar si tales planteamientos del *Codex* de 1917 rompieron el equilibrio de la tradición canónica, que al mismo tiempo que afirmaba la *plenitudo potestatis*, condicionaba a su *rationabilitas* la eficacia intrínseca del

¹ Colaboran en esta investigación Félix Arocena, Claude Petit, Montserrat Urgellés, Juan Durán, Francisco Javier Elorduy, Enrique Jurado y Aurora López Jurado.

² Entre los más recientes escritos de Feliciani sobre el tema ver: "Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico", en *Studi in onore di Ugo Gualazzini* (Milano, 1982), vol. 2, pp. 35-80; "Diritto e potere nella codificazione del diritto canonico", en *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi* (Firenze, 1982), vol. 2, pp. 1093-1105; "Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente", separata de los *Annali di Macerata*, 1982, pp. 205-225. Para la bibliografía sobre la codificación canónica, ver: P. A. Bonnet, "De momento codificationis pro iure Ecclesiae", en *Periodica de re morali, canonica, liturgica* 70, 1981, pp. 303-368, especialmente nota 2.

³ Ver también Feliciani, "Diritto e potere...", cit., p. 1098.

⁴ La expresión es de la carta de Gasparri a las Universidades Católicas del 6 de abril de 1904. Ver sobre la cuestión Feliciani, "Lineamenti di ricerca...", pp. 214-218.

⁵ Ver, al respecto, las noticias y observaciones de Feliciani, "Il Concilio..." cit., pp. 61-65 y 75-78.

mandato legislativo.⁶ Aunque no estoy en condiciones de dar al respecto una respuesta clara y nítida, pueden observarse dos hechos de evidente aunque indirecta significación al respecto. En primer lugar, hay que observar que, pese al silencio del *Codex*, sus mejores intérpretes no abandonaron en sus comentarios la doctrina clásica, reflejada en la disputa entre la visión intelectualista y la voluntarista de la ley.⁷ En segundo lugar, las actitudes críticas más incisivas cara a la práctica frente al sistema del *Codex* de 1917, no se han movido en la línea de reclamar un retorno a las concepciones clásicas, sino en el impulso del principio de legalidad, a propósito del problema de las relaciones entre la ley y las *instructiones* de los dicasterios de la Curia Romana.⁸

Así las cosas, en los trabajos de revisión que han conducido al *Codex* de 1983 se ha tratado por dos vías de llegar a una noción de ley; concretamente en la génesis de los cc. 7 y 29, aunque sólo en el segundo caso tales esfuerzos hayan llegado a tener un concreto reflejo en el texto definitivo.

En el texto del c. 7 que incluye el proyecto de 1980,⁹ aparecía un inciso que, pese a algunas observaciones en contra,¹⁰ llegó hasta el proyecto de 1982.¹¹

En esa redacción, a la fórmula que aparece en el texto definitivo —*Lex instituitur cum promulgatur*— se intercalaba una frase aclaratoria, con la pretensión de al menos sugerir una noción de ley: "...norma scilicet ad bonum commune alicui communitati a competenti auctoritate data...". Indedentemente del juicio que tal fórmula merezca, resulta evidente que con ella se pretendía atender a la exigencia de identificación de las leyes por razones de seguridad jurídica; es decir, se pretendía ofrecer una noción de ley en sentido formal,¹² pero al mismo tiempo se hacía reafirmando el principio tradicional del condicionamiento de la eficacia del mandato legislativo, no sólo a

⁶ Ver L. de Luca, "Noción de ley en el Decreto de Graciano: ¿Legalidad o absolutismo?", en *Ius Canonicum* 7, 1967, pp. 65-91.

⁷ Ver por todos G. Michiels, *Normae Generales Iuris Canonici*². Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, vol. I, pp. 156-159.

⁸ Ver J. Herranz, "De principio legalitatis in exercitio potestatis ecclesiasticae", en *Acta Conventus Internationalis Canonistarum. Romae diebus 20-25 maii 1968 celebrati*. Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLXX, pp. 221-238; T. Rincon, "Actos normativos de carácter administrativo", en *La norma en el Derecho Canónico*. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona, 10-15 de octubre de 1976, Pamplona, 1979, vol. 1, pp. 959-976; L. Spinelli, *Decreta generalia contra Codicem e la potestas legislativa delle Congregazioni romane*, *ibid.*, pp. 977-986; J. Otaduy, *Un exponente de legislacion postconciliar. Los directorios de la Santa Sede*. Pamplona, 1980, pp. 170-185. En estos escritos pueden encontrarse referencias a la bibliografía anterior.

⁹ *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones...*, Libreria Editrice Vaticana, 1980.

¹⁰ Cfr.: *Relatio complectens syntesim animadversionum...* Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLXXXI, pp. 21-22.

¹¹ *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita...* Typis Polyglottis Vaticanis, 1982.

¹² La Secretaría de la Comisión, respondiendo a una observación del Card. König, decía al respecto: "*Aliqua requiritur definitio, securitatis iuridicae causa. Determinare oportet quandomam vere habeatur lex*". Cfr. *Relatio complectens...*, cit., p. 22.

la voluntad del legislador, sino también a que su contenido responda a criterios de justicia objetiva.¹³

Como es sabido, a última hora se prescindió de este inciso, con lo que la tradicional concepción substancial de la ley canónica quedaría, como en 1917, sin reflejo explícito en el nuevo *Codex*; aunque tampoco en este caso me parece que existan riesgos de una lectura positivista impulsada por el propio cuerpo legal canónico, que —aparte la objetiva fuerza de la tradición doctrinal— ha contemplado el tema de la *rationabilitas* en otros lugares (especialmente a propósito de la costumbre), ha mantenido la referencia al fin y circunstancias de la ley en materia de interpretación (c. 18) y a la equidad canónica en relación con los principios generales (c. 19). Además, al llevar al tit. *De legibus* el tema de la canonización de la ley civil (c. 22), ha situado la mención del Derecho divino como límite de ésta en un contexto aún más propicio para comprender que el Derecho divino es, no sólo una cláusula límite en relación con la actividad del legislador eclesiástico,¹⁴ sino el núcleo de la radical autenticidad del ordenamiento canónico,¹⁵ a partir del cual se desarrollan en la vida social de la Iglesia los fenómenos de positivación y formalización.¹⁶

La tradición canónica más reciente, reflejada en la interpretación del *Codex* de 1917, se hace presente también en la nueva codificación por la vía de una serie de mejoras redaccionales en los cc. 7-21 sobre las que no es posible detenernos en esta ocasión.¹⁷ Sin embargo, la noción de ley explícita en el nuevo *Codex* aparece en el c. 29, que tiene un carácter preferentemente técnico y responde a unas preocupaciones relacionadas con la tutela de los derechos y la distinción de funciones, a las que aludimos a continuación.

3. *La distinción de funciones y su incidencia en la naturaleza de los actos de la potestas regiminis: de los Principia directiva al anteproyecto De normis generalibus.*

Los trabajos de revisión del Código de Derecho Canónico dieron pruebas, ya en sus primeras fases de desarrollo, de un innegable aliento construc-

¹³ En respuesta a una observación del Card. Suenens, la Secretaría de la Comisión afirmaba: "*Fons obligationis legis est et ex eiusdem promotione boni communis et ex impositione per legislatorem. Textu schematis duplex ille fons indicatur*". Cfr. *Relatio complectens...*, cit., p. 21.

¹⁴ Cfr.: P. A. D'Avack, *Corso di diritto canonico, I Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*. Milano, 1956, p. 200. Ver también pp. 170 y 191. Para una revisión crítica de este planteamiento, ver J. Hervada, *El ordenamiento canónico. I Aspectos centrales para la construcción del concepto*. Pamplona, 1966, pp. 39-46 y 126-140.

¹⁵ Ver, P. J. Viladrich, "El *Ius divinum* como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia", en *La norma en el Derecho Canónico...*, cit., vol. 2, pp. 25-78.

¹⁶ Ver el planteamiento de Hervada en: J. Hervada-P. Lombardia, *El Derecho del Pueblo de Dios, I Introducción. La constitución de la Iglesia*. Pamplona, 1970, pp. 45-56.

¹⁷ He aludido a algunas de estas diferencias de redacción entre ambos Códigos en los comentarios a esos cc. redactados para la edición bilingüe y comentada del código de 1983, que prepara la Universidad de Navarra. Se ha ocupado del tema J. Otaduy, en su ponencia a la XVIII Semana Española de Derecho Canónico (celebrada en Madrid) sobre *Sentido de la ley canónica a la luz del libro I*.

tivo. Un claro exponente fueron los *Principia directiva*,¹⁸ en los que —con desigual acierto técnico en las formulaciones— la Comisión Pontificia se fijó unas pautas de trabajo que reflejaban al mismo tiempo una crítica ante determinadas insuficiencias del Código de 1917 y una indiscutible sensibilidad para captar algunos importantes aspectos de la incidencia jurídica de la doctrina del Concilio Vaticano II.¹⁹

De los diez puntos en los que se estructuraba aquel documento, dos de ellos, el sexto y el séptimo, tienen particular interés para el tema que nos ocupa. En el sexto se manifestaba claramente que la futura legislación debía reconocer y proteger los derechos fundamentales del fiel.²⁰ En el séptimo, a propósito de la tutela de estos derechos, se afirmaba que ésta debía aplicarse *aequo modo* a los superiores y a los súbditos,²¹ que debían distinguirse claramente las diversas funciones de la potestad eclesiástica (legislativa, administrativa y judicial) y que, en concreto, los actos administrativos podrían ser impugnados por quienes se consideraran lesionados por ellos, lo que implicaba

¹⁸ *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, que fueron discutidos y aprobados en la primera reunión general del Sínodo de los Obispos, del 30 de septiembre al 4 de octubre de 1967. El texto del documento fue publicado en *Communiones*, I, 1969, pp. 77-85. Me ocupé del tema en una ponencia sobre *Técnica jurídica del nuevo Código*, expuesta en la Semana cit. en la nota anterior.

¹⁹ La incidencia jurídica de la doctrina del Concilio Vaticano II fue objeto bien pronto de una abundantísima bibliografía. Entre los trabajos de la primera hora se destacan las actas de dos importantes reuniones científicas internacionales: "Acta Conventus internationalis canonistarum..." cit.; "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico. La Chiesa dopo il Concilio, Roma 14-19 gennaio 1970" (Milano, 1972). Di una primera impresión de mis puntos de vista en las respuestas a un cuestionario formulado por la redacción de una revista de la especialidad: "Principios y técnicas del nuevo Derecho Canónico", en *Ius Canonicum* 11 (1971), n.º 21, pp. 22-36; estas respuestas están recogidas también en mis *Escritos de Derecho Canónico*, vol. 3. Pamplona, 1974, pp. 237-259.

²⁰ "Unicuique christifidelium iura agnoscenda ac tuenda sunt, et quae in lege naturali vel divina positiva continentur, et quae ex illis congruenter derivantur ob insitam societalem conditionem quam in Ecclesia acquirunt et possident". *Principia quae Codicis...*, cit., n.º 6; loc. cit., p. 82. Sobre los derechos fundamentales del fiel, ver: A. del Portillo, *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos jurídicos*. Pamplona, 1969; P. J. Viladrich, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos*. Pamplona, 1969; P. Hinder, *Grundrechte in der Kirche. Eine Untersuchung zur Begründung der Grundrechte in der Kirche*. Freiburg, 1977; F. Retamal, *La igualdad fundamental de los fieles en la Iglesia según la Constitución dogmática LUMEN CENTIUM. Estudio de las fuentes*. Santiago de Chile, 1980; numerosas contribuciones al tema en *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Eglise et dans la Société. Actes du IV^e Congrès International de Droit Canonique*. Fribourg Suisse - Freiburg i.Br. - Milano, 1981. Entre la doctrina que ha adoptado una actitud crítica ante la idea misma de derechos fundamentales del fiel ver la intervención de P. Fedele en el II Congreso Internacional de Derecho Canónico en el vol. de las actas "Persona e ordinamento nella Chiesa" (Milano, 1975), pp. 264-271 y P. Bellini, "Diritti fondamentali dell'uomo. Diritti fondamentali del cristiano", en *Ephe-merides Iuris Canonici* 34, 1978, pp. 211-246.

²¹ "Neque id sufficit ut tutela iurium in iure nostro convenienter vigeat. Agnoscenda enim sunt iura subiectiva vera et propria sine quibus ordinatio iuridica societatis vix concipitur. Proclamari idcirco oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrietas suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat". *Principia quae Codicis...*, cit., n.º 7; loc. cit., p. 83.

establecer un sistema de recursos y un procedimiento de revisión de tales actos.²²

La Comisión asumía, por tanto, una tarea ardua en la búsqueda de la armonía entre libertad y autoridad en la vida de la Iglesia,²³ que se manifiesta en distintos aspectos de la reciente reforma legislativa. En este estudio nos interesa el tema en la medida en que incide en la revisión del libro I del Código, sobre todo porque en sus cuatro primeros títulos subyace el problema de la distinción entre los actos que deben considerarse manifestaciones de la función legislativa y aquellos otros que, por atribuirseles naturaleza administrativa, estarían sometidos al principio de legalidad y, en su caso, al procedimiento de revisión. Para valorar este complejo problema e intentar proyectar alguna luz sobre la oscuridad del nuevo Código, especialmente en lo relativo a los actos administrativos singulares, parece oportuno fijar la atención sobre los trabajos de revisión.

Cuando se estudian las noticias de que se dispone sobre la preparación del anteproyecto *De normis generalibus*,²⁴ llama enseguida la atención la temprana tendencia a dividir la mayor parte de las materias contempladas en el lib. I del Código de 1917 en dos bloques: uno constituido por lo que en los trabajos se denominan *fontes iuris* —en concreto se califican así la ley y la costumbre— y otro integrado por los cánones sobre rescriptos, privilegios y dispensas, que se encuadran bajo la denominación “actos administrativos”. Una clara manifestación de esta tendencia aparece ya en una reseña de los trabajos de un grupo especial de consultores, llevados a cabo los días 2 al 4 de abril de 1968, que tuvieron como fruto una propuesta de sistemática del nuevo cuerpo legal, que pudiera servir de base, al menos para la organización del trabajo de la Comisión Pontificia para la revisión del Código.²⁵ Este planteamiento, según se deduce de las informaciones dadas por el Secretario adjunto de la

²² “*Haec finalitas obtineri solummodo potest mediantibus recursibus sapienter a iure dispositis ut ius suum quod quis ab inferiore instantia laesum reputet, in superiore restaurari efficaciter possit. Dum in Codice Iuris Canonici recursus et appellationes iudiciales sufficienter regulatae secundum iustitiae exigentias reputantur, e contra communis opinio canonistarum censet recursus administrativos non parum deficere in ecclesiastica praxi et administratione iustitiae. Exinde necessitas ubique persentitur ordinandi in Ecclesia tribunalia administrativa secundum gradus et species, ita ut defensio iurium in eisdem habeat propriam et canonicam proceduram quae apud auctoritates diversi gradus apte evolvatur. Admisso hoc principio, potestatis ecclesiasticae clare distinguantur diversae functiones, videlicet legislativa, administrativa et iudicialis, atque apte definiatur a quibusdam organis singulae functiones exerceantur*”. Ibid. En la ponencia cit. en la nota 18 aludí a la cuestión de los tribunales administrativos en la redacción definitiva del nuevo Código.

²³ Ver P. Lombardia, “Libertad y autoridad en la Iglesia”, en *Ius Canonicum* 13, 1977, pp. 275-288 y en *Escritos...*, cit., vol. 3, pp. 471-501; ID., “Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia”, en *La norma en el Derecho Canónico...*, cit., vol. 2, pp. 847-866.

²⁴ *Schema canonum libri I de normis generalibus*. Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLXXVII.

²⁵ Esta propuesta de ordenación sistemática fue sometida a los Cardenales miembros de la Comisión en una sesión plenaria celebrada el 28 de mayo de 1968. En ella se describía así el contenido del lib. I del futuro Código: “*Legislatio de fontibus iuris (leges et consuetudines) atque de actibus administrativis qui influunt in conditionem iuridicam personarum (dispensationes, privilegia, etc.)*”. Cfr. la información sin firma “De ordinatione systematica novi Codicis Iuris Canonici”, en *Communicationes* 1 (1969), pp. 101-113. La descripción de la sistemática entonces adoptada se encuentra en las pp. 111-112.

Comisión, presidió también los trabajos del grupo de estudio que se ocupó de la primera fase de la revisión del libro I del Código, en los que ya se tienen en cuenta, con respecto a la aludida clasificación, otros tipos de actos de la autoridad eclesiástica, además de los contemplados en el lib. I del Código de 1917. Se consideran fuentes del Derecho "en sentido estricto"²⁶ la ley y la costumbre, que se delinean como normas de carácter general o con destinatario abstracto.²⁷ Tales fuentes del Derecho se contraponen en tal reseña a otros actos "que no son leyes o no se llaman leyes",²⁸ a los que parece atribuirseles eficacia innovadora de la condición jurídica de los sujetos y, sin embargo, se les reconoce, al menos tendencialmente, índole administrativa.²⁹ Se enumeran, al respecto, el rescripto, el privilegio singular, la dispensa, las instrucciones, los preceptos singulares y comunes, los decretos particulares y generales de ejecución, los estatutos y los *ordines*.³⁰

Para tratar de penetrar en el sentido de esta división de actos de la autoridad hay que tener en cuenta ante todo las siguientes notas, que se desprenden de la citada información:

a) Se trata, al menos inicialmente, de una división no nítida, sino tendencial, puesto que la ley y la costumbre se califican como fuentes del Derecho "en sentido estricto" —lo cual parece insinuar la voluntad de no excluir la posibilidad de fuentes del Derecho en sentido amplio— y de los restantes actos de la autoridad que preocupan al grupo de consultores se afirma que tienen naturaleza administrativa, no en todo caso, sino *plerique*.

b) La distinción no radica en la índole general o singular de los actos, porque si bien son generales los que se consideran fuentes del Derecho en sentido estricto —la ley y la costumbre—; en cambio, entre los que se caracterizan por revestir *plerique* índole administrativa aparecen ejemplos, tanto de actos singulares —el rescripto, el privilegio singular, la dispensa, los preceptos singulares y probablemente (no resulta del todo clara la terminología empleada) los derechos particulares—, como de actos generales: las instrucciones, los preceptos comunes, los decretos generales, los estatutos y los *ordines*.

²⁶ W. Onclin, *De recognoscendis normis generalibus Codicis I. C.*, ibid. 3 (1971), p. 82.

²⁷ "Titulus primus et secundus, de legibus et de consuetudine, versantur circa fontes quibus statuuntur praescripta iuris communis, ab omnibus scilicet servanda qui iisdem in conditionibus de facto sunt, de quibus normae statuuntur". Ibid., p. 81.

²⁸ Ibid., p. 82.

²⁹ "... qui vero et ipsi influxum habere nati sunt in conditione iuridica personarum. Hi actus plerique indolem administrativam se ferunt". Ibid.

³⁰ "Tales sunt rescriptum, privilegium per actum particularem concessum et dispensatio, de quibus iam regulas tradit Codex I. C. Tales etiam sunt instructiones, quae ad legum declarationem dantur, itemque praecepta singulis data, de quibus agit Codex I. C. in can. 24, immo et praecepta communia quibus applicationi normarum iuris prospicitur, de quibus Codex I. C. regulas non profert. Tales tandem etiam sunt decreta particularia sicuti et decreta generalia executionis, quae vero apte distinguantur oportet a decretis quae vim legis habent. Multis quidem proderunt praescripta certa, quibus illorum actuum iuridicorum determinatur natura propria atque efficacia quibusque definitur quaenam in genere auctoritates ecclesiasticae eosdem edere valent. Vocabulorum ita insimul proprius sensus definitur, ut certus et constans haberi possit eorum usus, tum ex parte eorum qui potestate pollent tum ex parte eorum qui declarationi praescriptorum operam dant. Hac eadem ratione utile visum est ut de aliis quoque actibus iuridicis statuuntur quaedam praescripta, scilicet de statutis et ordinibus". Ibid.

c) Tampoco parece que la raíz de la distinción esté en el carácter innovador,³¹ puesto que explícitamente se afirma que los actos que se tiende a calificar de administrativos pueden influir en la condición jurídica de las personas.

d) Finalmente, es oportuno hacer notar que en la información que estamos estudiando no aparece el menor rastro de que la clasificación pueda servir de pauta para distinguir los actos de la autoridad sometidos a recursos administrativos, de los que por su naturaleza se consideran no susceptibles de impugnación.

Cabe preguntarse, por tanto, a qué tipos de preocupaciones del grupo de estudio —siempre sobre la base de la citada información del Prof. Onclin— responde la tendencial división bipartita. Al respecto, se insinúan cuestiones de diversa naturaleza: distinguir tipos de normas cuya naturaleza es bien conocida, de actos cuyo alcance no resulta tan claro; evitar la confusión terminológica, fijando el sentido de las palabras en el texto del futuro Código para orientar la terminología de quienes han de aplicar o interpretar sus preceptos; clarificar problemas de competencia para dictar los distintos actos de la autoridad; colmar lagunas del Código anterior; distinguir —en el caso concreto de los decretos— actos de naturaleza legislativa, de otros de índole ejecutiva.³²

Veamos a continuación cómo se concretan estos planteamientos en los sucesivos proyectos, comenzando por el Esquema *De normis generalibus* de 1977.³³

Desde el punto de vista sistemático, la materia que nos interesa se agrupa en este anteproyecto en tres títulos, rubricados respectivamente *De fontibus iuris* (tit. I), *De decretis atque praeceptis generalibus et de instructionibus* (tit. II) y *De actibus administrativis singularibus* (tit. III). (El planteamiento que entonces se hizo, pese a los muchos problemas que planteaba, se caracterizó por ser muy lineal.

Las fuentes del Derecho eran la ley y la costumbre, objeto respectivamente de los capítulos I y II del título I.

El título II trataba de resolver el problema de la distinción entre ley y actos administrativos norma y del sometimiento de éstos a aquélla. Aparecen entonces la mayoría de las aportaciones que el *Codex* de 1983 ha introducido en esta materia —noción formal de ley (c. 30), legislación delegada (c. 31), la caracterización de los decretos generales ejecutorios (cc. 32-34) y de las instrucciones (c. 35)—, aunque con posterioridad se hayan matizado los textos con evidentes perfeccionamientos y se haya prescindido —en la redacción de los cánones y en las rúbricas— de los preceptos generales.³⁴

³¹ La expresión *novità* o *costitutività* es la empleada, por ejemplo, por V. del Giudice en una página clásica de la doctrina canónica sobre el tema. Cfr.: *Nozioni di diritto canonico*¹², edizione preparata con la collaborazione del Prof. G. Catalano. Milano, 1970, p. 163.

³² Ver texto cit. en nota 30.

³³ Cit. en nota 24.

³⁴ La rúbrica se modificó a petición del Card. Florit (Cfr. *Relatio complectens...*, cit., p. 26), apareciendo ya en el *Schema novissimum* de 1982, cit., como en el texto definitivo.

El tít. III se basaba en la resuelta opción de calificar como administrativos todos los actos singulares puestos en ejercicio de la *potestas regiminis*, incluidos los que tradicionalmente se habían calificado como fuentes del *ius singulare*; es decir, como manifestaciones de la potestad legislativa, lo que originó serias críticas por parte de la doctrina,³⁵ ya que no faltaron autores a los que sorprendía la aplicación de la teoría del acto administrativo —construida precisamente desde la perspectiva del sometimiento de la administración pública a la ley³⁶— a institutos canónicos como el privilegio o la dispensa, concebidos precisamente para amparar situaciones *contra* o *praeter legem*. Tal opción, sin embargo, se adoptó en el anteproyecto de manera muy resuelta, puesto que la calificación de actos administrativos no se reflejaba sólo en la rúbrica del tít. III y en las “normas comunes”, sino que se afirmaba también de manera expresa en las definiciones de decreto y precepto (cc. 46-47), de rescripto (c. 56 & I) y de privilegio.³⁷ Aunque en el c. 85 no se afirmaba explícitamente la naturaleza administrativa de la dispensa, ello podía fácilmente deducirse —teniendo en cuenta la terminología del anteproyecto—, si se advierte que la expresión *conditor legis*, que utilizaba el c. 80 del *Codex* de 1917 para referirse a la *potestas dispensandi*, se había sustituido en el c. 85 por *qui potestate gaudent executiva*.

Como puede observarse, en el anteproyecto del 77 se establece una distinción entre fuentes del Derecho, actos norma de la administración y actos administrativos singulares; caracterizando a las primeras por su conexión con la potestad legislativa y con la generalidad, a los segundos por ser disposiciones generales sometidas a la ley y dictadas en ejercicio de la potestad ejecutiva, y a los terceros por su procedencia de la potestad ejecutiva y la singularidad. Era precisamente en relación con este tercer grupo de actos donde se suscitaban las mayores perplejidades. No se entendía en efecto el interés que podía tener esta caracterización de los actos administrativos sólo en base a la singularidad, puesto que no quedaban claros ni el principio de legalidad, ni el de competencia.

Por lo que se refiere al primero —y en conexión con el respeto a derechos de terceros— el c. 49 preveía lo siguiente: “*Decretum praeceptumve singulare effectu caret, quatenus contrarium est legi consuetudinive probatae, aut iuri alteri quaestio, nisi legitime clausula derogatoria apponatur*”. Con este texto —y en base al c. 46— podría interpretarse que quien tuviera potestad ejecutiva

³⁵ Ver, por ejemplo: J. Arias, “Las fuentes del *ius singulare* y el acto administrativo”, en *La norma en Derecho Canónico*... cit., vol. 1, pp. 935-950; ID., “El sistema penal canónico ante la reforma del C. I. C.”, en *Ius Canonicum* 15 (1975), nº 29, pp. 187-254; ID., *El principio de legalidad en la reforma del libro V del C. I. C.*, ibid., 18 (1978), nº 35, pp. 291-318. No faltaron, sin embargo, posiciones doctrinales que si bien criticaron aspectos del proyecto, vieron en la calificación de la dispensa como acto administrativo una vía para el retorno del régimen jurídico de la dispensa a sus raíces tradicionales en la *oeconomia/dispensatio*. Cfr.: S. Berlingo, “Privilegi e dispense: dibattito aperto”, en *Studi per Lorenzo Campagna*. Milano, 1980, vol. 2, especialmente pp. 18-22.

³⁶ Para la teoría del acto administrativo, ver por todos: E. García de Enterría - T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, reimpr. Madrid, 1980, pp. 453-563.

³⁷ “*Privilegium, seu gratia in favorem certarum personarum, sive physicarum sive iuridicarum per peculiarem actum administrativum facta, a sola competenti auctoritate potestate executiva gaudente concedi valet*” (c. 75 & 1).

podía introducir en los decretos cláusulas derogatorias, con la consiguiente quiebra del principio de legalidad y de la propia distinción de funciones que —ya desde la redacción del Principio directivo n. 7— se había afirmado que se pretendía introducir. Esta quiebra era aún más evidente en relación con los privilegios. En cuanto a la dispensa, al menos el c. 90 condicionaba la validez a la existencia de la causa, si el concedente carecía de *potestas legislativa*.

En cuanto a la competencia, aun cuando el anteproyecto *De normis generalibus* se mueve en la línea de considerar en principio a estos actos como manifestaciones de la potestad ejecutiva, en el c. 90 se atribuye distinta eficacia a la dispensa —en relación con el tema de la causa— según tenga o no el concedente potestad legislativa. Tampoco acaba de explicarse —si se pretende someter la actividad administrativa a la ley— por qué podían concederse en base a la potestad ejecutiva, privilegios *contra* o *praeter legem*, ni quién se consideraba competente para introducir cláusulas derogatorias en los decretos.

Podría por tanto, concluirse que la distinción entre leyes y actos administrativos singulares se había establecido en principio, más sobre la base —de intención exclusivamente clasificatoria— de considerar administrativos los actos singulares, por un excesivo apego a la generalidad, como elemento caracterizador de los actos legislativos, que por el deseo de introducir el principio de legalidad y la distinción de funciones, lo cual ciertamente contrasta con la mayor claridad de ideas con que se había procedido al respecto en la redacción del tít. II.

Quizás hayan pesado también sobre los redactores del tít. III del anteproyecto otras consideraciones.

Estando tan arraigada en muchos sectores de opinión la necesidad de los procedimientos de revisión de los actos administrativos (en evidente conexión con los recursos administrativos y la justicia administrativa), no era difícil llegar a la conclusión de que había que colmar la laguna originada por la falta de normas canónicas sobre procedimiento de formación de los actos. La falta de antecedentes útiles colocó a los redactores del anteproyecto en una situación difícil, resuelta al comienzo de los trabajos mediante el expediente de dar un alcance más general —y cada vez más netamente publicístico³⁸— a algunas de las reglas contenidas en el título *De rescriptis* del *Codex* de 1917.³⁹ Sin embargo, el resultado de este método de trabajo no podía considerarse satisfactorio, aunque de hecho llevó a la redacción de algunas normas de innegable utilidad. Aunque entre las *Normas comunes* (cap. I) y en el capítulo *De decretis et praeceptis singularibus* (cap. II) se introdujeron algunos textos de nueva factura, el resultado era innegablemente pobre y fraccionario; de aquí la tendencia —quizás nunca adoptada de manera consciente— a ampliar la

³⁸ Este proceso hacia un planteamiento más publicístico de los rescriptos, con el consiguiente abandono de las teorías que los explicaban con los esquemas de la donación, se advierte ya en la codificación de 1917, a juzgar por los datos que ha puesto de relieve Félix Arocena, en el contexto de la investigación de la que se habla *supra*, nota I y líneas del texto que a ella remiten.

³⁹ Por la autoridad del autor y su importante participación en los trabajos de codificación, resulta instructiva al respecto la lectura de K. Mörsdorf, "De actibus administrativis in Ecclesia", en *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*. Roma, 1972, vol. 3, pp. 5-26.

masa de textos del incipiente Derecho Administrativo Canónico con las normas especiales sobre institutos canónicos tradicionales, como el rescripto, el privilegio y la dispensa.

Tal tendencia probablemente se vio facilitada por la vaga impresión de que la calificación del privilegio como *lex privata* y la conexión de la dispensa con la función legislativa no eran sino consecuencias indirectas de la ausencia de una técnica administrativa en el ámbito canónico.⁴⁰ Este planteamiento, asumido sin excesivo rigor, se veía reforzado por la observación, por lo demás obvia, de que habitualmente los actos de concesión se llevaban a cabo a través de la técnica del rescripto, cuya aproximación a la noción de procedimiento de formación de actos administrativos podía hacerse con menor violencia.

4. *Los actos administrativos singulares desde el proyecto de 1980 hasta el texto definitivo del nuevo Codex*

En los trabajos posteriores a la consulta y que condujeron al proyecto de 1980,⁴¹ aunque se conservó el planteamiento inicial, el texto experimentó numerosas modificaciones, entre las que considero de interés subrayar las siguientes:

a) Ante todo se advierte una tendencia a descargar la redacción de expresiones técnicas, más propias de la doctrina que de un texto legal. Podría afirmarse que se renuncia, al menos en parte, a la pretensión de innovar la técnica por impulso de la letra del Código. En este sentido se explican no pocos cambios, respecto del anteproyecto de 1977:

— Desaparece la rúbrica *De fontibus iuris* que aparecía al frente del tít. I; ahora quedará dividido en dos títulos (con las rúbricas de los capítulos de la redacción anterior), prácticamente coincidentes con los paralelos del Código de 1917; a saber: *De legibus ecclesiasticis* y *De consuetudine*.

— Aunque en el tít. IV (en el anteproyecto III) se conserva la rúbrica *De actibus administrativis singularibus*, la aplicación de esta calificación a institutos tradicionales se atenúa, puesto que el acto de concesión del privilegio ya no se califica de administrativo y se considera competente para concederlo, no la competente autoridad que goza de potestad ejecutiva, sino el legislador o la autoridad ejecutiva a quien el legislador le hubiese atribuido el poder necesario (c. 76 & 1). Como puede observarse, estamos ante un retorno a la idea de *lex privata*, así como ante una posible competencia de quienes tienen potestad ejecutiva, que recuerda —en el plano del *ius singulare*— el fenómeno de la legislación delegada, contemplada en este *Schema Codicis* en el c. 30.

⁴⁰ No es infrecuente que razonamientos con pretensiones constructivas se queden en la corteza del sistema, si prescinden de los datos que explican la función de los institutos y su decantación histórica. Sin embargo, el proceso de conexión doctrinal entre la dispensa y la función legislativa —iniciado ya en la Edad Media y consolidado en la Segunda Escolástica— ha sido reconstruido cuidadosamente en la magistral monografía de S. Berlingo, *La causa pastorale della dispensa*. Milano, 1978, capítulo II, especialmente pp. 213-304. Para el tema del privilegio, ver S. Gherro, *Privilegio, bene comune e interesse privato*. Padova, 1977. Ver también las reflexiones de Berlingo acerca de la conexión entre privilegio y dispensa, en el contexto de una valoración del *Schema* de 1977: "Privilegi e dispense...", cit., pp. 16-20.

⁴¹ Cit. en nota 9.

b) Se advierten algunos esfuerzos de mayor sometimiento al principio de legalidad en materia de cláusulas derogatorias, puesto que el c. 49 del anteproyecto pasa a ser el 38 del *Schema* del 80 —ya en el capítulo correspondiente a las normas comunes y referido, por tanto, no al decreto, sino a cualquier acto administrativo— y en él se precisa que éste, aunque se trate de un rescripto dado *motu proprio*, “*effectu caret quatenus ius alteri quaesitum laedit aut legi consuetudine probatae contrarius est, nisi auctoritas competens expresse clausulam derogatoriam addiderit*”. Esta fórmula parece que limita la posibilidad de poner cláusulas derogatorias a quien es competente, no para poner actos administrativos *secundum legem*, lo cual sería obvio, sino en materia de leyes, costumbres y derechos adquiridos; es decir, quien es en sentido propio legislador, al menos en los términos del c. 30 (legislación delegada).

c) Al contemplarse por primera vez en este *Schema*, no ya un conjunto de materiales para un Código —suma de los anteproyectos enviados a consulta—, sino un cuerpo legal redactado en forma unitaria, se plantea el problema de las relaciones de la rúbrica del tít. IV del libro I con el c. 1688, el cual admite el principio de la revisión, incluso judicial, de todos los actos administrativos singulares “*quī in foro externo extra iudicium dantur, iis exceptis, quī ab ipso Romano Pontifice vel ab ipso Concilio Oecumenico ferantur*”. ¿Significa esto que es recurrible incluso la respuesta negativa —incluso presunta por silencio (c. 57)— a las peticiones de un rescripto que solicitan una “gracia”?

Las “animadversiones” de los *Patres Commissionis* acerca de los textos relativos a los actos administrativos, al menos en los puntos sobre los que estamos llamando la atención, son de escaso relieve y pocas de ellas son acogidas.⁴² De aquí que tampoco sean especialmente significativas las correcciones —casi siempre sólo de estilo— que experimenta la materia en el *Schema novissimum* de 1982 y en el texto definitivo. No parece, por tanto, necesario a los efectos de este trabajo, detenernos en un examen más pormenorizado de los textos; pero antes de pasar a la consideración de conjunto en el nuevo *Codex* del tema propuesto, permítanse algunas breves consideraciones acerca de los cánones relativos a la costumbre.

5. Los cánones De consuetudine.

La preocupación por la distinción de funciones a que hemos aludido incide también en los textos del nuevo *Codex* sobre la costumbre, pero en este caso es una fina armonía con la tradición canónica,⁴³ lo que hace, a mi juicio, del

⁴² Cfr. *Relatio complectens...*, cit., pp. 27-28.

⁴³ Ver especialmente R. Wehrle, *De la coutume dans le Droit Canonique*. París, 1928; G. Michiels, *Normae generales...*, cit.; A. van Hove, *De consuetudine. De temporis supputatione*. Mechliniae-Romae, 1933; J. Arias Gómez, “Racionalidad y buena fe en la introducción de la costumbre”, en *Ius Canonicum* 4, 1964, pp. 65-100; ID., *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre*. Pamplona, 1966; A. Rava, v. Consuetudine”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 9. Milano, 1961; T. Mauro, “Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II, en *La norma en el Derecho Canónico...*, cit., vol. 1, especialmente pp. 559-563; J. Fornes, *La costumbre contra legem, hoy*, ibid., pp. 747-781; F. J. Urrutia, “Reflexiones acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia”, en *Investigaciones theologico-canonicas*. Roma, 1978, pp. 449-479. En la investigación cit. en nota 1 se ha ocupado del tema de la costumbre el Dr. Claude Petit.

tít. II del libro I uno de los más logrados del nuevo cuerpo legal. Dado lo poco relevante de las variaciones del texto, no parece necesario referirnos a las distintas fases de su formación; centraré la atención directamente en la redacción definitiva.

Me parece de interés subrayar la más clara equiparación entre ley y costumbre que aporta el nuevo *Codex* y que se manifiesta, no sólo en este título, sino en cánones tan significativos como el 19 y el 38. Por otra parte, se conecta el tema de la costumbre, de manera nítida, con la función legislativa. Ante todo es el legislador quien la aprueba y precisamente por el consentimiento legal (c. 23); es decir, toda costumbre cuenta con el consentimiento del legislador supremo, si reúne los requisitos exigidos por los cc. 24-28, independientemente de que los Pastores de la Iglesia tengan o no noticia del uso de la comunidad en la que la norma consuetudinaria se basa.

El legislador puede aprobar una costumbre de manera expresa, sin esperar a que transcurran los plazos previstos en el c. 26; pero, a mi juicio, ello ha de hacerlo ejerciendo la función legislativa que le compete; es decir, aprobándola especialmente mediante la promulgación de una ley. Es indiferente, a tenor del c. 29, que la disposición se denomine ley o decreto, ya que tales normas, según el mismo canon, *proprie sunt leges et reguntur praescriptis canonum de legibus*. En este supuesto, más que ante una costumbre, estaríamos ante una ley basada en la sensibilidad del legislador hacia los usos de la comunidad.

El legislador, también en forma de ley —y por tanto a tenor de los cc. 7-22—, puede reprobador una costumbre determinada; en tal caso, la costumbre en cuestión no podría adquirir eficacia normativa, porque se lo impediría el c. 24 & 2.

Finalmente, al establecer el c. 23 que el consentimiento compete al legislador, actuando como tal —es decir, mediante actos que cumplan las exigencias de los cc. 7 y 8—, deja de tener sentido, con innegables ventajas para la seguridad jurídica, la vieja discusión sobre el consentimiento tácito; puesto que las costumbres no lo necesitan para adquirir eficacia normativa, ni una actitud negativa tácita —o expresada en forma diversa a la de ley— tendría de suyo valor reprobatorio.⁴⁴

Pero junto a todas estas precisiones técnicas, claramente relacionadas con la preocupación del Principio directivo n. 7 de impulsar la distinción de funciones, el nuevo Código enlaza con la mejor tradición canónica, especialmente en el tema de la racionalidad, que adquiere especial relieve, en la medida en que el c. 25 exige el *animus iuris inducendi* para todo tipo de normas consuetudinarias, incluidas las *contra legem*.

Aparte el evidente límite —formalizado en el & 1 del c. 24— de que una costumbre no puede tener eficacia normativa, si es contraria al Derecho divino, el & 2 del mismo canon exige el requisito positivo de la racionalidad, establecido por Gregorio IX en la decretal *Quum tanto*.⁴⁵ Como es bien sabido, la racionalidad implica, no sólo la congruencia de la norma consuetudinaria con los principios de Derecho divino, sino también con lo que la doctrina

⁴⁴ En sentido contrario W. Onclin, en *Communicationes* 3, 1971, nº 87.

⁴⁵ X 1 4 11.

clásica⁴⁶ llamaba “el nervio de la disciplina eclesiástica”; es decir, las líneas fundamentales de la regulación canónica de la materia que la costumbre viene a modificar, completar o matizar.

La racionalidad tiene una extraordinaria importancia en relación con el fin de la *salus animarum*, puesto que en la dialéctica ley-costumbre que se plantea en la génesis de la *consuetudo contra legem*, es precisamente la racionalidad lo que condiciona la licitud de los comportamientos conformes a las costumbres meramente incoadas; es decir, aquellas para las que aún no ha transcurrido el plazo necesario para que adquieran *vim legis* (c. 26).

Cuando el legislador reprueba expresamente una costumbre, ésta se considera irracional (c. 24 & 1), quedando declarado ilícito el uso e interrumpido el plazo necesario para que pueda adquirir eficacia normativa. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la racionalidad es requisito tanto de la ley como de la costumbre, aunque —como ya he recordado—, en relación con la ley no se recoge en el Código de manera explícita; por tanto, una disposición reprobativa de costumbres que implicara un ejercicio arbitrario del poder legislativo, sería nula por irracional y no conseguiría el efecto de descalificar a la costumbre. Me parece, por tanto, que un estudio de las relaciones entre ley y costumbre es un modo particularmente apto para el análisis —con alcance, tanto doctrinal como práctico— de la racionalidad, considerada como requisito de índole general para el ejercicio del poder legislativo eclesiástico.

6. Actos de ejercicio de la función legislativa: la racionalidad.

La distinción de funciones que el principio directivo n. 7 pretendía impulsar en la revisión del *Codex* se manifiesta en distintos lugares del nuevo cuerpo legal de la Iglesia, aunque no siempre resultan claras las normas que pretenden reflejarlo.

El c. 135 delinea la distinción en su formulación más general. Por lo que se refiere a la *potestas legislativa*, el & 2 se limita a señalar: a) que ha de ser ejercida *modo iure praescripto*; b) que es, en principio, indelegable, salvo la que goza la autoridad suprema; c) que las normas dictadas por los legisladores inferiores tienen condicionada su validez a no ser contrarias a lo establecido por los legisladores superiores. A continuación me ocuparé del reflejo de estos principios, especialmente al primero de ellos, desde el punto de vista de la naturaleza de los actos.

¿Cuáles son los actos que el nuevo *Codex* concibe como manifestaciones de la potestad legislativa? A mi juicio, hay que considerar cuatro supuestos: a) la ley; b) la costumbre; c) los decretos dictados por delegación del legislador; d) aquellos actos singulares que, aunque el Código los contempla bajo la rúbrica “actos administrativos singulares”, sólo pueden ser adoptados por quien tiene potestad legislativa y por tanto, poder para modificar lo establecido con valor de ley o costumbre.

Antes de considerar estos actos desde un punto de vista formal hay que subrayar que una síntesis de las innovaciones legislativas con la tradición ca-

⁴⁶ Cfr. Arias, “Racionalidad y buena fe...”, cit., pp. 71-72.

nónica debe llevar a afirmar que todos ellos tienen condicionada la validez por la nota de la racionalidad; es decir, por su congruencia con el Derecho divino natural y positivo y con el nervio de la disciplina eclesiástica. Esta expresión clásica se va decantando, aunque sea aun de una manera tímida, hacia una racionalidad de Derecho humano, fundada en la congruencia con unos principios fundamentales del sistema normativo.

Como ya se ha recordado, en los cánones relativos a la ley y a los decretos dictados por delegación del legislador, la racionalidad no es contemplada de manera explícita, pero —además de las incuestionables bases del principio de subordinación del Derecho humano al Derecho divino⁴⁷— la exigencia de la *rationalitas* se insinúa en el c. 22 relativo a la canonización de la ley civil, en la referencia que hace el c. 19 a los *generalia iuris principia aequitate canonica servata*⁴⁸ y en la referencia que hace el c. 18 a las leyes *quae... exceptionem a lege continent*. Por lo que se refiere a este último punto entiendo que tan paradójica expresión debe llevar a una interpretación que detecte las líneas fundamentales de las opciones del legislador y las favorezca ante eventuales conflictos con prescripciones de detalle, fomentándose de este modo la interpretación sistemática y la comprensión de los principios generales del ordenamiento;⁴⁹ es decir, los criterios técnicos básicos con los que, en el actual estadio de la *peregrinatio Ecclesiae*, se procede a la formalización del *ius divinum*.⁵⁰

7. La ley.

Como puso de relieve el Prof. Mauro, el *Codex* de 1917 apenas si ofrecía otro elemento para la caracterización de la ley, desde un punto de vista formal, que la promulgación, requisito que aparecía decididamente atenuado por el

⁴⁷ Para un análisis de las diversas posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano, ver Hervada, *El ordenamiento canónico*, I. Pamplona, 1966, pp. 17-158. Ver los ulteriores desarrollos del mismo autor en Hervada - Lombardia, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, cit., pp. 45-46.

⁴⁸ Considero que el tema de los principios generales necesita una reelaboración doctrinal, desde el punto de vista que se apunta en el texto. Para la doctrina precedente, ver: A. Rava, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*. Milano, 1954.

⁴⁹ Aunque el planteamiento propuesto en el texto merece, a mi juicio, un más amplio desarrollo, no faltan precedentes que lo insinúan en los autores que interpretaban la misma fórmula legal, comentando el c. 19 del *Codex* de 1917. Ver, por ejemplo, la opinión de Cabreros en: M. Cabreros de Anta, A. Alonso Lobo, S. Alonso Morán, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. I, cánones 1-681. Madrid, MCMLXIII, pp. 159-160. El nervio de la construcción estaría, a mi juicio, en la búsqueda de una noción de *rationalitas* que integre la congruencia con el Derecho divino natural y positivo, las exigencias pastorales (valoradas teniendo en cuenta las virtualidades de la tradición de la *oconomica/dispensatio*) y los principios técnicos del sistema de Derecho positivo, en los que han de entrar en juego —sin desfallecimientos en beneficio de los titulares del poder, pero en fina armonía con el tradicional espíritu del ordenamiento canónico—, los derivados de las innovaciones del nuevo *Codex* relacionadas con la distinción de funciones y su incidencia en la naturaleza de los actos. Al respecto pueden encontrarse numerosos datos de la tradición e interesantísimas experiencias históricas en el cit. libro de Berlingo, *La causa pastorale...*, *passim*, pero especialmente pp. 100-126. Desde un punto de vista técnico es, al respecto, del mayor interés el c. 86 del nuevo *Codex*, con razón calificado de feliz por Berlingo, "Privilegi e dispense...", p. 21.

⁵⁰ Cfr., Hervada - Lombardia, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, cit., pp. 54-55.

carácter genérico y ambiguo de las formalidades previstas para la aplicación del principio, especialmente en lo relativo a las leyes particulares.⁵¹ Por otra parte, la *praxis* de la Santa Sede ofrecía al respecto, más que criterios de índole técnico-jurídica, los que se deducen de las características formales de los actos pontificios, que se explican por razones de naturaleza diplomática.⁵²

El nuevo Código innova decididamente este planteamiento —en un contexto de desapego hacia las denominaciones de los documentos⁵³— cuando considera que *proprie sunt leges et reguntur praescriptis canonum de legibus* aquellos actos del legislador que tienen la nota de la generalidad —*pro communitate legis recipiendae capaci communita feruntur praescripta* (c. 29)— y han sido promulgados (c. 7). Por otra parte, el c. 8 —además de recoger los criterios del Código de 1917 sobre el *modus promulgandi* de las leyes universales (& 1)— establece que los órganos eclesiásticos con potestad de dictar leyes particulares tienen el deber de fijar de manera precisa el modo de promulgación de sus propios actos legislativos (& 2).

8. La costumbre.

Las apuntadas innovaciones en relación con la costumbre llevan consigo su inserción en el sistema de fuentes del ordenamiento en un plano de igualdad con la ley. De este modo el nuevo *Codex* —evitando uno de los más graves peligros de las codificaciones— ha sabido conjugar la potestad del legislador con la creatividad de las comunidades cristianas,⁵⁴ cuyos usos —cuando son observados con ánimo de traducirlos en normas jurídicas— aparece como una proyección en el ordenamiento canónico de la responsabilidad *cunctis fidelibus communem circa aedificationem Corporis Christi*.⁵⁵

Este tema merece una atenta reflexión, teniendo en cuenta el difundido clima de inobservancia de la ley,⁵⁶ si se pone en relación con la delicada cuestión de la recepción del nuevo *Codex*.⁵⁷ Al respecto, el nuevo cuerpo legal, al mismo tiempo que descalifica los usos aparecidos en estos últimos años, si son contrarios a los nuevos cánones (c. 5), deja abierta la vía para la formación de un Derecho consuetudinario que pueda armonizar la ley universal con las legítimas exigencias de las distintas comunidades dispersas por el mundo.

Por ello es importante llamar la atención sobre los cc. 391 & 2 y 392 & 1, en los cuales se reconoce a los Obispos diocesanos una potestad legislativa que tiene por objeto, no sólo dictar las normas de Derecho particular de la propia Iglesia local, sino también *observantiam omnium legum ecclesiasticarum urgere*.

⁵¹ "Le fonti del diritto canonico...", cit., especialmente pp. 553-554.

⁵² Además de las observaciones de Mauro en el loc. cit. en nota anterior y páginas inmediatamente posteriores, ver J. M. González del Valle, "Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico, en *Ius Canonicum*, 16, 1976, nº 32, pp. 245-292.

⁵³ Cfr. c. 33 & 1.

⁵⁴ Cfr. c. 23.

⁵⁵ Const. *Lumen gentium*, nº 32.

⁵⁶ Ver Fornes, *La costumbre contra legem*, hoy, cit.

⁵⁷ He puesto en relación este tema con el de la responsabilidad colegial en la recepción del Cuerpo legal canónico de 1983 en el estudio *Técnica jurídica del nuevo Código*, presentado hace pocos días en la XVIII Semana Española de Derecho Canónico; será publicado en las actas de estas reuniones.

Los Obispos, por tanto, tienen la responsabilidad de observar con diligencia la vitalidad de las costumbres en las respectivas Iglesias, respetando su función eclesial y reprobando, mediante explícitas disposiciones legales, las que sean irracionales. Así nos encontramos de nuevo con la noción clave de la racionalidad, como fundamento y límite de la función legislativa. En efecto, el criterio que ha de informar la actividad de los Obispos al optar por reprobado o no costumbres *contra legem*, no puede ser otro que el de la *rationabilitas*; salva siempre la competencia del Romano Pontífice de reprobado expresamente costumbres particulares *contra legem*.

9. Legislación delegada.

El c. 30 contempla el fenómeno, tan estudiado por el Derecho Público contemporáneo, de la legislación delegada, que consiste en la transferencia, hecha por parte del legislador, de la potestad de dictar normas generales e innovadoras sobre una materia, en casos determinados, a órganos de potestad ejecutiva.

Los principios en que se basa la regulación de la legislación delegada en el citado canon son los siguientes:

La atribución de competencia debe hacerse por un acto de delegación expreso, con precisa determinación de la materia acerca de la que el órgano administrativo puede legislar y de las condiciones en las que tal actividad legislativa puede ejercerse; fuera de este ámbito, cualquier acto legislativo sería nulo.

Las disposiciones dictadas en uso de esta potestad delegada tienen naturaleza legislativa, estando por tanto sometidas en todo a los cc. 7-22.

En el actual estadio de formalización del Derecho Canónico estos criterios resultan claros, al menos en el ámbito diocesano, puesto que en el c. 391 & 2 se establece de manera nítida que la potestad legislativa *exercet ipse Episcopus*. Por otra parte, el c. 135 & 2 dispone que *valide delegari nequit, nisi aliud a iure explicitè caveatur*, lo que sólo ocurre en el supuesto del c. 30, que aparece como el cauce técnico de las excepciones al principio de indelegabilidad de la función legislativa.

En cambio, en relación con la organización central de la Iglesia el asunto no resulta tan claro. Por una parte, el Código renuncia a regular la Curia Romana, remitiendo en esta materia a una *lex peculiaris* (c. 360). Por tanto, por ahora sigue vigente la Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*. Además, el c. 135 & 2, sin duda en obsequio a la *plenitudo potestatis*, exceptúa del principio de la indelegabilidad a la potestad legislativa de la autoridad suprema.

Así las cosas, aparte la posibilidad —a mi juicio no deseable, pese a las autorizadas opiniones en contrario⁵⁸— de que se constituya una comisión con potestad ordinaria vicaria del Papa para la interpretación auténtica, siempre serían posibles delegaciones de la potestad legislativa del Romano Pontífice, en

⁵⁸ Cfr. *Relatio complectens...*, cit., pp. 20-21. Hice algunas consideraciones al respecto en Hervada - Lombardía, *El Derecho del Pueblo de Dios I*, cit., pp. 132-137.

las que el propio acto de delegación flexibilizara los límites del c. 30. Pienso, sin embargo, que ello llevaría consigo tal quiebra de los principios de orden jurídico que el *Codex* se esfuerza en introducir, que entraría en relación con la aludida *rationabilitas iuris humani*.⁵⁹ Considero que la solución más adecuada en la práctica es que la potestad legislativa de la autoridad suprema —aparte de la que compete al Concilio Ecuménico— fuera ejercida de modo habitual sólo por el Romano Pontífice, asistido o no por organismos consultivos. En cuanto a su delegación eventual a organismos dotados de potestad ejecutiva, lo más razonable es que se hiciera siempre con los precisos límites que establece el c. 30.

10. *Actos singulares de naturaleza legislativa y actos administrativos singulares*

Ya hemos puesto de relieve que la noción formal de ley implícita en el nuevo *Codex* se delinea sobre la base de tres datos: la generalidad, la potestad legislativa de quien la dicta (o delega la potestad para dictarla) y la promulgación.

Si ahora comparamos estos rasgos con los de los actos regulados en el título IV del libro I, bajo la rúbrica *De actibus administrativis singularibus*, deberíamos llegar a la conclusión de que las diferencias estarían en relación con el primero y el último de los datos señalados en relación con la noción de ley, ya que los actos regulados en el título IV son por definición singulares y su notificación o intimación a los destinatarios se hace de manera distinta de lo que técnicamente se denomina promulgación. En cambio, por lo que se refiere a la potestad de la autoridad competente, la distinción no está tan clara, porque —pese a que el c. 35 define al acto administrativo singular como puesto *ab eo qui potestate exsecutiva gaudet*— algunos de estos actos sólo pueden ser de competencia del legislador.

Este hecho se fue reafirmando de manera cada vez más clara a partir de las modificaciones del anteproyecto *De normis generalibus* de 1977, en los trabajos realizados para tener en cuenta las observaciones de la consulta, que desembocarían en el *Schema Codicis* de 1980, en el *Schema novissimum* de 1982 y finalmente en el texto definitivo del nuevo *Codex*. Tales modificaciones, por otra parte, se hicieron precisamente para establecer el sometimiento de la actividad administrativa en sentido estricto a la ley y a la costumbre evitándose así la anomalía que significaba el hecho de que las disposiciones del legislador pudieran vaciarse de contenido, por la vía de los actos singulares, en ejercicio de una potestad meramente ejecutiva.

Observando las diferencias entre la redacción del c. 75 & 1 del anteproyecto de 1977 y la del c. 76 & 1 del texto definitivo, hablé de un retorno a la clásica concepción del privilegio como *lex privata*, que ya está presente en los proyectos de 1980 y 1982.⁶⁰ Este fenómeno se advierte también en otras normas

⁵⁹ Ver al respecto el excelente estudio de J. Hervada, "El Romano Pontífice", en la obra colectiva *El Proyecto de Ley fundamental de la Iglesia. Texto y análisis crítico*. Pamplona, 1971, pp. 164-179.

⁶⁰ En ambos proyectos el texto aparece ya con la misma redacción y numeración que en el *Codex* de 1983.

del título V del libro I. A la vista de este hecho pienso que, para una correcta aplicación del nuevo Código, la doctrina no debe calificar a todos los actos previstos en el citado título como administrativos; sino que debe conservar la clásica noción de normas singulares para algunos de ellos, atribuyéndoles naturaleza legislativa.

Tal calificación debe en concreto atribuirse a aquellos actos singulares que son de competencia del legislador, precisamente porque implican una modificación de lo establecido por ley o costumbre. En estos actos el límite del poder de la autoridad competente, que debe impedir un ejercicio arbitrario, no sería el principio de legalidad, sino la *rationabílitás* que debe concurrir en toda norma canónica y constituye por tanto un condicionamiento para el ejercicio mismo de la potestad legislativa. De este modo, las innovaciones introducidas por la última codificación podrían ser objeto de una lectura verdaderamente congruente, tanto con la tradición canónica como con el espíritu que reflejan los *Principia directiva* en sus nn. 6 y 7.

¿Cuáles son en concreto los actos contemplados en el tít. IV del libro I que deben ser calificados como normas singulares? A mi juicio los siguientes:

a) Todos los actos administrativos en los que se incluya, a tenor del c. 38, una cláusula derogatoria de leyes o costumbres contrarias. Me parece evidente que para tales actos sólo puede ser competente quien tenga potestad para modificar la ley o reprobando la costumbre; en ambos supuestos es evidente la necesidad de estar investido de potestad legislativa.

b) Aquellos preceptos singulares en los que —como parece autorizar el término *praesertim* que encontramos en el c. 49— su autor no se limite a urgir la observancia de la ley, sino que innove las situaciones jurídicas de los sujetos, imponiendo deberes no establecidos previamente por ley o costumbre. También en este caso parece necesario que concorra la potestad legislativa.

c) Los privilegios en todo caso, aunque quepa delegar la facultad de concederlos, a tenor del c. 76 & 1, en órganos dotados sólo de potestad ejecutiva. Para el régimen jurídico de esta delegación deben aplicarse por analogía, *mutatis mutandis*, los principios del c. 30.

d) Las dispensas concedidas, a tenor del & 1 del c. 90, por el propio legislador y, por tanto, no vinculadas para su validez a la concurrencia de la causa. Este punto, sin embargo, merece una consideración más detenida, cuyas líneas sugeriremos en el último epígrafe de este estudio.

En cambio, habría que considerar actos administrativos singulares a aquellos para los que es competente quien tiene potestad ejecutiva y están sometidos a lo establecido por ley y costumbre; siendo por tanto impugnables a tenor del c. 1732.

11. *La dispensa y la causa dispensandi*

Hace ya bastantes años el llorado colega Orio Giacchi llevó a cabo unas interesantes reflexiones sobre el problema de los actos administrativos canó-

nicos, utilizando como pieza fundamental de su construcción una original comprensión de la doctrina sobre la causa.⁶¹ Aunque estos trabajos fueron escritos teniendo en cuenta fundamentalmente las normas del *Codex* de 1917 y la doctrina en ellos expuesta no es de directa e inmediata aplicación al problema que ahora nos ocupa, considero que su atenta lectura es muy sugerente para la solución de algunos problemas planteados por el nuevo *Codex*, especialmente el de la dispensa y la *causa dispensandi*.

¿Cómo debe interpretarse en concreto el § 1 del c. 90 del nuevo *Codex*?

A mi juicio, la dispensa concedida por quien tiene sólo potestad ejecutiva no es válida, salvo que concurra una causa consolidada como suficiente por ley o costumbre. Esta afirmación me parece que cobra su sentido en la medida en que el estilo y la *praxis* se ven desde la perspectiva de los cc. 23 al 28; es decir, como normas consuetudinarias surgidas en la actividad administrativa, que el legislador puede controlar, bien regulando por ley las causas que se estiman suficientes para dispensar en determinadas materias; bien reprobando expresamente criterios de apreciación de la causa que estime inadecuados.

En cambio, el legislador no estaría vinculado para dispensar a un sometimiento a normas legales o consuetudinarias. Sus dispensas serían válidas y lícitas cuando concurrieran en ellas las exigencias de *rationabilitas*,⁶² que con-

⁶¹ Cfr. O. Giacchi, *Natura giuridica dei rescritti in diritto canonico, Obreptio e subreptio nei rescritti in diritto canonico* y *La causa negli atti amministrativi canonici*. Estos trabajos pueden ahora consultarse cómodamente en la colección de los artículos del autor *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Studi raccolti e presentati da O. Fumagalli Carulli, Milano, 1981, vol. 1, pp. 437 y ss. Fueron publicados originalmente en el fascículo correspondiente a 1937 de *Studi Senesi*, en el vol. 3 (1938) de *Archivio di diritto pubblico* y en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939.

⁶² En la secular consideración de la *causa dispensi* como elemento armonizador de la *rationabilitas* de la ley y la de excepción autorizada por vía de dispensa, cabe distinguir dos planos. Por una parte, la inderogable necesidad de que exista una *ratio*, que no sólo condicionaría la posibilidad de la dispensa, sino que incluso puede originar para los pastores el deber de dispensar, en virtud del principio *salus animarum suprema lex*. Se trataría, obviamente, de un deber derivado de la responsabilidad pastoral, análogo al de dictar leyes justas o al de reprobare costumbres nocivas. En este sentido, puede establecerse un paralelismo entre las contraposiciones *lex - legis corruptio* (Tomás de Aquino I-IIae, q. 95, a 2 in c.) y *dispensatio - dissipatio* (Cfr. Berlingo, *La causa pastorale...*, cit., por ejemplo, p. 409; estas reflexiones presuponen la reconstrucción histórica del autor). Desde esta perspectiva cobra toda su fuerza la posición adoptada ante el tema por el decreto *De reformatione generalis* del Concilio de Trento: "...sanciant universi, sacratissimos canones exacte ab omnibus, et, quoad eius fieri poterit, indistincte observandos. Quodsi urgens, iustaque ratio, et maior quandoque utilitas postulaverit, cum aliquibus dispensandum esse; id, causa cognita, ac summa maturitate, atque gratis, a quibuscumque, ad quos dispensatio pertinebit, erit praestandum: aliter facta dispensatio subreptitia censetur" (Sess. XXV, cap. XVIII; los subrayados son míos). Esta exigencia de una *ratio*, como fundamento radical de la dispensa, operaría con carácter previo a la regulación legal o consuetudinaria del instituto y supondría el presupuesto de una actividad innovadora del dispensante, sólo concebible técnicamente en el ejercicio de la función legislativa; es decir, en el desempeño personal del primado o de la capitalidad de la Iglesia particular (cfr. c. 391 & 2 del nuevo *Codex*). Por otra parte, hay que considerar la exigencia de una *causa canónica*; es decir, de la concurrencia *in casu* de una circunstancia considerada suficiente por ley o costumbre para la concesión de una dispensa tipificada *a iure*. En este caso, estaríamos ante un presupuesto de validez de la dispensa - acto administrativo, para la que es competente quien goza de potestad ejecutiva, en el ejercicio de una actividad

dicionan la eficacia de toda norma canónica. De aquí la calificación de estas dispensas como normas singulares, que más arriba he propuesto.

Se plantea, sin embargo, el problema de que el *Codex* —de acuerdo por otra parte con una solución ampliamente admitida por la doctrina tradicional— otorga validez a las dispensas del legislador, incluso si no concurre una “causa justa y razonable”, lo cual parece eximirlo, no sólo del control de las normas, sino incluso de los requisitos sustanciales para la eficacia de la ley y la costumbre. Me parece que en este supuesto la conducta del legislador es ilícita —y objetivamente inválida—, por defecto de potestad. Sólo a esta conclusión puede llegarse si se considera la teoría de la norma canónica, no sólo desde la perspectiva de la *voluntas principis*; sino también desde el ángulo de la *rationabilitas*. Se admite, sin embargo, la eficacia de la dispensa, para legitimar la conducta del dispensado (que no es responsable de la laxitud de los criterios del legislador), en atención al fin supremo de la *salus animarum*. La analogía con el c. 144 me parece que reviste notable interés.

Sin embargo, el c. 87 & 1, al ocuparse de las dispensas por parte del Obispo diocesano de las leyes universales,⁶³ parece romper el aludido esquema, ya que, a pesar de no ser competente para legislar sobre la materia no lo vincula a unas causas tipificadas por ley o costumbre; sino que le atribuye competencia para llevar a cabo un juicio prudencial: puede dispensar cuando estime que ello ayuda al bien espiritual de los fieles de su diócesis. En este supuesto, entiendo que el Obispo no ejerce una función meramente ejecutiva, sino que se mueve en el ámbito de su función legislativa, que no tiene como objeto solamente dictar normas de Derecho particular; sino también partici-

sometida a Derecho y recurrible a tenor del nuevo canon 1732. Berlingo, en cambio (si le he interpretado bien), ve en la calificación de la dispensa como acto administrativo por parte del *Schema* de 1977, una vía de superación de la relación entre actividad legislativa y dispensa (“Privilegi e dispense...”, cit., pp. 18-20), que habría originado lo que —con expresión incisiva— denomina “la «secolarizzazione» dell’istituto” (*La causa pastorale...*, cit., pp. 284-289). Me parece, sin embargo, que la deformación que el autor denuncia se explica —sobre la base de los datos que él mismo ofrece—, no por la calificación de la dispensa como acto legislativo, sino por la incidencia del voluntarismo en la concepción de la función legislativa en la Iglesia. Por de pronto, cuando está presente con vigor la idea de *rationabilitas* todo conformismo ante quien detenta el poder desaparece, precisamente a partir de la analogía con la ley. Al respecto, son muy expresivas estas palabras de Francisco de Vitoria: “El Papa no tiene mayor potestad para dispensar que para dar leyes, pero, si diese una ley inicua e injusta, o intolerable o muy grave, los súbditos no tendrían obligación de obedecer; luego, tampoco si la dispensa tuviese los mismos caracteres”. *Relección de la potestad del Papa y del Concilio*, en la edición de las *Relecciones teológicas* traducida y anotada por J. Torrubiano Ripoll, p. 305.

⁶³ Sobre la facultad de dispensar en el nº 8 del Decreto *Christus Dominus* y el desarrollo de esta decisión del Concilio en la legislación posterior ver, con amplia información bibliográfica: Berlingo, *La causa pastorale...*, cit., pp. 367-452. Pienso, sin embargo, que el sistema de reservas al Romano Pontífice resulta indispensable, no sólo en los supuestos de relación con materias de Derecho divino en los que la doctrina y *praxis* de la *oeconomia/dispensatio* no esté suficientemente madurada; sino también en aquellas cuestiones de Derecho humano verdaderamente fundamentales en relación con la unidad de la disciplina eclesiástica. También en este caso la doctrina de la *rationabilitas* resulta fundamental. La analogía con la idea de *nervio de la disciplina* eclesiástica, de tan clásica raigambre en relación con la costumbre, pienso que puede demostrarse fecunda para el estudio del problema.

par en una responsabilidad relacionada con el bien de toda la Iglesia": *disciplinam cunctae Ecclesiae promovere et ... observantiam legum ecclesiasticarum urgere* (c. 392 & 1). El supuesto es análogo al de las competencias acerca de la *reprobatio* de las costumbres contra leyes universales. El Obispo diocesano no puede dictar normas contrarias al Derecho universal (c. 135 & 2), pero su función con respecto a él no es de mera ejecución; sino que —subordinadamente a la potestad legislativa y reprobatoria del Romano Pontífice— tiene unas facultades que inciden en la adaptación del Derecho común para toda la Iglesia latina a las concretas circunstancias de la comunidad confiada a su función pastoral.

PEDRO LOMBARDÍA
Universidad de Navarra

REFLEXIÓN IUSFILOSÓFICA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DICTAMEN Y LA PROFESIÓN DE ABOGAR

¿Debe el dictamen administrativo ser justo? La pregunta, que puede parecer obvia y hasta ridícula, no lo es tanto si pensamos en las notables divergencias que acerca de la naturaleza jurídica del dictamen nos presentan los teóricos del derecho administrativo. Si convenimos en expresar con González Pérez que el hombre tiene, entre otras desgracias, la de ser administrado, porque desde que está en el seno materno y cuando ya está en la sepultura merece las preocupaciones del poder público,¹ debemos acordar que la cuestión no es pequeña, sobre todo en nuestro país, fuertemente dominado por una influencia barroca y burocrática² que hace que este tipo de problemas deba analizarse con sumo detenimiento.

I. Si bien desde un punto de vista jurídico-dogmático la doctrina se encuentra conteste en admitir que el dictamen es una opinión o consejo que en determinados asuntos debe oírse por las autoridades, constituyendo por ello la respuesta técnica a la consulta del interesado (en nuestro caso la Administración Pública activa, como veremos más adelante), no existen posiciones coincidentes en cuanto a la naturaleza jurídica que reviste tal institución del derecho administrativo.

Así Gordillo, tras establecer que el acto administrativo puede ser la expresión de una opinión o juicio sobre una determinada situación o hecho, concluye afirmando que es más bien excepcional que una opinión produzca efectos jurídicos directos. De allí que el simple dictamen o informe, aun en los casos en que está exigido por una norma expresa, no es un acto administrativo productor de efectos jurídicos directos, aunque pueda viciar un acto posterior si dicho dictamen no se produce en debida forma. Por ello, si es esencial al concepto de acto administrativo que los efectos jurídicos sean directos, es decir, que surjan del acto mismo sin estar supeditados a la emanación de un acto posterior como señala Forsthoff, el acto debe "de suyo" producir efectos jurídicos respecto al administrado. Gordillo pues, concluye afirmando que los dictámenes no constituyen actos administrativos. El criterio, como veremos más adelante, es erróneo, ya que la noción misma de "acto" acarrea una referencia básica de la razón de justicia que debe acompañar a todo movimiento productor de consecuencias jurídicas mediatas o inmediatas y porque además en el concepto de "acto" debe presuponerse siempre la responsabilidad que su dictado puede acarrear.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "La arbitrariedad administrativa", en *Anuario Jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1-1974, UNAM, p. 159.

² Nos remitimos a los conceptos de Carlos Disandro, sobre todo en su opúsculo: "La Argentina bolchevique".

Gordillo clasifica a los dictámenes entre los actos no jurídicos, también llamados actos de la administración, explicando que se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian en los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos) en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo. En los dictámenes, el funcionario pertinente emite una opinión, juicio, consulta, etc., destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir. Los dictámenes forman parte de la actividad llamada "consultiva" de la administración, y se clasifican en dictámenes "facultativos" (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y "obligatorios" (que es debido requerirlos, como condición de validez del acto). A su vez los dictámenes obligatorios se subdividen en vinculantes (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), semivinculantes (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo), y no vinculantes (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo). Dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los dictámenes jurídicos, los cuales son obligatorios, de acuerdo con el art. 7º, inc. d) *in fine* del decreto-ley 19.549, pero no vinculantes. "Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos".

La posición de Gordillo es tomada de Marienhoff, para quien los órganos consultivos "no deciden"; sus funciones son únicamente de valoración técnica. Los dictámenes son actos "internos" de la Administración. De ahí que los actos de la Administración consultiva no sean "actos administrativos" sino "actos de administración". Por ello, siguiendo a Marienhoff, la Administración "consultiva" es una actividad "preparatoria" de la manifestación "activa" de la Administración. Consiste en una función de colaboración. Por eso es que generalmente aparecen vinculadas estas dos formas de la actividad administrativa.

La actividad "consultiva" se justifica por el carácter "técnico" —en su amplio sentido— que revisten ciertas decisiones administrativas. Con ello tiéndese a lograr el mayor acierto en la decisión. Los órganos consultivos generalmente son colegiados, pero pueden ser "individuales", como ocurre entre nosotros con el Procurador del Tesoro de la Nación. Cuando dichos órganos revisten carácter colegiado, reciben el nombre de "consejos", "juntas", "comisiones", etc. Los órganos de referencia, sean individuales o colegiados, pueden ser "permanentes" o sólo "transitorios" e incluso *ad hoc*.

En las Administraciones simples o sencillas las operaciones de administración activa y consultiva pueden o suelen hallarse a cargo del mismo personal u órgano; pero cuando la actividad del Estado se torna compleja, resulta conveniente la existencia de órganos consultivos específicos.

Siempre siguiendo al último de los autores citados, el dictamen que emita el órgano consultivo no libera de responsabilidad al funcionario que ejecuta tal dictamen: el único responsable de la resolución final es el órgano activo que

la emite; el órgano consultivo carece de responsabilidad en la especie. Tal es el principio. El dictamen sólo contiene una opinión "técnica" en el amplio sentido; consecuentemente traduce una actividad "lícita" del órgano asesor, actividad que termina con la mera emisión del parecer. Siendo así es obvio que el dictamen emitido en esas condiciones no trae responsabilidad alguna a quien lo emitió; aunque el órgano activo que lo requirió incurra después en responsabilidad al hacer suyo y llevar a cabo el consejo contenido en el dictamen —actividad lícita del órgano consultivo— de hecho estarían asignándosele consecuencias propias de la "instigación" —actividad ilícita—, temperamento que rechaza la lógica jurídica. "Asesoramiento" e "instigación" son conceptos jurídicamente distintos: lícito el primero, ilícito el segundo. El "instigador", por principio, responde del instigado; en cambio el mero órgano consultivo, por principio no es responsable por las consecuencias de su dictamen. Siempre siguiendo a Marienhoff, el propio Código Civil tiene un principio que corrobora lo expuesto: según el art. 1071 "el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Nos permitimos disentar, sin embargo, con la opinión expuesta por Marienhoff, ya que se debe propugnar la responsabilidad personal del profesional que emite el dictamen. En efecto, si bien podría sostenerse (aunque dudamos mucho de la justicia de esta solución) que la responsabilidad profesional no existe cuando median errores de carácter científico,³ la regla subsiste en los casos de impericia, es decir, olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, de las reglas admitidas por todos como ciertas (CNCiv., 1^a, 30-VI-38, I.L., 11-124). De allí que en las hipótesis de error grave o inexcusable el abogado deberá responder de un consejo legal notoriamente perjudicial para su cliente.⁴ No hay razón pues para apartarse de las reglas generales que dominan la teoría general de la responsabilidad civil frente a los funcionarios públicos que emiten dictámenes deficientes, incluso a tenor de lo dispuesto en los arts. 1109 y 1112 del Código Civil.

Para Marienhoff, los dictámenes facultativos son los que la Administración no está obligada a requerir, por lo que si voluntariamente los solicita, no está obligada a aceptar sus conclusiones. Los obligatorios son los que, si bien la Administración está obligada a solicitar, no está obligada a conformarse a ellos. Los vinculantes serían los que la Administración está obligada a requerir y aceptar sus conclusiones. Presutti estima que, en el supuesto de dictámenes vinculantes, si la Administración no requiere el dictamen o no sigue sus conclusiones, tal comportamiento vicia de ilegitimidad el respectivo acto, pero Marienhoff disiente con tal criterio, pues ningún dictamen de órganos "consultivos" puede tener semejante alcance; si la ley le atribuyese tales efectos, el dictamen dejará de tener carácter "consultivo", debiéndose regir entonces por otras reglas. La esencia de tales dictámenes y la índole de las funciones de dichos órganos excluye aquellos efectos. En ningún caso la Administración activa está obligada a seguir las conclusiones del dictamen de un órgano consultivo, tanto más cuando, según la teoría de dicho autor ya expuesta, en la especie el único responsable de la resolución es el órgano activo que la emite.

³ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1972, p. 378.

⁴ Aut. y ob. cit., p. 388.

Los órganos consultivos no realizan funciones que impliquen una "expresión de voluntad", "no emiten manifestación de voluntad", es decir, no deciden; sus funciones son únicamente de valoración técnica. En otras palabras: se limitan a dictaminar aconsejando, asesorando. Estos dictámenes constituyen actos "internos" de la Administración, de allí algunas de sus características más destacadas: a) no tienen fuerza ejecutoria, pues no son "actos administrativos" *strictu sensu*; b) no constituyen un acto jurídico: no obligan al órgano ejecutivo. Si el dictamen fuere acogido por el órgano ejecutivo, la sustancia de dicho dictamen se tornará obligatoria, pero esto no por obra del dictamen en sí, sino como consecuencia del acto administrativo que emita la Administración activa aceptando dicho dictamen. Para algunos autores dichos dictámenes constituyen un mero hecho administrativo, pero Marienhoff estima que si bien no se está en presencia de un "acto administrativo", nos encontramos ante algo más que un simple "hecho administrativo": se trata de un "acto de administración".

Más adelante disentiremos nuevamente con el ilustre administrativista Marienhoff, debido a las nefastas consecuencias iusfilosóficas que tal postura acarrea.

II. Para Bielsa, los dictámenes son documentos informativos que se incorporan en la dinámica jurídica de la Administración, por decisión que les da carácter de instrumento (por ejemplo disponiéndose que se tengan por resolución o se consideren parte integrante de una causa): se convierten en instrumentos públicos. También para este jurista la función del dictamen sería eminentemente consultiva.

Diez opina que la naturaleza jurídica del dictamen vertido por un órgano consultivo, es un hecho administrativo desde que no obliga a la Administración activa. Además no crea, extingue ni modifica una relación de derecho y por ello, son simples hechos administrativos. Pero en cambio si el órgano de la Administración activa adoptase la opinión de un cuerpo consultivo, el hecho se convertiría en acto administrativo.

El administrativista Sarría, con su habitual lucidez y agudeza, también sería partidario de esta última opinión. Realizando un análisis detenido de los órganos consultivos, expresa que si bien la Administración es sobre todo actividad y ejercicio de poder, no está excluida, y antes bien lo exige la naturaleza misma de la función administrativa, el consejo u opinión, *que ordinariamente precede a la acción*. Concluye afirmando que la consulta de la autoridad ejecutiva es tan antigua como ésta; los "consejeros privados de los reyes aparecen en las viejas monarquías, siglos antes de crearse la institución ministerial, que seguramente tiene en aquélla su raíz remota. Las repúblicas (y en especial la nuestra), han organizado la Administración consultiva, creando los asesores y fiscales que no actúan corporativamente, sino por dictamen individual, que el gobierno es libre de seguir o no, pues es de la esencia de la función consultiva el no ser obligatoria, por no constituir ni ser en caso alguno, acto de poder, sino mera opinión. No está el gobierno obligado a consultar, salvo casos especiales previstos en las leyes, y ni en uno ni en otro compromete su responsabilidad si desoye el consejo: su valor es solamente técnico.

Entre nosotros en el orden nacional, se destacan el Procurador General de la Nación y el Procurador del Tesoro. No existe a su respecto una reglamen-

tación orgánica adecuada, y así se observa —siempre siguiendo a Sarría— que el primero es a un mismo tiempo funcionario judicial (en la Suprema Corte) y asesor del Poder Ejecutivo, situación ambigua que no se concibe en un país donde el principio de la división de poderes recibe tan neta consagración.

Para Dromi, los dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa. Dentro de esta conceptualización, el dictamen es para este autor, un acto jurídico unilateral de la Administración, pero con efectos mediatos, indirectos y reflejos. El mismo no obliga, en principio, al órgano ejecutivo, ni extingue o modifica una relación de derecho con efecto respecto de terceros, sino que se trata de una declaración interna, de juicio u opinión que forma parte del procedimiento administrativo en marcha.

Como características generales de la actividad administrativa consultiva y del dictamen como forma jurídica por la que se exterioriza, señala algunos principios jurídicos propios del mismo, a saber: 1º) Declaración de juicio a petición de un órgano activo: los pareceres o dictámenes que emite el órgano consultivo no los hace de oficio ni en forma espontánea, sino siempre a solicitud y requerimiento de un órgano activo de la Administración; 2º) Dictamen para un caso concreto: los dictámenes no pueden emitirse en abstracto, sino en concreto, para un caso particular, como parte de un procedimiento administrativo en marcha, de una voluntad administrativa en formación. Así tiene resuelto la Procuración del Tesoro que emitirá dictámenes en casos concretos, no hipotéticos ni abstractos (Dictámenes, 71-199; 72-14; 84-34); 3º) Carácter facultativo u obligatorio: en general los órganos activos de la Administración no tienen obligación jurídica de aceptar el dictamen, o parecer, del órgano consultivo; 4º) Contenido formal: el dictamen, como todo acto jurídico, debe cumplimentar ciertos recaudos formales, algunos de los cuales son generales y comunes a toda la actividad administrativa, mientras que otros son propios del quehacer consultivo. Las normas reglamentarias del procedimiento administrativo enuncian los requisitos de forma a que deben sujetarse los dictámenes, exigiendo la mención de lugar, fecha, resumen de la cuestión objeto de la consulta, opinión fundada y conclusiones.⁵

III. Respondiendo a esta orientación legislativa, en nuestro derecho puede citarse la ley 2296 de procedimiento administrativo de Santiago del Estero (ADLA, XI-B-2086, año 1951), que en su art. 71 dispone: “Los informes serán evacuados tendiente siempre a facilitar la labor de quienes deben pronunciarse con posterioridad y observarán los siguientes requisitos:

- ”a) Lugar y fecha;
- ”b) extracto del asunto;
- ”c) opinión fundada, con la cita de la ley, decreto o disposición reglamentaria en su caso, y relación prolija de todos los antecedentes que sirvan como elemento de juicio para resolver en definitiva;
- ”d) conclusiones que se concretarán...”.

⁵ Nótese el cierto paralelismo existente con los requisitos formales que debe contener la sentencia judicial.

De modo idéntico, legisla el decreto 69/44, sobre la tramitación de asuntos administrativos de la provincia de Tucumán en su art. 40, y agrega en el art. 41: "Todos los informes serán producidos siguiendo un riguroso orden cronológico y evitando que entre ellos quede un claro mayor que el indispensable para su separación". Art. 42: "Las correcciones que se introduzcan en los informes serán salvadas a continuación de los mismos y antes de ser éstos firmados, dejándose expresa constancia de lo tachado, sobrepasado o enmendado y de cualquier otra modificación que se practique".

De todas maneras Dromi se adelanta en señalar, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de los dictámenes, que éstos son simples actos de la Administración y no actos administrativos, desde que no obligan en principio a los órganos ejecutivos decisorios, ni extinguen o modifican una relación de derecho con efectos respecto de terceros. Pero este autor, siguiendo la precitada teoría de Díez aclara que si el órgano activo adopta la opinión del cuerpo consultivo, entonces estamos ante el acto administrativo; mientras ello no ocurra, el dictamen o parecer constituye una formalidad previa cuyo incumplimiento acarrea, en algunos casos, la invalidez de aquél (art. 7º, inc. d, ley 19.549).

IV. En la doctrina extranjera, Jeze sostiene que los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad de individuos —gobernantes, agentes públicos, simples particulares— en el ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir un efecto de derecho. Ese efecto consiste para nuestro autor en *crear* una situación jurídica; *invertir* a un individuo de dicha situación o *hacer constar* una situación jurídica preexistente. Esta definición, que puede ser aplicada sin dificultades al dictamen administrativo, con lo cual ya adelantamos nuestra opinión acerca de su naturaleza jurídica, hace que Jeze clasifique a los actos jurídicos por razón de su contenido en varias categorías. Así,

Por razón de su contenido	{	1º) Actos creadores de situación jurídica general	}	Legislativos	}	Reglamentarios
		2º) Actos creadores de situación jurídica individual		}		Contratos
	{	3º) Actos conferentes a un individuo de una situación jurídica general, un <i>status</i>	}		} Actos- condición:	}
		4º) Actos que hacen constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho		}		

De todas formas, todo acto jurídico es siempre una manifestación de voluntad y constituye el ejercicio de un poder legal.⁶

⁶ JEZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1923, p. 46.

Spiegel, siguiendo a Mayer también define al acto administrativo como la sentencia de una autoridad que determina en cada caso concreto lo que debe ser derecho para los súbditos.⁷ Obviamente el paralelismo con la sentencia judicial es claro, y revela además una serie de analogías incluso con el mismo procedimiento civil, ya que incluye en el concepto de acto administrativo a toda clase de disposiciones de una autoridad competente.

En tal caso —y si tenemos en cuenta que el dictamen administrativo es un tipo especial de acto administrativo—, dichas analogías van de lo simple y meramente formal (necesidad por ejemplo, de que sean motivados o que lleven firma) a lo complejo y verdaderamente sustancial, es decir, que los actos administrativos —dictámenes—, sean justos.

Gabino Fraga por su parte expresa que la función administrativa constituye una función del Estado que se realiza bajo un *orden jurídico*,⁸ expresión ésta que como se ve es una aplicación del denominado principio de legalidad, consistente en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a la justicia intrínseca que toda ley debe poseer.⁹

De todas formas, el mismo Fraga aprecia que si se considera a los actos administrativos desde el punto de vista de su radio de acción, pudiéndoselos clasificar en actos internos o externos según que sólo produzcan sus efectos en el seno de la organización administrativa o trasciendan fuera de ella, el dictamen puede considerarse con propiedad un acto interno.

En efecto, los actos internos comprenden toda una serie de actos *conforme a las reglas de derecho* que constituyen la vida interna de la Administración, abarcando medidas de orden y disciplina para el buen funcionamiento de las unidades sectoriales que la componen, prescribiendo las reglamentaciones para los procedimientos que deben observarse en el despacho de los asuntos e imponiendo la necesidad de estudios previos, de consulta a los departamentos legales y en general a los departamentos técnicos. Sin embargo, debe concluirse que dichos actos sólo tienen carácter de internos cuando los mismos no están establecidos como una garantía para los particulares, sino solamente están prescriptos en interés del buen orden administrativo.¹⁰

En suma, creemos que el dictamen es un tipo especial de acto administrativo y que como tal debe poseer todos sus caracteres, que son señalados por los arts. 7º y 8º de la ley 19.549. Pero si el dictamen jurídico-administrativo como tal no ofrece dificultades cuando el mismo no es seguido por los estamentos superiores de la Administración Pública¹¹ ya que no es productor de

⁷ SPIEGEL, LUDWIG, *Derecho administrativo*, Barcelona, Labor, 1933, pp. 106-107.

⁸ FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1944, p. 155.

⁹ Claro que el principio de legalidad así entendido difiere de la afirmación dogmático-positivista que excluye toda referencia a la justicia y analiza el problema mediante una simple subsunción lógica de la conducta que la norma describe, como expresión típica de un acto voluntario del legislador.

¹⁰ FRAGA, GABINO, ob. cit., p. 203.

¹¹ Porque el dictamen no es obligatorio para quien solicita la intervención correspondiente al cuerpo técnico encargado de dictarlo. Aquí se nota la función del dictamen como "consejo", que puede o no ser seguido por los órganos superiores. Si no se comparten los criterios del dictamen, se debe en su caso dictar una providencia de las denominadas de "visto y oído". Por ejemplo, "Visto y oído el asesor jurídico, y no compartiendo los térmi-

efectos jurídicos, no sucede lo mismo con el dictamen que origina una decisión administrativa, ya que en este caso ese mismo acto le ha suministrado materia a la decisión. En tal sentido —y aunque pueda sospecharse que lo que decimos es una verdad de perogrullo—, el dictamen jurídico-administrativo debe ser justo.

Este carácter esencial que tiene que poseer todo dictamen jurídico-administrativo, curiosamente soslayado por la gran mayoría de los administrativistas, hace que lleguemos a la conclusión de que las valoraciones vividas por el administrador y el juez no pueden diferenciarse. De allí que todo eso que se llama “intereses públicos”, “necesidad pública”, “utilidad pública”, “*salus populi*”, etc., no son sino paráfrasis para designar valoraciones que usan el legislador, el juez y el administrador. Son valoraciones supuestas en el derecho administrativo. “Decir que el derecho administrativo tiene en cuenta preferentemente los «intereses públicos» o «el servicio público» es un modo de decir que en ciertas normas referentes a la conducta administrativa se valoran los contenidos contingentes en función del valor Orden o Paz o Seguridad y no puramente de Justicia”.¹²

Existe pues en el administrativista —debe existir— una clara referencia a los valores o fines del derecho entre los cuales la iusfilosofía clásica colocó siempre al bien común y a la justicia en rango preeminente, en tanto y en cuanto esta última virtud es el objeto del derecho. De tal referencia no debe quedar excluido el que suscribe un dictamen en el ámbito de la Administración Pública, pues lo que corona el éxito de la función de asesoramiento jurídico es en todo caso la objetividad y la prudencia, virtud inseparable de toda consideración acerca de lo justo.

En términos coincidentes se pronuncia Sainz Moreno, al afirmar la convicción de que el derecho administrativo tiene por objeto configurar y ordenar la actuación de la Administración en términos de justicia. De tal modo no es un derecho “contra” ni un derecho “de” la Administración. Es, simplemente, derecho y como tal, expresión de una idea de justicia, no mero instrumento de eficacia,¹³ máxime teniendo en cuenta que el principio de una solución justa equivale al principio de una solución verdadera. Del mismo modo y si tenemos en cuenta que al emitir un dictamen se efectúa una tarea de *interpretación*, la posición que sustentamos adquiere relieves importantes al concebir el derecho como la determinación de un *iustum*. Díez Picazo lo señala con claridad expresando que bajo este prisma, se puede llamar interpretación a todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la tarea de investigación o búsqueda auténtica del derecho o de lo que “es derecho”, es decir, del *iustum* concreto. Dicha actividad interpretativa también existe en la denominada “jurisprudencia cautelar”.

nos de su dictamen por tales y cuales razones, el señor Director Nacional (o el Subsecretario, o el Secretario de Estado, o el Ministro), dispone (o resuelve):...”

¹² NIETO ARTETA, LUIS EDUARDO, “La interpretación de las normas jurídicas”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, t. XV, año 1944, vol. I, p. 749. Dicho autor sigue a Juan Francisco Linares en “El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional”.

¹³ SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 9.

Mediante esa "jurisprudencia cautelar" no se trata de decidir conflictos que ya se han planteado, sino de prevenir o de evitar aquellos que pudieran plantearse en el futuro. Cumplen esta función todas aquellas personas que asumen un papel de *asesoramiento*.¹⁴

Pues bien, ¿se cumple esta tarea de interpretación en la búsqueda de una solución justa para el caso concreto, en el ámbito de la Administración Pública, con la utilización de modelos de dictámenes, o con la utilización a rajatabla de dictámenes anteriores proveídos en casos lejanamente similares a los que se consideran actualmente? ¿Por qué razón el administrado que peticiona un objeto justo y razonable está obligado las más de las veces a entablar una acción judicial ante el silencio o la denegatoria de la Administración? Obviamente aquí juega un papel preponderante la buena fe aplicada al campo del derecho administrativo, ya que ella es siempre *una vía de comunicación del derecho con la moral* y porque su búsqueda constante permitirá en todo caso a los administrados restablecer su confianza en la Administración.¹⁵ Sucede, como lo indicara acertadamente González Pérez, que los que acceden a un cargo público no deben olvidar que lo hacen para servir a los intereses colectivos y, en definitiva, a esos administrados que, de una u otra forma, acuden a la Administración Pública.

V. Sentado lo expuesto, se puede apreciar que detrás de la doctrina que no le asigna categoría especial de acto administrativo al dictamen, subyace de alguna manera el intento de sustraer a la Administración de los principios generales del derecho y de los valores que deben servirle de permanente soporte. Las causas se deben tratar de encontrar por una parte, en un deficiente modo de concebir al derecho, y por la otra una obsecuente manera de encarar las relaciones entre la misma Administración y los profesionales que integran sus cuadros. Ambas causas tienen —a poco que se las analice— una común raigambre ética que necesita ser abordada.

En efecto, en cuanto al deficiente modo de concebir el derecho, habrá que apuntar que en el sistema elaborado por la iusfilosofía aristotélico-tomista, se necesitan dos cosas: la legalidad y la eficacia; el enraizamiento con la ley eterna y la proyección en la realidad social: *que sea justa y que sea real*. Si el derecho fuera tan sólo reglas de conducta impuestas, y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos. El derecho necesita algo que legitime su organización, sus mandatos y sus sanciones. . . Existe una tabla de valores inmutables: su conformidad o su proximidad con ellos legitima el derecho humano; si de ellos se aparta, si los contradice, quedará sólo una regla con pretensiones de jurídica, pero que ya no merece este calificativo, que no es ya derecho, que sólo será arbitrariedad y violencia, si se intenta imponer su cumplimiento.¹⁶ Tal consideración acerca de la razón de justicia que debe acompañar a todo dictamen, es esencial si tenemos en cuenta que la primera manifestación del derecho es el saber inmediato de la razón, el saber de evidencia, que se llama también común

¹⁴ DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, pp. 231 y 237.

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, p. 13.

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La arbitrariedad administrativa*, p. 164.

pues merced a él todos los hombres se hallan en condiciones de calificar las instituciones, los hechos o las relaciones sociales con los criterios de su razón.

La manifestación más usual del saber científico común es generalmente negativa, exteriorizada en rechazar la injusticia en cualquier hecho, relación o institución en la vida social de convivencia. La reacción contra lo injusto en la convivencia *es la aplicación o inserción de la ética en la sociedad*, por lo cual se trata de una reacción cabalmente jurídica dado que *el derecho es el establecimiento de lo justo en la convivencia*. La negatividad de la injusticia formulada por el saber jurídico común posee contenido moral, pero su efectividad es jurídica habida cuenta que se trata de una moral aplicada a la vida social entre los hombres, y que la negación de la injusticia supone afirmación de la justicia.¹⁷ Ello así, la evidencia por intuición de lo justo en lo social que es el deber jurídico común mana de la pura recepción racional de qué sea la justicia.

VI. Desde el punto de vista de la ética profesional de los funcionarios administrativos encargados de emitir dictámenes, debe procurarse siempre no caer en las redes del político de turno que se obstina en mantener o crear una ilegalidad. No debe caerse en lo que Mariano José de Larra, con su habitual ironía, llamaba el "ministerial", y que describía de la siguiente forma: "Coja usted un hombre (si es usted ministro, se entiende, porque si no, no sale nada), sonriásele usted un rato, y le verá usted ir tomando forma, como el pintor ve salir del lienzo la figura con una sola pincelada. Déle usted un toque de esperanza, derecho al corazón, un ligero barniz de nombramiento y un color pronunciado de empleo, y le ve usted irse doblando en la mano como una hoja de sensitiva, encorvar la espalda, hacer atrás un pie, inclinar la frente, reír a todo lo que (usted) diga: y ya tiene usted hecho un ministerial". Y más adelante Mariano José de Larra agrega: "Es cangrejo porque se vuelve atrás de sus mismas opiniones francamente; abeja en el chupar, reptil en el serpentear, mimbre en lo flexible, aire en el colarse, agua en seguir la corriente, espino en el agarrarse a todo, aguja imantada en girar siempre hacia su norte, girasol en mirar al que alumbr..."¹⁸

En el caso concreto de la abogacía, el asesor jurídico encargado de emitir dictámenes debe pensar que la mentalidad del abogado debe ser predominantemente crítica y combativa, como no puede serlo de ordinario la mentalidad de un empleado, para el cual la defensa de las causas constituya, no una contienda en la que esté en juego su reputación profesional, sino una monótona rutina de oficina.¹⁹ Desde el punto de vista procesal, sabido es que el juicio que finaliza con la sentencia justa se integra armónicamente por la obra del juez, que ocupa una posición central, y la de los abogados que aportan sobre los elementos de la controversia una investigación profunda y reflexiva. Del choque de esas tres fuerzas nace la verdad, pero si el abogado reduce su función a la de ser un mero empleado burocrático al servicio del Estado, no aportará con toda seguridad esa cuota de pasión e interés ineludible por la verdad, que es la esencia misma de la noble profesión de abogar.

¹⁷ ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1977, t. II, pp. 11-12.

¹⁸ LARRA, MARIANO JOSÉ DE, *Artículos*, Barcelona, Planeta, pp. 315 y ss. "El Ministerial".

¹⁹ CALAMANDREI, PIERO, *Demasiados abogados*, EJEA, 1960, p. 48.

Subyace en todo esto, como se nota, una cuestión de responsabilidad profesional y moral. ¿Cuántos juicios pierde el Estado Nacional debido a este modo defectuoso y cansino en llevar adelante el proceso? ¿Cuántos juicios pierde el Estado en los Tribunales al tratar de defenderse causas indefendibles, es decir, injustas, que pudieron haberse evitado con un dictamen anterior recto? Estas preguntas quedan sin respuesta, pero es necesario formularlas definitivamente.

El ejercicio de la abogacía requiere libertad con responsabilidad, y algunas cualidades básicas: rigor moral, el conocimiento de las leyes y un sentido profundo de la justicia. En este caso la emisión de un dictamen administrativo será la mejor prueba de que el funcionario de que se trata obra de acuerdo a tales características. Dicho ejercicio así concebido hará que la descripción efectuada en la comedia "Lo que quería ver el Marqués de Villena", cuando el Zambapalos para describir en la jornada II la oscuridad de la mansión del mago Filano no encuentra nada mejor que decir:

"escura como conciencia
de letrado, que recibe
cualquiera pleito que venga".²⁰

sea simplemente una *boutade*, una humorada sólo existente en la imaginación del escritor. Sin embargo, la emisión de dictámenes injustos se asimila perfectamente a la descripción del Zambapalos.

VII. Concluyendo, el dictamen es un verdadero acto administrativo, cuyo contenido debe responsabilizar personal, moral y jurídicamente a quien lo emite. Esa es la mejor garantía de que la presencia del asesor jurídico debería ser para el administrado y para el juez un ejemplo de seriedad y buena fe. Como afirma Carnelutti, si todos los abogados siguiesen fielmente esta norma de honor profesional, negándose a sostener causas infundadas, los profesionales del derecho pertenecientes a los cuerpos de la Administración Pública, en lugar de instigadores de la multiplicación de pleitos infundados, serían el más eficaz contraveneno para el mal de la litigiosidad y —agregamos nosotros—, de la injusticia.

La tarea se abre ante nosotros en aras del bien común del cual deben participar todos los individuos que viven en una comunidad, y partiendo de la primera advertencia que formula Ossorio y Gallardo en su Decálogo del Abogado: "No pases por encima de un estado de tu conciencia".

JORGE GUILLERMO PORTELA

²⁰ Citado por Elías de Tejada en su *Tratado de filosofía del derecho*, Universidad de Sevilla, 1977, t. II, p. 47.

LA IGUALDAD (*consideración iusfilosófica*)

I. INTRODUCCIÓN: ALCUNOS CASOS JURISPRUDENCIALES

Dado que somos hombres de derecho y no filósofos, el camino que habremos de seguir consistirá en partir de ciertos aspectos de nuestra realidad jurídica y desde ellos reflexionar sobre el tema de la igualdad. Concretamente nuestro punto de partida serán tres fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El primero corresponde a la causa "Delia Bonorino Ezeiza de Claypole y otros c. Provincia de Buenos Aires" y fue fallado el 5 de marzo de 1948 (Fallos, 210-284). El problema que se planteaba era la impugnación de inconstitucionalidad de dos leyes impositivas provinciales por las que se establecía un adicional progresivo de la contribución territorial para inmuebles que superaran una determinada superficie, en un caso, y una cierta tasación en el otro.

La Corte rechazó en lo fundamental la impugnación. Sus principales argumentos fueron: "La legislación impositiva puede, constitucionalmente, perseguir no sólo un propósito fiscal sino también de justicia social, como sucede con la mayor tasa de contribución territorial exigida a los propietarios de grandes extensiones de bienes raíces, calculada sobre el valor de los mismos. La determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede, así, hacerse por motivos distintos de la sola medida económica de la capacidad revelada por el valor de la riqueza gravada. Pues siendo el tesoro público y el régimen que lo constituye instrumentos de gobierno que tienden a obtener el bien común, hay que tomar en consideración el mayor o menor deber de contribuir que corresponda a cada uno según su condición y la función de sus riquezas en la vida social, apreciando todo ello desde el punto de vista de las exigencias del bien común, en el cual todo bien particular tiene su fundamento y requisito. De tal modo pueden ser desiguales valores económicamente equivalentes o lo contrario, pues la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional".

"Las leyes deben tratar igualmente a los iguales en iguales circunstancias, a cuyo efecto debe tomarse en consideración tanto las diferencias en la materia regulada por el régimen legal de que se trata —para determinar quiénes son iguales— cuanto la relación en que la particular obligación impuesta por la ley está con las necesidades o conveniencias generales en el lugar, tiempo y modo de aplicación —para determinar si son o no iguales las circunstancias— procurando en ambas determinaciones trascender las apariencias de la igualdad

aritmética para discernir desigualdades esenciales y hallar el modo de compensarlas mediante obligaciones o exenciones que igualen ante la ley a todos los comprendidos en su régimen. Las leyes pueden y deben pues establecer categorías diversas, a condición de que la distinción sea razonable, es decir tenga razón de ser en la naturaleza de las cosas de que se trata”.

De este fallo quiero destacar los siguientes puntos: a) la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad —en el caso a través de la distribución de cargas impositivas— es una igualdad proporcional; b) la igualdad proporcional consiste en que se trate igualmente a los iguales en iguales circunstancias, y en que se discernan las desigualdades esenciales y se las compense mediante obligaciones o exenciones que igualen a todos ante la ley. Vale decir, que se trate desigualmente a los desiguales; c) las cualidades o elementos según los cuales se establece la proporción entre las personas (esto es, respecto de los cuales son considerados iguales o desiguales), están determinados por la naturaleza de las cosas a distribuir.

El segundo fallo es el de la causa “S. R. L. Roses y Cía. c. Karin Bali Laurent”. Había un contrato de compraventa declarado nulo de acuerdo con el artículo 954 del C. C. por considerarse acreditada la existencia de lesión en perjuicio de la compradora. Ésta reclamó el reajuste de la suma de dinero por la que resultaba acreedora. El tribunal de segunda instancia interviniente rechazó el pedido en virtud de tratarse de una obligación de dinero.

La Corte, por sentencia del 11 de agosto de 1977 (Fallos, 298-466), dejó sin efecto la resolución apelada con base en la doctrina jurisprudencial sentada en “Valdez, José Raquel c. Nación Argentina” y “Vieytes de Fernández, Juana c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos 295-937 y 973): “Que en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa —como la de autos, donde las partes han de restituirse lo mismo que recibieron— ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones, conforme a las circunstancias del caso; y que, no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo, sino un medio que como denominador común permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas. Por ello, cuando ese equilibrio se altera a causa del proceso inflacionario, que al resentir el poder adquisitivo de la moneda disminuye el valor real de las prestaciones, su restablecimiento impone necesariamente el reajuste de la deuda. Sólo de esta manera logra su cumplimiento el propósito de “afianzar la justicia” que incluye el Preámbulo de la Constitución Nacional y sólo así queda incólume el derecho a la propiedad que consagra su art. 17”.

Pongo de relieve: a) cuando se trata de relaciones de conmutación, la justicia exige la igualdad estricta de las prestaciones. A su vez, esa igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas; b) dado que las cosas y acciones que se intercambian en estas relaciones son muy dispares, se necesita un denominador co-

mún que permita commensurarlas. Este medio es el dinero. Por esta razón el dinero no es un fin ni un valor en sí mismo sino una medida común.

En tercer lugar, la causa "Martín y Cía. Ltda. c. José Silvestre Erazo" en la que se atacaba por inconstitucional un decreto de la intervención federal en Santa Fe, en cuanto encomendaba al Dto. Provincial del Trabajo la solución con fuerza obligatoria de los conflictos surgidos entre patrones y obreros. Se trataba en este caso de una determinación de salarios.

Nuestro Tribunal Supremo, al confirmar la sentencia que rechazaba la acción (19/9/47. Fallos, 208-497), dio entre otros importantes fundamentos el siguiente: "La ley asumió en muy amplia medida la determinación de las condiciones del trabajo tanto para asegurar por de pronto a los asalariados condiciones de justicia que no les era posible obtener por la acción individual, cuanto... para promover la recuperación del orden natural en la estructura misma de la sociedad, y en la distribución y explotación de su asiento material que es la riqueza, bajo un régimen de propiedad privada ordenada al bien común. En suma, la intervención estatal de que se trata vino a ser por de pronto acto del poder público en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva —la que es debida por los organismos rectores de la comunidad a cada uno de los miembros que la componen—, y en cumplimiento del fin inmediato de la autoridad que es el establecimiento y resguardo del orden público y la paz social... el libre juego de la autonomía individual no es siempre compatible con la preeminencia del bien común".

Aquí destaco lo siguiente: a) el libre juego de la autonomía individual en las conmutaciones (en el caso de la determinación del salario en un contrato de trabajo), encuentra su marco y sus límites en el orden establecido por la justicia distributiva; b) cuando ese orden natural en la estructura de la sociedad y en las distribuciones ha sido alterado, por ejemplo, por el libre juego de la autonomía individual, es exigencia de la justicia el restablecerlo a través de nuevas distribuciones.

II. JUSTICIA E IGUALDAD

Para comenzar la exposición, desde estas bases, del tema de la igualdad jurídica en el pensamiento clásico, es interesante recordar que la relación entre justicia e igualdad está ya presente en la misma lengua griega: señala Jaeger que la palabra *diké* con la que los griegos designaron la justicia tenía en su origen también la significación de igualdad. Jaeger supone con razón que probablemente detrás de esta identificación estuviera la idea popular según la cual es necesario pagar lo mismo con lo mismo, devolver lo mismo que se ha recibido, dar una compensación igual al perjuicio causado. Lo cierto es que este aspecto de la igualdad en la noción de justicia es mantenido en el pensamiento griego a través de todos los tiempos.

Así los pitagóricos —que identificaban las esencias de las cosas con números— hacían consistir la justicia en el primer número cuadrado, cuatro o nueve según las versiones, producto del primer número par o impar, respectivamente,

por sí mismo. Esta igualdad es en el cuatro doble ya que también es producto de la suma de dos más dos. Qué quisieron significar con esto de la doble igualdad de la justicia, es algo que no sabemos con precisión. Con todo, podría considerarse aquí prefigurada la división aristotélica de la justicia particular.

El primer desarrollo de la idea de igualdad propia de la justicia es obra de Aristóteles. Como es sabido, Aristóteles divide a la justicia en general y particular, y a ésta en distributiva y correctiva o conmutativa.

La justicia general rige el orden de las partes al todo. O sea de los particulares al bien común. Reside principalmente en el gobernante porque a él le corresponde la tarea primordial en la construcción de este bien de la comunidad. Como esta ordenación se realiza a través de la ley, en los gobernados la justicia general consiste en la adecuación de las conductas a sus reglas. Por esto, lo justo se identifica aquí con lo legal, con la observancia de la ley.

III. IGUALDAD Y JUSTICIA PARTICULAR

Pero la que nos interesa ahora es la justicia particular. Las dos especies de esta justicia coinciden en que su término —el otro de la relación— es la persona particular, el hombre en cuanto parte de la comunidad. Coinciden también en que lo justo es lo igual. En estos casos la justicia se identifica con la igualdad. Ésta consiste en que cada uno tenga exactamente lo que le corresponde, lo suyo, ni más ni menos. Tanto en los bienes como en los males, como pueden ser las cargas, las sanciones, las penas.

De las dos especies de justicia particular, una, la distributiva regula las distribuciones, ya de honores, de riquezas o “de otras cosas que pueden repartirse entre los miembros de la comunidad”. La otra, dirige los cambios que puedan darse entre dos personas. Ésta es la conmutativa, en terminología adecuada a Santo Tomás, o correctiva, en términos aristotélicos, porque “desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas”.

La distributiva rige, entonces, el orden del todo (la comunidad) a las partes (los particulares). La distribución de las cosas comunes entre los miembros de la comunidad.

El fundamento de este deber de distribución y consiguiente ordenamiento de la sociedad, reside en que —dice Santo Tomás— “como la parte y el todo son en cierto modo una misma cosa, así lo que es del todo es en cierta manera de la parte; y por esto mismo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre los individuos, recibe cada cual en cierto modo lo que es suyo” (S. T. 2-2, 61, 1, 2).

En tanto parte que son las personas de la comunidad, tienen distinta preeminencia en el todo, son desiguales, ya en sus méritos, ya en su capacidad, en sus riquezas o necesidades. Por ser desiguales es justo que reciban cosas desiguales. Decía el primer fallo: “la igualdad con que se constituye el orden de la sociedad, es una igualdad proporcional.”

Lo justo en las distribuciones es una igualdad, pero una igualdad de relaciones o proporciones. Una igualdad según la proporción geométrica, escribía Aristóteles. Como cuando decimos que 2 es a 4 como 3 es a 6. Según la proporción de las cosas a las personas, enseñaba Santo Tomás. En la medida en que una persona excede a otra, la cosa que se le dé debe exceder a la cosa que se le dé a la otra persona. La relación en que están las personas entre sí debe ser igual a la relación que hay entre las cosas. Si las personas no son iguales no deberán tener partes iguales, si lo son, sí.

Dado que en ciertos aspectos podemos ser considerados iguales y en otros muchos desiguales, el problema central de la justicia distributiva consiste en determinar cuál es la cualidad relevante a ser tomada en cuenta en cada distribución, aquella según la cual se puede decir que somos iguales o desiguales. De otra forma, ¿cuál es la causa o fundamento en que se apoya una justa distribución?, ¿cuál es el factor de preeminencia en cada caso?

Tanto Aristóteles como Santo Tomás muestran cómo el “mérito” o factor de preeminencia que se tiene en cuenta varía según las formas políticas. Así, dicen, en la aristocracia se determina la preeminencia por la virtud; en la oligarquía, ya por las riquezas ya por el linaje; en la democracia por la libertad, y como todos son considerados iguales en libertad, se tiende a distribuir igualitariamente sin tomar en cuenta otras diferencias. Pero en estos pasajes Aristóteles y Santo Tomás se limitan a mostrar la realidad política; actúan —según creo— como sociólogos.

El pensamiento clásico sobre este punto se encuentra sobre todo en la cuestión relativa a la “aceptación de personas” dentro del tratado de la justicia de Santo Tomás, y en un texto de su comentario al libro V de la *Ética Nicomaquea* en el que dice: “Lo justo, en cuanto es igual, es preciso que se encuentre en algunas cosas, según las cuales se considera la igualdad entre las personas”. Esto es que —como decíamos con el primer fallo— es la naturaleza de la cosa a distribuir la que determina la cualidad o elemento según el cual se ha de medir a las personas; respecto del cual podrán ser consideradas iguales o desiguales y podrá establecerse la proporción. La naturaleza de la cosa determina la causa de una justa distribución. Esa propiedad es la razón, la única razón por la que les es debido a las partes lo que en la distribución se les confiere. Cualquier otra condición que se tenga en cuenta y que no sea la exigida por la misma cosa, hace injusta la distribución. Así, sea por ejemplo la distribución de un cargo de juez: lo propio de la función judicial es, según lo ha señalado nuestra Corte Suprema, la determinación de lo objetivamente justo en el caso concreto. De esto se infiere que las condiciones relevantes, aquellas según las cuales se ha de medir a los candidatos, han de ser las imprescindibles para poder determinar lo justo concreto: prudencia y justicia. Por esto los buenos gobernantes tienen que ser un poco filósofos, como decía Platón, porque tienen que conocer la naturaleza de las cosas.

El segundo problema correlativo a éste, consiste en poder discernir la relación en que los hombres estén entre sí en punto a esa cualidad. Santo Tomás da una respuesta a este tema del discernimiento de los mejores y el es-

tablecimiento de proporciones: como lo hace con el ejemplo de designaciones judiciales, me parece interesante reproducir textualmente la solución: "Para que no pueda impugnarse una elección en el fuero judicial, basta elegir al bueno, sin que sea necesario elegir al mejor, pues de lo contrario toda elección podría ser atacada; pero en lo que afecta a la conciencia del que elige, es necesario que elija al mejor, absolutamente o con relación al bien común, porque, si puede encontrarse uno más idóneo para una dignidad y se prefiere a otro, es preciso que esto obedezca a alguna causa; si ésta es inherente al cargo, el elegido será por lo mismo el más apto; pero, si no pertenece al cargo, lo que se considera como causa entrañará manifiestamente acepción de la persona" (2-2, 63, 2, 3).

La justicia conmutativa regula el orden de parte a parte. Su materia son las conmutaciones, los cambios que se pueden dar entre particulares. Estas conmutaciones pueden ser voluntarias o involuntarias según se originen en contratos o en delitos. Pero por encima de estas distinciones, el problema central del que se ocupa esta forma de justicia, es el desequilibrio que se produce en las cosas, en el orden de proporciones de la sociedad, cuando un bien ha salido de un patrimonio (para poner el ejemplo más común), cuando alguien ya no tiene lo igual, lo suyo, lo que le corresponde, y otro, tampoco tiene lo igual sino más de lo que le corresponde.

La función de la justicia en estos casos es la de restablecer el equilibrio, restaurar la igualdad.

El fundamento del débito es acá la cosa que se ha recibido, que se tiene del otro. Dice Santo Tomás: "en los cambios se da algo a una persona particular en razón de otra cosa de ella recibida" (2-2, 61-2). En consecuencia, es preciso igualar cosa a cosa. De forma tal que, en la medida en que alguien tiene más de lo que le corresponde, en esa misma medida debe restituir al otro.

La justicia consiste en una igualdad aritmética o igualdad entre las cosas. También aquí los hombres son considerados como partes de la comunidad (por eso decíamos orden de parte a parte). Pero como el fundamento de la deuda está en la misma cosa recibida, no se tiene en cuenta a las personas —en este aspecto— sino sólo a las cosas. Como decía la Corte en el segundo fallo citado, cuando se trata de relaciones de conmutación, la justicia exige la igualdad estricta de las prestaciones.

IV. EL VALOR DE LAS COSAS

Pero el establecimiento de la igualdad entre las cosas exige la resolución de un problema previo. ¿Cómo se determina el valor de las cosas?

Lo primero que parece claro es que las cosas son entre sí prácticamente inconmensurables. No se puede, considerándolas sólo a ellas, compararlas, establecer su proporción. Por eso, enseñaba Aristóteles que a fin de poder compararlas se ha establecido la moneda, que es una medida convencional. La moneda mide todas las cosas y hace posible su intercambio. Por esto decíamos con la segunda sentencia que el dinero no es un fin ni un valor en sí mismo sino una medida común.

Con la moneda tenemos el instrumento apto para comparar las cosas, pero aún queda pendiente el problema de su valor, requisito para poder establecer la igualdad. La solución aparece diseñada ya en un ejemplo de Aristóteles: “la moneda —dice— hace ver cuántos zapatos equivalen a una casa. Pero —agrega— es preciso que el número de zapatos entregados a cambio de una casa, corresponda a la razón existente entre el arquitecto y el zapatero”. Es decir, que para fijar el precio, el valor, se debe tener en cuenta la posición que cada uno ocupa dentro de la comunidad, su carácter de parte. El relieve que tiene para el bien común su obra.

Si en la conmutativa se considerara a los hombres como individuos —al margen de su grado de participación en la comunidad— no se entiende por qué una hora de trabajo de un profesional, p. e., habría de equipararse a diez de un obrero. Si se considerara sólo sus trabajos, sus esfuerzos, sus “acciones”, bien podría ocurrir que éstos fueran iguales. Sólo es su consideración como partes de la comunidad lo que permite establecer con justicia la proporcionalidad. Por eso dice Santo Tomás que la proporcionalidad debe ser aplicada a realizar la igualdad de las cosas.

En otros términos: para graduar el valor de las cosas se deben tener en cuenta los *status* previamente distribuidos, la posición que cada cual ocupa en la sociedad. De forma tal que, a través del intercambio, no se altere la igualdad proporcional con que se constituye el orden de la comunidad. Esto es lo que, con otras palabras, decía el tercer fallo que vimos. Si bien el carácter de parte no es el único factor que se ha de tener en cuenta al fijar el precio, “el libre juego de la autonomía individual en las conmutaciones encuentra su marco y sus límites en el orden establecido por la justicia distributiva”. El corolario es la dependencia de la justicia conmutativa respecto de la distributiva.

De lo últimamente señalado podemos extraer estas conclusiones: a) hay una preeminencia de la justicia retributiva sobre la conmutativa; b) a través de la conmutativa se consolida la obra de la distributiva; c) por lo tanto, cuando la estructura de la sociedad es injusta, cuando ha habido una mala distribución, la conmutativa consolida la injusticia. Y entonces, como decíamos con la Corte, es exigencia de la justicia restablecer el orden justo a través de nuevas distribuciones.

Así lo decía Carlos Sanz en sus excelentes “Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, cuyas palabras finales hago mías: “la vuelta al aristotelismo no condice con el mantenimiento de situaciones estructurales injustas donde el reparto de las cargas y ventajas sociales no es realizado por el «príncipe cristiano», sino por un sistema financiero ávido de lucro y por una pautas del más crudo liberalismo. En esa perspectiva, asegurar el equilibrio de las conmutaciones, con ser algo en sí mismo valioso, no deja de ser un modo encubierto de mantener una sociedad injustamente estructurada... De allí que la vuelta al aristotelismo exige mejores repartos que los existentes. Exige que en esta etapa fundacional que vive el país reine una

paz fruto de la concordia y de la buena disposición de las cosas y los grupos sociales. Una etapa fundacional que instaure simplemente un orden social justo; nutrido de amistad cívica, de solidaridad, respetuoso de las jerarquías y de las justas proporciones. Una etapa fundacional que cicatrice la herida abierta en nuestro modo de ver la vida, que ha forjado casi dos siglos de liberalismo. Ésta es la tarea de nuestra generación”.

SIRO DE MARTINI

JUICIO PRUDENCIAL Y RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS A LA PERSONA

I. Al recorrer los repertorios jurisprudenciales examinando las indemnizaciones que suelen fijarse ante reclamos por daños a la persona, sean éstos originados por su muerte o por lesiones generadoras de su incapacidad, se llega sin duda a la perplejidad suscitada por contradicciones palpables. En efecto, casos análogos en sus causas y en sus consecuencias reciben soluciones diversas aún dentro de la misma jurisdicción o fuero, a veces de los mismos jueces. Otra nota característica suele ser la escasez de las prestaciones, si se tiene en cuenta la real magnitud económica de los bienes en juego.

La cuestión se plantea en términos idénticos en otros países de derecho codificado. Albert Ladret,¹ M. Blin² y Max Le Roy,³ han hecho observaciones análogas en Francia. Piero Giolla⁴ comenta en términos coincidentes fallos de la jurisprudencia italiana. Jaime Santos Briz, luego de señalar las evidentes dificultades del problema, refiere que en el derecho comparado novísimo hay una tendencia a señalar criterios de cierta fijeza, pero afirma que la jurisprudencia española ha sido “refractaria” en admitirlos.⁵

A pesar de las pretensiones de certeza que cimentan un sistema de derecho continental no ha sido posible obtener ninguna —en esta materia— ni en nuestro derecho, ni en los citados.

La trascendencia de la cuestión es obvia. Las indemnizaciones insuficientes adolecen de injusticia intrínseca. Ello no sólo desde el parámetro estrecho de la justicia conmutativa, sino también mirado el problema en profundidad, desde perspectivas más amplias. Si quien resulta discapacitado por un accidente no recibe una suma indemnizatoria que le permita una reinserción justa en la vida de la comunidad, no tendrá otra alternativa que marginarse y sufrir el deterioro espiritual y económico que su incapacidad —no reparada en sus verdaderas consecuencias— le impone. Otro tanto puede predicarse respecto de una familia al perder una de sus cabezas, el padre o la madre, y aun de quien haya perdido su sostén económico, si depende de otro. No es necesario dete-

¹ LADRET, ALBERT, *Etude Critique des méthodes d'évaluation du préjudice corporel*, París, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1969, pp. 138 y ss.

² HENRI BLIN, M., Presidente de Cámara honorario en la Corte de Casación, citado por Ladret, ob. cit., p. 138, nota 182.

³ LE ROY, MAX, *L'Évaluation du préjudice corporel*, LITEC, 1980, pp. 2 y 3.

⁴ GIOLLA, PIERO, *Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1967, p. 267.

⁵ SANTOS BRIZ, JAIME, *La Responsabilidad Civil*, Madrid, Montecorvo, S. A., 1977, pp. 278 y ss.

nerse en explicar el daño que ello significa desde el punto de vista del bien común.

La disparidad de tratamiento, causada como veremos por muchos factores, genera en la comunidad una clara sensación de injusticia. No debe olvidarse que la isonomía o igualdad ante la ley es uno de los fundamentos esenciales y originarios de nuestros sistemas de derecho,⁶ que tiene en el nuestro jerarquía constitucional.⁷ Benjamín Cardozo subrayó la importancia de este aspecto: "De nada servirá —decía— decidir la misma cuestión en una forma con respecto a unos litigantes y en la forma opuesta con respecto a otros. Si un grupo de casos trata el mismo punto, las partes esperan la misma decisión.

"Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir en mí un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho, sería una infracción material y moral de mis derechos. Todo el mundo siente la fuerza de este sentimiento cuando dos casos son iguales".⁸ Parece forzoso concluir que nuestros derechos no dan satisfacción a aspiraciones de ese orden en esta clase de cuestiones.

El problema planteado tiene relevancia en numerosas áreas. En primer lugar, en materia de accidentes de tránsito, pero también la extensión de la responsabilidad médica y la irrupción de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa en el derecho del trabajo han generado nuevos ámbitos que exigen una respuesta adecuada a la determinación de los daños a la persona en el sistema de responsabilidad civil. También la indemnización a heridos de guerra, o a los familiares de los muertos impone, en justicia, conocer los requerimientos de las víctimas o de sus familiares para establecer la reparación que merecen.

El presente trabajo sintetiza aspectos de una obra de mayor envergadura, en preparación, y a la vez ordena y profundiza argumentaciones que hemos vertido en sentencias sobre la materia, dadas en ejercicio de la función judicial. Pretendemos en él esbozar aspectos metodológicos del tema para demostrar que, según consideramos, una errónea concepción acerca de la naturaleza del juicio prudencial y el desconocimiento de la índole problemática de la cuestión, conducen a otorgar equivocada virtualidad a principios inidóneos para la solución del caso, y son la causa de los equívocos y contradicciones que afectan a esta materia.

⁶ JAEGER, WERNER, *Alabanza de la Ley*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 47 y ss.

⁷ Art. 16 C. N. Si bien reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desechado la invocación del quebrantamiento de esa garantía a partir de la disimilitud de criterios interpretativos, advertimos que cuando una misma clase de cuestiones no es resuelta por sujeción regular a un criterio de razonabilidad el sistema de derecho suscita necesariamente desigualdades. La razonabilidad de las decisiones operará a favor de la igualdad de tratamiento de quienes se encuentren en circunstancias análogas.

⁸ CARDOZO, BENJAMÍN NATHAN, en: *La Naturaleza de la Función Judicial*, Buenos Aires, Arayú, 1955, p. 21. El autor cita a su vez a W. G. Miller, *The data of jurisprudence*, p. 335, cfr. Gray, *Nature and sources of the law*, sec. 420; Salmond, *Jurisprudence*, p. 170.

Se ha propuesto alguna vez que la cuestión se resuelva a través del estudio de la jurisprudencia.⁹ A nada conducirá la realización de tales estudios —como no sea comprobar en su real magnitud la anarquía que impera en la cuestión— si previamente no se adoptan los métodos de interpretación correctos, tanto por parte de jueces como de abogados, que deben conducir necesariamente a dar fundamento explícito a las demandas y a las decisiones en este género de casos.

Desde el punto de vista metodológico, inscribimos el problema en el marco del pensamiento “tópico” o “problemático”.¹⁰ Como ha explicado Max Kaser “los ordenamientos jurídicos se agrupan en torno a dos tipos fundamentales, según cristalicen en un sistema cerrado de normas jurídicas o en un complejo de soluciones a problemas jurídicos, que las más de las veces están inspirados en casos prácticos. Representan el primer tipo los derechos del continente europeo, en que las materias jurídicas más importantes se encuentran reguladas en amplias codificaciones. Pertenecen al segundo tipo el *case law method* del derecho inglés y anglonorteamericano y, en el pasado, en primera línea el Derecho romano. Sin embargo, hay que añadir al propio tiempo que ninguno de estos tipos se da hoy día en toda su pureza. En los derechos continentales la

⁹ LE ROY, MAX, ob. cit., p. 3.

¹⁰ No está la ocasión para detenerse extensamente en la tóptica, pero es indispensable proporcionar una somera referencia. Nos atendremos a sintetizar algunos aspectos del ya clásico trabajo de Theodor Viehweg *Tópica y jurisprudencia*. En el mismo el autor recoge una distinción efectuada por Juan Bautista Vico en su exposición titulada *De nostri temporis studiorum ratione*, dada en Nápoles en 1708. Vico se ocupó de los métodos científicos, y distinguió dos grandes grupos: el antiguo que llamó retórico o tópico, y el nuevo —cartesiano— que denominó crítico. Vico explicó que el método moderno o crítico parte de un *primum verum*, que no puede ser anulado ni siquiera por medio de la duda. El desarrollo ulterior se hace de acuerdo con el modo de la geometría, es decir mediante una larga serie de deducciones en cadena. El método antiguo, (tópica) tiene, en cambio, el siguiente aspecto: el punto de partida lo forma el *sensus communis* (sentido común, *common sense*), que manipula con lo verosímil (*verosimilia*), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tóptica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos. Las ventajas del nuevo tipo de estudios consisten según Vico, en la agudeza y en la precisión, siempre que el *primum verum* sea efectivamente un *verum*. Las desventajas, sin embargo, parecen predominar, pues produce pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio, en resumen una depravación de lo humano. Todo esto lo evita según Vico, el viejo método retórico y especialmente su pieza medular, la tóptica retórica, que proporciona penetración, despierta la fantasía y la retentiva y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes, y por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista”. (VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León). Sobre la mencionada postura metodológica es importante nombrar el trabajo de Josef Esser *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961; también los trabajos de Luis Recasens Siches, en particular *Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho*, Diana, México, F. C. E., 1956 y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, de la misma editorial y colección, publicado en 1971. En habla francesa es indispensable citar los trabajos de Michel Villey, en particular varios publicados en *Archives de Philosophie du droit*, publicados en español entre nosotros bajo el título *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Gherzi, 1978 y de Chaim Perelman *L'Empire rhétorique*, si bien inspirado en una postura escéptica y axiológicamente relativista. Entre nosotros se ha ocupado del tema Guido Soaje Ramos en *Ethos*, nº 2, pp. 147 y ss., bajo el título *Sobre tóptica aristotélica y filosofía práctica*. El libro de Viehweg ha recibido una crítica, a nuestro juicio infundada y errónea, de Martín Diego Farrell en *Cuestiones de Filosofía y derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, p. 55.

interpretación, complemento y reelaboración de las materias ordenadas en leyes se realiza dentro de las categorías conceptuales y con los medios del derecho casuístico".¹¹ En este tipo de cuestiones esa tarea de "interpretación, reelaboración y complemento" del derecho legal no se realiza entre nosotros en la actualidad según métodos de razonamiento aptos para el derecho del caso, que englobamos en el rubro de métodos "tópicos", prevaleciendo criterios axiomáticos, fundados en principios parciales y carentes de aptitud para resolver estas cuestiones. La adopción de aquéllos es el presupuesto necesario para llegar a soluciones justas.

II. Las contradicciones jurisprudenciales reseñadas trascienden la natural variedad de los supuestos a tener en cuenta para la fijación de los montos indemnizatorios. Para concretar el estudio metodológico que proponemos deberemos estudiar la cuestión desde varios puntos de vista. Será necesario precisar, por una parte, la naturaleza y estructura de las normas que rigen la materia. Luego debemos determinar qué métodos de razonamiento las mismas imponen, y develar los que en realidad se usan. Veremos seguidamente cómo la falta de sujeción de los intérpretes a los criterios hermenéuticos adecuados y la omisión de exponer los que en realidad se emplean efectivamente, conduce a la fundamentación aparente de las sentencias. Reseñaremos luego —por último— los criterios que deben orientar la decisión judicial y la labor del abogado en estos casos.

III. Desechamos desde ya el examen de la legislación laboral y aeronáutica en la materia. La existencia de indemnizaciones tasadas puede suscitar la supresión del problema, si el *quantum* respectivo es uniforme, o plantearlo en los mismos términos dentro de los topes indemnizatorios, ya que siempre deberá optarse por dar a los damnificados las sumas resarcitorias pertinentes dentro de los topes y de acuerdo con las circunstancias del caso.

Debemos subrayar que no somos partidarios del primer sistema, pues quitaría al régimen legal la elasticidad necesaria para poder resolver en justicia la variedad de supuestos. En cuanto a los topes sólo los consideramos admisibles en algunas hipótesis de responsabilidad por riesgo, siempre que las sumas fijadas no impidan una reparación muy amplia de los perjuicios sufridos.

IV. Nuestro Código Civil ha previsto, en orden a la reparación de los daños personales, normas específicas, que se superponen al régimen general de responsabilidad civil. Por una parte los artículos 1084 y 1085 establecen un sistema para la indemnización por muerte de las personas y el artículo 1086 lo regula para casos de lesiones. Esas reglas coexisten con el sistema general establecido en el artículo 1079 que habilita a reclamar los daños causados por un delito civil a todo damnificado. Nuestra doctrina llegó a precisar los alcances de esa regulación del sistema indemnizatorio que estudiamos después de algunas vacilaciones, que son reseñadas por Llambías.¹² Comparten el cri-

¹¹ KASER, MAX, *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de Juan Miguel, Valladolid, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1964, pp. 9-10.

¹² LLAMBÍAS, JORGE J., "Personas Damnificadas por Homicidio", ED, 51-881.

terio enunciado sobre la coexistencia de los regímenes específico y general —respecto de la responsabilidad por muerte—, Leonardo Colombo,¹³ Alfredo Orgaz,¹⁴ Bustos Berrondo,¹⁵ Aguiar,¹⁶ Rodolfo de Abelleyra,¹⁷ el mismo Llambías¹⁸ y Eduardo Zannoni.¹⁹

Respecto de la legitimación de los damnificados no comprendidos en los artículos 1084 y 1085 existen posturas restrictivas como la de Dassen.²⁰

Sin embargo, en ambos supuestos el problema de la determinación del daño se presenta con características similares.

Fuera de los reclamos por rubros específicos como gastos médicos, de sepelio u otros determinables con certeza, las normas no determinan precisamente el *quantum* indemnizatorio, que según los artículos 1084 y 1085 es deferido a la prudencia del juez. La cuestión es siempre idéntica, en particular cuando debe atribuirse una suma en reemplazo del sustento perdido, en todas las hipótesis de los artículos 1084 y 1085 y en los casos de otros damnificados a favor de quienes se han admitido indemnizaciones de ese tipo (hermanos, concubinos, según algunos fallos, y madre de crianza, por ejemplo).

Con respecto a las indemnizaciones por incapacidad la cuestión se plantea en términos análogos. Se tiene así reiteradamente juzgado que “no existen pautas fijas para determinar la valoración de la incapacidad sobreviniente a la víctima del accidente, se trata de circunstancias de hecho, variables en cada caso y libradas, por lo mismo, a la apreciación judicial, ateniendo a las circunstancias particulares de cada damnificado”.²¹

V. Parece obvio señalar entonces que, desde el punto de vista normativo nos encontramos ante el problema que ha dado en llamarse “indeterminación de la consecuencia jurídica”.²² Si admitimos que las normas son integradas por un “supuesto de hecho” y una “consecuencia jurídica”,²³ es bien claro que el problema hermenéutico que aquí se suscita aqueja precisamente a este último aspecto.

¹³ COLOMBO, LEONARDO, *Culpa aquiliana*, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, t. II, n° 242, pp. 377-378.

¹⁴ ORGAZ, ALFREDO, “La acción de indemnización en los casos de homicidio”, JA, 1944-IV, sección doctrina, p. 19, y también en *Estudios de Derecho Civil*...

¹⁵ BUSTOS BERRONDO, HORACIO, “Acción resarcitoria del daño causado por homicidio”, *Jus*, n° 3, p. 74.

¹⁶ AGUIAR, HENOCH, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. IV, *Actos ilícitos*, Buenos Aires, T. E. A., 1951, n° 65, aps. 2, 3, 4 y 7.

¹⁷ DE ABELLEYRA, RODOLFO, “El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio”, LL, 114-963.

¹⁸ LLAMBIÁS, JORGE J., ob. cit., pp. 890 y ss.

¹⁹ ZANNONI, EDUARDO, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 113.

²⁰ DASSEN, JULIO, “Daños causados por la muerte de una persona, quiénes tienen derecho a reparación”, LL, 1-691, n° 8.

²¹ SALAS, A. E., *Código Civil Anotado*, t. I, nota al art. 1086.

²² DIEZ PÍCAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, p. 230.

²³ Ver CASAUBÓN, JUAN ALFREDO, “Hans Kelsen y la teoría pura del derecho”, *Estudios teológicos y filosóficos*, nos 2 y 3, Buenos Aires, 1961 y “Estudios Críticos sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica”, *Ethos*, nos 2-3 y, someramente en nuestro capítulo “Derecho Normativo”, en *Introducción al Derecho. Propedéutica filosófica*, Buenos Aires, Ariel, 1981, t. III, n° 39, p. 63.

Observamos que la indeterminación surge claramente del texto legal que defiende la solución de la cuestión a la "prudencia del juez". Por ello queda sometido a las circunstancias del caso, como por ejemplo en las hipótesis previstas por los artículos 16, 376 bis, 522, 656, 1306, 1316 bis, 3477 del Código Civil. Se trata pues de una hipótesis de equidad *ex lege*, ya que "equidad no es sinónimo de circunstancias del caso sino exigencia de que éstas se tengan en cuenta en el momento de fallar".²⁴

La existencia de una solución de equidad normativamente impuesta no importa atribuir a esta forma de equidad una función distinta de la epiqueya aristotélica, correctiva de la generalidad de la ley. En ambas prevalece la búsqueda del *iustum* concreto. En una hipótesis por corrección de la norma, que en virtud de su generalidad no es idónea para determinarlo en el caso. En el que nos ocupa, porque la ley abdica de su misión generalizadora y somete la cuestión a las circunstancias del caso. Es importante precisar, aun de modo somero, que la equidad no es mero arbitrio, *aequitas cerebrina*²⁵ o "justicia del cadí" que es "la pura decisión individual aunque sea en el mejor sentido de la palabra, arbitraria".²⁶

Como veremos la doctrina de la prudencia —que subordina el aspecto voluntario de la decisión judicial a sus supuestos gnoseológicos— permite superar la concepción del juicio de equidad como mero arbitrio.²⁷

Antes de profundizar la naturaleza y función del juicio prudencial conviene subrayar la importancia de la remisión de la ley a la "prudencia del juez", en el texto del artículo 1084 y que, a nuestro juicio, impera todo el sistema de responsabilidad por daños a la persona. Tal expresión, a la que no se le ha prestado suficiente atención, ni atribuido su correcto significado, no puede importar una mera remisión a una de las virtudes que caracterizan la función judicial.²⁸

Significa, según sostenemos, que la ley establece la especificidad del "juicio prudencial" para resolver en sede judicial este tipo de cuestiones.

²⁴ CADELLA, LORENZO, "La equidad en la función judicial", en *Revista de Estudios procesales*, nº 22, p. 25; citado por Jorge W. Peyrano, en "Las circunstancias del caso y la fundamentación de la sentencia indexatoria", LL, 1978-A, p. 726, nota 18.

²⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1975, pp. 365-366.

²⁶ DIEZ PICAZO, LUIS, en el prólogo a la obra de Franz Wieacker *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 17.

²⁷ Los aspectos cognoscitivos del juicio de equidad han sido estudiados por Jorge Guillermo Portela, en el volumen 6 de la *Introducción al Derecho. Propedéutica filosófica*, dirigida por Juan Alfredo Casaubón, Buenos Aires, 1980, p. 47. Al respecto ver también "Sobre la equidad. Consideraciones a partir de un texto aristotélico" de Carlos Ignacio Massini, en *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pp. 73 y ss., y del mismo autor, "El juicio de equidad y los jueces argentinos", en *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 213 y ss., y en José Luis de los Mozos, *Metodología y Ciencia en el derecho privado moderno*, Jaén, Revista de Derecho Privado, 1977, p. 315.

²⁸ VIGO, RODOLFO LUIS (H.), en "Ética de la Magistratura Judicial", en *La función judicial*, por Alejandro Guzmán Brito y otros, Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 64 y ss.

El mismo impone extraer la solución de las circunstancias del caso. Será menester entonces conocer qué circunstancias son relevantes, en cada caso, para fijar la indemnización y cómo inciden en su importe.

VI. Es sabido que la prudencia es “un hábito operativo de la razón práctica inmediatamente ordenado a regular y dirigir las acciones humanas a su verdadero fin, y eso no de una manera más o menos vaga e indeterminada, sino totalmente individual, concreta y circunstanciada”.²⁹ También se ha subrayado la relación entre prudencia y justicia; si ésta es “una virtud o hábito moral que consiste en dar a cada uno lo suyo, presupone un conocimiento de esto suyo que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objeto de la virtud de la prudencia. La prudencia es virtud intelectual y la justicia es volitiva, aquélla por tanto, debe preceder”.³⁰

Jorge Guillermo Portela, quien evoca las enseñanzas de Martínez Doral, ha explicado que “el conocimiento objetivo de la realidad es elemento decisivo en la resolución de la prudencia. El que ignora cómo son verdaderamente las cosas no puede en rigor decidir nada justo. La norma del imperio prudencial no es la afirmación de la justicia por parte de la voluntad sola, sino el conocimiento verdadero de la realidad. El acto voluntario no se ejerce porque sí sino que actúa por encontrarse traspasado de razón. Ése, pues, es el calibre racional y humano de mi acto justo”.³¹

Esa estrecha relación entre prudencia y justicia tiene su expresión más concreta en el juicio prudencial, supuesto necesario de toda decisión justa, en el cual se conjugan los aspectos gnoseológicos de la prudencia como supuestos de la decisión voluntaria y justa de la cuestión respectiva.

La prudencia es a la vez cognoscitiva y preceptiva. “Lo preceptivo de la prudencia, en que desembocan la «deliberación» y el «juicio», es la expresión de su relación con el querer y actuar concretos, lo cognoscitivo es la expresión de su determinabilidad por el mundo objetivo del ser. La dependencia del querer y del actuar respecto de la prudencia consiste en lo siguiente: el mandato de la prudencia es la «medida» en la concreta acción moral de la voluntad”.³²

Por ello las partes “cognoscitivas” del juicio prudencial, “deliberación” y “juicio” son previas a la decisión del caso, expresión concreta del “imperio”, acto de la voluntad iluminada por el conocimiento objetivo de la realidad.

Como quedará mostrado, la incongruencia entre esa fase cognoscitiva y lo resuelto en el caso suscita la arbitrariedad de la sentencia.³³

El juicio prudencial debe informar a toda decisión judicial. Sin embargo, si examinamos en concreto la cuestión respecto de la decisión de los casos de

²⁹ FR. SANTIAGO RAMÍREZ O. P. en la Introducción al “Tratado de la Prudencia” de Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, Madrid, B. A. C., 1956, p. 13.

³⁰ D'ORS, ÁLVARO, en *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, pp. 12-13.

³¹ PORTELA, JORGE GUILLERMO, ob. cit., pp. 52-53.

³² PIEPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 80.

³³ Ver *infra* cap. V *in fine*.

indemnizaciones por daños a la persona, veremos la importancia que tiene la "deliberación" regularmente omitida o imperfecta, en ese tipo de casos. Para hacerlo veremos cuál es el método o modelo de razonamiento que corresponde efectuar en tal circunstancia.

VII. Massini ha estudiado el tema en profundidad.³⁴ Tiene explicado que el resultado de la deliberación se vierte en los considerandos de la sentencia, pues en virtud de ese resultado "se emite un juicio práctico acerca de cuál es la solución concreta".³⁵ También cabe tener presentes las valiosas enseñanzas de Carlos Sacheri en su trabajo "Aspectos lógicos del discurso deliberativo".³⁶

Las limitaciones de este trabajo impiden extenderse sobre el particular. Será provechoso, sin embargo, examinar la copiosa literatura iusfilosófica que ha estudiado la insuficiencia del modelo de razonamiento deductivo en el ámbito del derecho.³⁷

Es imperioso, sin embargo, aludir someramente a la cuestión. Massini, luego de citar a Santo Tomás (II-II q. 48 a. 1),³⁸ se detiene allí sobre "un triple proceso científico: por demostración, que da origen a la ciencia y da lugar a la física, abarcando bajo esta denominación a todas las ciencias especulativas, otro que parte de lo probable y forma la opinión, que da origen a la dialéctica, y un tercero, que de ciertas conjeturas infiere una sospecha o una leve persuasión lo cual es propio de la retórica".³⁹ Explica que el derecho ha sido enmarcado en los tres tipos de conocimiento. El iusnaturalismo racionalista intentó incluirlo en el paradigma metódico de las ciencias físicas, Michel Villey lo ubicó en el modelo dialéctico y Chaim Perelman en el retórico. Por su parte, sostiene que "el modo propio del razonamiento jurídico —como de todo razonamiento práctico— no es ni dialéctico ni retórico, ni menos aún, demostrativo, sino deliberativo, es decir práctico, dirigido hacia un objeto contingente y encaminado hacia la investigación del medio adecuado —verdadero— para el logro del debido fin en justicia".⁴⁰ Desecha el modelo dialéctico, pues el mismo corresponde a los saberes teóricos. Rechaza el modelo retórico a partir de su finalidad persuasiva, distinta de la propia del conocimiento práctico ordenado a "decidir con verdad" una cuestión de esa naturaleza.

³⁴ En *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, que reúne varios trabajos, uno de ellos publicado en los nos 4 y 5 de esta revista.

³⁵ MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 134.

³⁶ SACHERI, CARLOS ALBERTO, "Aspectos lógicos del discurso deliberativo", en *Ethos* n° 1, p. 175.

³⁷ Entre nosotros ver los trabajos de Carlos Ignacio Massini, publicados en los volúmenes titulados *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, y *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983. También el recientemente publicado volumen de Georges Kalinowski *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Perrot, 1982. Ver también los trabajos citados en nota 10. Hay valiosos artículos sobre el tema en el volumen colectivo *La función judicial*, publicado por Depalma en 1981.

³⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teológica*, Madrid, B. A. C., 1956, t. VIII, pp. 56-57.

³⁹ MASSINI, C., *La prudencia jurídica*, p. 54 y ss.

⁴⁰ Idem.

Podemos compartir la conclusión de Massini si limitamos el conocimiento del derecho al acto de juzgar, o a cualquier acto de la vida regido por el derecho, que puede comprender a la "jurisprudencia cautelar"⁴¹ o función de asesoramiento jurídico, necesariamente ordenado al obrar. También por supuesto a la función legislativa, donde el juicio prudencial precederá a la sanción de la ley. También esa etapa deliberativa debe darse en todo acto de gobierno. En tales oportunidades coincidimos con el iusfilósofo cuyano, pues prevalece la naturaleza práctica del saber jurídico y es lícito caracterizar al modelo de razonamiento como "deliberativo". Sin embargo, tenemos que señalar que lo dialéctico y lo retórico están presentes en otros momentos de la vida del derecho.

El razonamiento efectuado para resolver un caso concreto devendrá supuesto teórico para dilucidar otros análogos, y aun, a veces, marco de referencia para la labor legislativa. Prevalece lo dialéctico y teórico. En la labor del abogado, en cambio, y a veces también al elaborarse la doctrina, prevalece lo retórico, lo persuasivo.

Todos esos modelos de razonamiento operan en las múltiples facetas de la vida del derecho y comparten la naturaleza de las premisas y el desarrollo del discurso.

VIII. Corresponde tener configurada a la cuestión que nos ocupa como "problema", ya que por tal "ha de entenderse cualquier cuestión que admite más de una respuesta, pero que exige que se dé una respuesta". La jurisprudencia es conceptuada como "*techné* para la solución de problemas" y su método adecuado es "la tópica, pues es el arte de encontrar la respuesta justa, es decir la respuesta mejor fundamentada".⁴²

El pensamiento axiomático hace derivar sus conclusiones, por medio de la deducción lógica, de un sistema de principios y normas raíces, que por ser axiomas no pueden ser aniquilados por la duda. La tópica, en cambio, parte del sentido común, opera en el campo de la opinión (*doxa*), de la verosímil y se guía por la prudencia. Como señala Recasens Siches "para todo eso adiestra la imaginación y enseña a considerar las circunstancias desde muy diversos aspectos, y trabaja ponderando la respectiva fuerza de convicción de cada uno de los varios puntos de vista que encuentra y ensaya. Se trata del arte de los debates y las deliberaciones, para averiguar cuál, entre varias opiniones diferentes, tiene mayor peso de convencimiento y conduce a un resultado más plausible".⁴³ Por ello Viehweg, Esser y Hennis, entre otros, estiman que la tópica "es el método característico de toda elaboración jurídica que parte del problema concreto, es decir, característico también precisamente de ordenamientos de tipo casuístico tales como el inglés y el romano, pero también de los derechos codificados en cuanto a su complemento y reelaboración".⁴⁴

⁴¹ DIEZ PICAZO, LUIS, en *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 237.

⁴² HENNIS, WILHELM, *Política y Filosofía Práctica*, Buenos Aires, Sur, 1973, p. 116.

⁴³ RECASENS SICHES, LUIS, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1977, p. 260.

⁴⁴ KASER, MAX, ob. cit., p. 14.

Ya hemos dicho que en virtud de la "indeterminación de la consecuencia jurídica" por el problema normativo, no podemos extraer de las normas la solución del caso. Es imperioso entonces acudir a un método de "obtención del derecho independiente de la ley". Larenz ubica entre ellos el "modo de pensar tópico".⁴⁵

Como hemos dicho y veremos seguidamente, nuestra jurisprudencia se mueve dentro de los cánones del pensamiento axiomático, ignora la sustancia problemática de la cuestión y en virtud de ello los fallos reciben una fundamentación sólo aparente.

IX. Sin perjuicio de que en la mayoría de las sentencias se razona según el criterio precitado,⁴⁶ hemos optado por transcribir los considerandos vertidos en un fallo de la Excm. Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial —sala II— que suscitó una decisión invalidante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En los autos "Buffa de Pereyra, Pierina Alicia y otros c. Vommaro, Luis Juan", según fallo dado en el expediente N° 58.726 el día 18 de abril de 1978 —inédito— el vocal preopinante sostuvo que:

"para determinar el monto indemnizatorio que aquí tratamos, no cabe computar los ingresos presuntos del extinto en forma matemática, dentro del término de vida útil que hipotéticamente podía restarle, establecido conforme a cálculos actuariales, sino atenerse a un criterio lato que permita evaluar las circunstancias que particularizan cada caso, tales como las relativas a profesión, edad, sexo, condición social y económica, tanto de la víctima como de quien reclama la reparación.

"Tampoco es dable seguir un procedimiento que presuponga que un padre o un esposo constituye «para sus hijos y para la cónyuge un capital que se mide por la renta que pueda dar y ello aleja toda posibilidad de medir el ingreso de que se ven privados los miembros de la familia de una persona que fallece como si se tratara de la privación de las rentas correspondientes a un capital del que fuera poseedor» (CNCiv., sala A, voto del doctor Llambias al que adhirieron los doctores Borda y Abelleira, ED, 14-16).

"Esto aclarado, habida cuenta de la edad que al producirse el deceso tenía la víctima (38 años), su esposa (35 años, fs. 22) y sus dos hijos (9 y 11 años, fs. 24 y 23), la remuneración mensual promedio que percibía (\$ 26.821), la condición social y económica del grupo familiar, como asimismo teniendo en cuenta como pautas las modificaciones salariales y tasas de interés habidas —hecho público y notorio— desde el penoso suceso a la fecha del fallo recurrido —variaciones salariales de particular relevancia en el caso— estimo prudente y razonable el monto resarcitorio establecido por el señor juez *a quo* por el concepto considerado en este apartado, mas como el proceso de depreciación monetaria continúa, y, por ende para que la reparación sea integral debe fijarse un importe al tiempo de este pronunciamiento, propondré se lo eleve en un 30 %".

X. La cuestión fue llevada a la instancia extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reputó al fallo arbitrario, según sentencia

⁴⁵ LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 151.

⁴⁶ Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por Daños*, t. II-B, Actos ilícitos, Buenos Aires, Ediar, p. 176.

del 27 de marzo de 1980, de acuerdo con lo dictaminado por el Procurador General el 31 de agosto de 1979. (Fallos, 302:195 y LL, 1980-D-29, fallo 78.737).

Dijo allí la Corte que:

“...la elección de las pautas a seguir para determinar perjuicios de la naturaleza del que aquí se trata remite a un tema de hecho y de derecho común que en principio es ajeno a la instancia extraordinaria. En ese sentido lo resuelto por el *a quo* no podría reverse por la Corte. Ocurre, empero, que la sola enunciación de dichas pautas, en forma genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado a que se arriba, no se muestra suficiente para sustentar el pronunciamiento. Tampoco lo es la valoración que se hace de algunas de las circunstancias de la causa. No se explica, v. gr. cuál es el daño patrimonial que se estima causado a los actores por la muerte de su esposo y padre, ni en qué medida juegan en su cálculo «la remuneración mensual promedio que se acepta como percibida por el mismo» «y las modificaciones salariales y de tasas de interés habidas» desde entonces que se dicen computadas, ni de qué manera el importe reconocido en definitiva como indemnización podrá compensar aquel daño. En cuanto a las edades de la víctima y de su esposa e hijos que asimismo se mencionan en el fallo, tal mención aparece como un nudo dato al no haberse explicitado la importancia que se le atribuye a la determinación del perjuicio. 7º) Que, supuestas esas imprecisiones, en el aspecto precedentemente analizado la sentencia sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa. Se impone, pues, de conformidad con la doctrina de esta Corte, su descalificación como acto jurisdiccional”.

La Corte advirtió que la sola mención de las circunstancias del caso es insuficiente para fundar la sentencia. Ello significa su fundamentación aparente, que hace inidóneo el decisorio como acto jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia del alto tribunal.

Vemos así, como habíamos adelantado, que existe una insuficiencia en la deliberación previa al juicio, una real incongruencia entre los razonamientos efectuados y la decisión adoptada. Ello suscita la arbitrariedad de la sentencia.⁴⁷

XI. Una observación análoga sobre las exigencias de fundamentación del juicio de equidad ha sido efectuada por alguna jurisprudencia italiana: “...El juez, cuando prefiera y sea posible recurrir a la liquidación equitativa del daño, en el sentido de los artículos 2056 y 1226 Cód. Civ. debe demostrar que la suma liquidada deberá permitir al perjudicado suplir el cese o la disminución de la capacidad laborativa...” (Cass. Civile, 16-I-59, Nº 100, Ruggeri c/Venuto, Resp. Civ. e Prev. 1950-410, citado por Leopoldo Basile, *La valutazione equitativa nella liquidazione del danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1974, pp. 14 y 15).⁴⁸

⁴⁷ Ver *supra*, cap. VI, *in fine*.

⁴⁸ Citado por BASILE, LEOPOLDO, *La valutazione equitativa nella liquidazione del danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 14 y 15.

La casación italiana también ha establecido que:

“El sistema de capitalización del rédito no es un criterio taxativo para la liquidación del daño a la persona, derivado de una incapacidad de ganancia que sea consecuencia del hecho culposo ajeno, pero el juez, cuando prefiera y sea posible recurrir a la liquidación equitativa en el sentido de los artículos 2056 y 1226 del código civil, debe demostrar que la suma liquidada es adecuada a la entidad del daño...” (Cass. Civile, 18-11-1961, Correnti c. Paladino, Resp. Civ. Prev. 1961-519, citado en ob. loc. cit.).⁴⁹

XII. Como hemos dicho, el fallo invalidado por la Corte, que hemos transcrito, expone la corriente jurisprudencial generalizada al respecto. Hay numerosos fallos fundados en términos análogos, y aun la propia Corte, en los asuntos de su jurisdicción originaria emplea la misma metodología. Desgraciadamente ello ha ocurrido con posterioridad al fallo que hemos transcrito en el capítulo precedente.⁵⁰

La postura —según reseña Mosset Iturraspe— afirma considerar “profesión, educación, sexo, salud, edad, aptitudes para el trabajo, modo de vivir, condición social, número de miembros de la familia, etc., tanto de la víctima como de quien reclama la indemnización. Esta tendencia destaca que la indemnización por hechos ilícitos no puede ser basada en un riguroso cálculo matemático, sino en la edad de la víctima, posibilidad de acrecentar sus ganancias durante el tiempo probable de vida, fluctuación del signo monetario, etc.”.⁵¹ Cita numerosos fallos que ilustran sobre lo dicho.

Podemos afirmar que la postura reseñada, además de derivar necesariamente de la fundamentación aparente de las sentencias, importa una muestra más del deductivismo jurídico que prevalece en la mentalidad de nuestros hombres de derecho.

Ese deductivismo, resabio de las concepciones positivistas que inspiran la enseñanza, confirma la señalada predisposición de los juristas de mantener sus métodos de pensamiento, a veces inclusive contra sus postulados de orden filosófico. Tal tendencia había sido observada por Gény, con respecto a la permanencia de métodos de razonamiento antiguos en la época de la primera exégesis.⁵² Cossio, por su parte, observó que “otra fuente histórica de acción del positivismo en la Facultad, es la de los buenos profesores carentes de educación filosófica, que viven repitiendo conceptos tomados del medio ambiente intelectual y cuyo origen y alcance sistemático ignoran.

Tales conceptos, que se concilian sólo con sus afines y que engendran nuevos conceptos afines, cuando son emitidos desde la cátedra por un buen

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Entre otros *in re* “García de Alarcón, Manuela y otros c. Buenos Aires, Provincia de, s/daños y perjuicios” G. 283-XVIII; del día 11 de febrero de 1982, “Cano Romero de Álvarez, Ilda c. Provincia de Buenos Aires, del 11 de junio de 1981, publicado en LL, diario del 2 de septiembre de 1981, fallo 80.048 y “Santiago de D’Amore, Celina e hijos menores c. Buenos Aires, Provincia de (Ministerio de Educación), s/cobro de pesos”, S. 502-XVIII. V. también Fallos 292-428).

⁵¹ Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 176 y notas.

⁵² François Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902, p. 20.

profesor, son conceptos que nacen prestigiados y que, por tanto, siguen manteniendo viva la ideología de donde proceden".⁵³

Entre esos "pensamientos subsistentes" de raíz dogmática y positivista el deductivismo es quizá uno de los que más gravemente afectan a las concepciones de nuestros juristas. El mismo Llambías llega a sostener esa postura diciendo que "como la aplicación de la norma implica una labor intelectual del juez para subsumir el caso particular en la fórmula general, no es posible realizar la aplicación de la norma sin su previa interpretación". Define seguidamente a la hermenéutica como el "conjunto de precisiones que debe tener en cuenta el intérprete para una adecuada aplicación de la norma jurídica".⁵⁴

Coexisten así una postura iusnaturalista de orientación realista, en el plano de los principios, con una mentalidad positivista en aspectos esenciales del método jurídico.

Esas corrientes han tenido además el aporte de la conformación de la mentalidad de buena parte de los juristas de nuestro tiempo según la filosofía de Hans Kelsen, que es la desvinculación de las cuestiones axiológicas y teleológicas.

En ese cuadro, por una parte, "muchos iusfilósofos se complacen en ocultar los supuestos metafísicos, lógicos, gnoseológicos a partir de los cuales construyen su meditación sobre el derecho".⁵⁵ Ello no es todo, pues también ocurre que los puntos de partida de orden filosófico no han penetrado suficientemente los conceptos estrictamente jurídicos, permitiendo la permanencia de criterios incongruentes con las posturas adoptadas.

En lo que se refiere a nuestro tema el resultado es bien claro. En vez de realizarse el juicio prudencial que la ley impone a través del razonamiento jurídico apropiado, se acude a exponer aun sus puntos de partida, enumerando las circunstancias del caso pensando que con sólo referirse a ellas se satisface la exigencia legal de tenerlos en cuenta. Lo necesario es razonar a partir de ellas de modo tópico y precisar cómo inciden en la fijación de la cuantía de la indemnización.

Se incurre así en una cabal expresión de arbitrariedad y voluntarismo, que a través de los casos concretos tiñe a todo el sistema jurídico de una evidente desigualdad e injusticia.

Queda configurado así el defecto que Gény observaba en el razonamiento judicial deductivo que da lugar "al subjetivismo más desordenado (...) cuando hay necesidad de pedir al legislador una idea que no ha expresado, que acaso no ha concebido, que con frecuencia no pudo abrigar, el intérprete, por la fuerza misma de las cosas, propende a sustituir con sus ideas propias las que no encuentra en la ley. Esta desnaturalización de la ley, para mí no sería más que a medias un mal, si se confesase así y se practicase abiertamente. Pero

⁵³ Cossio, Carlos, *La Función Social de las Escuelas de Abogacía*, 3ª ed., Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1947, pp. 32-33.

⁵⁴ Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, t. I, p. 39.

⁵⁵ Massini, Carlos Ignacio, en "El derecho subjetivo ¿realidad universal o histórica?", en *Prudentia Iuris* n° 9, p. 16.

el principal peligro es la hipocresía con que se enmascara. La creencia de que toda solución deba atrincherarse tras un texto, limita necesariamente la libertad de movimientos del intérprete, de una manera estéril y perniciosa...". Propone por último Gény "...reconocer el verdadero carácter a las concepciones subjetivas y abandonarles su debido campo de aplicación en la esfera de la interpretación".⁵⁶

Vemos así encarnadas en esta cuestión las desventajas del sistema axiomático: "pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez del juicio...".⁵⁷

XIII. El razonamiento tópico está llamado a efectuar importantes aportes respecto del derecho de daños. Tal herramienta es esencial para superar la noción de "bien jurídico", y la consecuente de "interés legítimo", como supuestos de la reparación. Su indudable raíz idealista y racionalista ha sido demostrada por J. L. Vullierme⁵⁸ y S. Goyard-Fabre.⁵⁹

Esser ha explicado que ese concepto, que parte de la doctrina y su esquema constructivo, es llenado con nuevos contenidos, y añade que "en el derecho anglosajón los conceptos históricos como *torts*, *negligence*, *mistake* y *misrepresentation*, quedan exentos de toda carga axiomática —con gran escándalo de nuestros juristas—, y por consiguiente son susceptibles de fijación en su contexto histórico, nunca en su contexto teórico".⁶⁰

Theodor Viehweg en su ya citada obra *Tópica y Jurisprudencia* comenta un trabajo de Walter Wilburg, en el cual el autor se ocupa del derecho de daños, al que llama "centro nervioso del derecho privado" y pretende descubrir el juego de los principios en el derecho de daños, para acumular en ese campo "varias reglas directivas en forma flexible". Dice allí que "no es posible extraer del derecho de daños positivos vigente un único principio omnicomprensivo. Más bien son varios: el principio de la culpa, el de la causalidad, el del riesgo y el de la equidad. Según Wilburg, que lo ha estudiado minuciosamente, cada uno de los principios tiene la utópica pretensión de traspasar el círculo de su competencia y aspirar al monopolio. Para impedirlo es menester unificarlos mediante un juego conjunto, diversificando cuatro puntos de vista que, separados o conjuntos, conduzcan a la responsabilidad. Estos cuatro puntos de vista son:

1. Una falta que sea la causa del evento dañoso y que esté de parte del responsable. Esta falta tiene una trascendencia distinta según que sea debida a culpa del responsable o de sus auxiliares o que no sea debido a culpa, p. ej., se ha producido por un defecto no reconocible de una máquina.

2. Un riesgo que el causante del daño ha creado a través de una empresa o la posesión de una cosa y que ha conducido a la producción del daño.

⁵⁶ Gény, ob. cit., p. 58.

⁵⁷ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 27.

⁵⁸ Vullierme, J. L., "La chose (le bien) et la métaphysique", *Archives de Philosophie du droit*, t. 24, p. 31.

⁵⁹ "La chose juridique dans l'idéalisme moderne", par S. Goyard-Fabre, loc. cit., p. 151.

⁶⁰ Esser, Josef, *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 63.

3. La proximidad del nexo causal que existe entre la causa que origina la responsabilidad y el daño producido.

4. El equilibrio social de la situación patrimonial del dañador y del dañado. El enjuiciamiento del caso concreto se hace por la concurrencia y la intensidad de cada uno de los elementos expresados”.

Wilburg opina que “el error en que actualmente se incurre, consiste en que los principios establecidos, que en sí mismos poseen buen sentido, aspiran el monopolio, y que en la doctrina dominante se los piensa como principios absolutos”.⁶¹

Entre nosotros el deductivismo suscita por un lado el razonamiento prudencial aparente, por vía de la mera enumeración de las circunstancias del caso, pero a la vez conduce a conferir vigencia monopólica al principio del *statu-quo ante*, confundiendo el “equilibrio social” de la situación patrimonial de acreedor y deudor, con una identidad de recursos monetarios, que ni siquiera se hace efectiva.

El razonamiento tópico debe conducir a profundizar, desde los problemas concretos, el examen de la idoneidad de los principios, y en primer lugar a la formulación de criterios de menor generalidad, operantes en los diversos géneros de casos.

XIV. Como hemos dicho, la escasez de las prestaciones resarcitorias caracteriza a las que en general se fijan. En ella vemos la confusión sobre el rol del *statu-quo ante*. Como tengo dicho en un fallo, en ocasiones en que se produce la muerte del padre o la madre, aún jóvenes o con hijos pequeños, o incapacidades muy elevadas “una mejora en la situación patrimonial es el único modo de que disponemos para enjugar en parte la grave pérdida sufrida. La condena no tiene por objeto asegurar la inmutabilidad de la pobreza o la de la situación patrimonial de la reclamante antes del hecho”.⁶²

Ello descarta desde ya cualquier forma de enriquecimiento inmoral, pero obliga a revisar el rol del *statu-quo ante*. El mismo es desdeñado por la misma ley, pues la directiva para la prudencia del juez se ordena a determinar “lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto”.

Por ende en nuestro sistema de indemnización de daños a la persona debe prevalecer el principio de equidad, frente a los restantes. El mismo pone el centro de gravedad en las consecuencias económicas concretas del hecho ilícito, respecto de las cuales el *statu-quo ante* sólo puede suministrar una directiva de nivel socioeconómico. El problema consistirá entonces en precisar cuánto necesita una familia de ese nivel para asegurar —*hic et nunc*— su subsistencia, perdidos la madre o el padre. También la cuestión se plantea sobre el concreto significado económico, estimativo, de la eventual o actual ayuda del hijo a sus padres, o de la incapacidad del reclamante.

⁶¹ Viehweg, Theodor, ob. cit., pp. 138 y ss.

⁶² Fallo dado *in re* “Mastrángelo, María Luisa y otro c. Kaiser Aluminio, S. A. y otros”, LL, diario del 18 de mayo de 1982, fallo 80.066.

XV. Debe advertirse que, como Aguiar ha observado⁶³ en el sistema de indemnización de los daños a la persona, el codificador se apartó de regular su determinación, según los principios que rigen la cuestión en general, fundado en la causalidad y en las consecuencias de los hechos voluntarios. Dice Aguiar que "mientras que el derecho común consagra el postulado de que el autor de un acto ilícito *stricto sensu* responde, como se acaba de decir, de las consecuencias que ha previsto o que ha podido prever, en el momento de llevarlo a cabo, sin otra limitación que la determinada por la extensión del daño sufrido efectivamente por la víctima, que no puede ser excedida, aun cuando fuese mayor el previsto por el lesionado, a su vez la legislación especial sobre indemnización de los daños causados por delitos criminales y civiles, al mismo tiempo, a que se refieren los capítulos II y III del título VI de la sección II del libro II del Código Civil, prescindiendo de aquel principio, *ha asegurado el pago del valor de un daño material, concretamente determinado*, relativamente su contenido, independientemente de que el delincuente lo haya previsto o no. Se parte de la imputabilidad del autor del hecho delictivo y, establecida ella, su autor responde del daño predeterminado en la ley, sin consideración alguna respecto de la comprobación de la existencia del hecho de haberlo previsto o podido prever".⁶⁴

El abandono de los principios de causalidad en esta cuestión confirma la configuración de una hipótesis de "indeterminación de las consecuencias jurídicas" de las normas en juego. Sin embargo también obliga a concluir que si el sistema de equidad que impone nuestra legislación ha eliminado esas indudables restricciones de la potestad judicial para fijar indemnizaciones, que provienen del régimen de los artículos 901 y siguientes del Código Civil, sin duda no es para que el sistema judicial fije indemnizaciones menores que las que debería establecer si acudiese a los principios allí establecidos, ni como principio de limitación de la responsabilidad.

Muchas indemnizaciones no resistirían el menor análisis desde la perspectiva de la causalidad y la previsibilidad de las consecuencias del hecho. Ello es particularmente relevante en materia de incapacidades, pues la fijación de las prestaciones no atiende a la situación producida por el accidente y omite considerar, en concreto, el costo de atención de un inválido y la necesidad de elementos, a menudo superiores a los que cuenta una persona modesta sana, que se requieren y existen en el mercado, para atender correctamente a un discapacitado y aun para permitirle una vida cotidiana de alguna normalidad en su situación.

XVI. En orden a la fijación del valor de la vida humana es el momento oportuno de comentar las conclusiones del juicio "Buffa de Pereira, Pierina Ana c. Vommaro, Luis Juan". Descalificado el fallo comentado en el cap. IX, precedente, por la Corte Suprema, la Excm. Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial dictó un nuevo pronunciamiento en el que se sostuvo, luego

⁶³ Aguiar, Henoch D., ob. cit., pp. 462 y ss.

⁶⁴ Id., p. 463.

de adherir expresamente y reproducir textualmente los enunciados del fallo revocado por la Corte Suprema, que:

"La indemnización debe ser suficiente para atender la superación de la situación económica creada con la desaparición del esposo y padre de los actores; superación que requerirá, necesariamente, del desempeño de alguna actividad retributiva por la cónyuge del extinto y de los hijos desde que terminen los estudios básicos.

"Por supuesto que con la extinción de la vida del jefe de familia se habrán conmovido (por lo menos) los pilares que sustentaron un régimen de vida cómoda para su mujer e hijos, lamentable consecuencia del haberse dado tremenda desgracia. Pero no puede pretenderse que se evite esa modificación del estado de cosas (nivel de vida) mediante la imposición de una condena, al autor del hecho, por cantidad tal que asegure a la viuda permanecer inactivos, durante el resto de su existencia y, a los hijos, mientras que lleguen a la mayoría de edad.

"La edad de la cónyuge amplía las posibilidades en materia de dedicarse a actividades productoras de recursos. Las edades de los hijos no muestran como muy lejana la época en que terminarían aquellos estudios e inicien labores remuneradas o lucrativas.

"Sin dejar de lado aquello de que «un padre o un esposo no constituya para sus hijos y para la cónyuge un capital...», menester resulta valerse de tal grosera comparación a los efectos de poder establecer un monto que sea suficiente a los fines que interesan, teniendo presente lo antes referido en cuanto a posibilidades de desarrollo de actividades por los accionantes.

"Consta en autos que el extinto, don Angel Tomas Pereyra se desempeñaba como «supervisor de calidad y contralor de embarques de mondongo vacuno congelado», para la firma Suteco, S.A. sin relación de dependencia, liquidando su retribución según facturación de servicios prestados, habiendo efectuado el primero de estos servicios el 4-7-72 y percibido desde entonces hasta la fecha en que se accidentara —septiembre 1974— comisiones por un importe mensual promedio de \$ 26.821. Es de advertir que ese importe es el de ingresos sin descontar suma alguna por aportes previsionales, impuestos, etc. ya que todos estos quedaban a cargo del señor Pereyra (inf. perito fs. 135 vta.).

"Ahora bien, para obtener aquel importe, mediante inversión dineraria al 5 % mensual hacía falta un monto de \$ 520.000 aproximadamente. Partiendo de esta suma —para septiembre de 1974— llégase al presente, como equivalente, a \$ 270.000.000 y a un ingreso mensual (al 5 % de interés), de \$ 13.500.000. Estimando que la obtención de tales ingresos y el mantenimiento personal del productor de los mismos (con los consiguientes gastos para actuar en el nivel que implican) originan un gasto del orden del 50 % de aquéllos, tenemos que —para contemplar el 50 % de pérdida originada a su cónyuge e hijos— el monto correspondiente es el de \$ 135.000.000. Con lo que podrán obtener, con la vía de la sola y segura inversión a plazo, al 5 % mensual, un ingreso de \$ 6.750.000 mensuales".

Tales razonamientos, examinados como respuesta al problema planteado, contienen concepciones indudablemente injustas. En primer lugar se olvida el tiempo transcurrido desde el hecho hasta ese fallo, más de cinco años, sin que la familia recibiera prestación indemnizatoria alguna, y en la cual quedó librada a sus propios recursos, y, en su caso a alguna prestación previsional, de cuya insuficiencia —si la hubo— no podemos dudar. En segundo lugar defiere parte de la solución del problema a la mujer y a los hijos del causante.

Desecha así proporcionar un sustento económico análogo al que el difunto les brindaba.

Ratifica el apartamiento de los criterios matemáticos, conclusión a mi juicio absurda, pues si decimos que no es posible computar a una persona como fuente de renta para su familia y ello resulta de algún modo injusto y hasta inmoral, es porque cualquier persona es para los suyos mucho más que eso, y no menos. No es lícita tal afirmación para menguar la indemnización, salvo que se asegure en concreto y de modo suficiente, la "subsistencia" de los damnificados, en concordancia con las expectativas razonables en su situación.

Debe observarse además que a los fines de la fijación de la indemnización se coloca en la hipótesis de destinar el capital resultante a una inversión bancaria a tasas de pizarra y se calcula la renta por ella devengada. Se olvida así que parte de esa renta, a partir de la arraigada distinción jurisprudencial entre intereses puros e intereses compensatorios de la depreciación monetaria, está destinada a sufragar las consecuencias de esta última. Si ponderamos así el resultado con la mira de haber sufragado "lo necesario para la subsistencia" de los reclamantes la conclusión negativa es obvia y queda confirmada si proyectamos tales cálculos desde entonces a la fecha.

Como vemos, la doctrina de la arbitrariedad deberá exigir no sólo que existan relaciones explícitas entre las variables a tener en cuenta, sino que deberá examinar la razonabilidad de éstas.

XVII. Otro factor a tener en cuenta que revela el alcance de la deficiencia de los razonamientos judiciales en la materia se alcanza examinando la jurisprudencia anterior a la implantación del seguro de responsabilidad civil sin límite. Existe una sorprendente coincidencia entre los montos fijados y los topes habituales en las pólizas de cada época. Conversaciones con magistrados en actividad entonces me han confirmado que la fijación de las indemnizaciones en concordancia con lo establecido en las pólizas era el criterio prevaleciente en ese tiempo.

Se trata de una cuestión de extrema gravedad que importa una total subversión de conceptos, cuyos efectos, desgraciadamente quedaron a cargo de los damnificados. En vez de examinar —conforme exige nuestra ley— los daños que en concreto se produjeron para fijar las indemnizaciones que corresponden y que a partir de ellas se efectúen los cálculos actuariales y se desarrolle el sistema de seguro, se subordina el régimen indemnizatorio a las previsiones del seguro —que no respondían a ningún examen de los daños sino, en su caso, a las hipótesis financieras del mercado asegurador—. Y no sólo ello: se limita la responsabilidad del autor del daño a la suma asegurada, que operaba así como factor de intangibilidad de su patrimonio y, por ende, como garantía de irresponsabilidad, todo ello ignorando lo establecido por la ley.

XVIII. Otro de los argumentos repetidos en la jurisprudencia para menguar las prestaciones proviene del carácter futuro y eventual del daño. Es cierto que el accidentado podría haberse muerto por otra causa impensada minutos después del accidente, o que el discapacitado podría haber sufrido mengua en su salud, patrimonio o expectativas de cualquier otro orden.

El abandono de los parámetros de la causalidad, ya explicado, permite desdenar tales cuestiones pues la ley obliga a valorar los daños en concreto, y eso

impone apartarse de los factores extraordinarios que puedan incidir de manera contingente. Se olvida que se está razonando en materia insusceptible de certeza.

“Lo que especifica al método de los saberes prácticos es el carácter no necesario de las conclusiones a que arriba; en efecto, en el caso de este tipo de saber, las premisas del silogismo normativo o estimativo no son axiomas puestos en forma convencional, tal como los sistemas axiomatizados de las ciencias contemporáneas; por el contrario, ellas son el producto de una búsqueda, de una investigación que se lleva a cabo en las cosas contingentes y que difícilmente pueda arribar a premisas necesarias”.⁶⁵

XIX. Todo esto configura un claro ejemplo de la desnaturalización de la prudencia que se ha operado en nuestro tiempo. Como he tenido ocasión de recordar en otra oportunidad,⁶⁶ y tal como ha enseñado Josef Pieper, en los días que corren se tiene por prudente al “que sabe cuidarse de no pasar por el apurado trance de tener que ser valiente; «prudente» es el «táctico experimentado», hábil para eludir la acción del adversario, la prudencia es el recurso de los que quisieran llegar tarde siempre a los momentos de peligro”.⁶⁷

Esa falsa prudencia —según ha enseñado Pieper en esa obra— importa más bien una forma de astucia, y se encuentra íntimamente emparentada con la avaricia. A ella se opone la magnanimidad, que como enseñan Santo Tomás y Aristóteles, gustan de todo lo manifiesto.⁶⁸

La falsa prudencia aquí es tomada como directiva para menguar la indemnización, antes que como juicio de realidad sobre las circunstancias del caso.

XX. Reconocer la naturaleza práctica del saber jurídico extiende los puntos de mira del jurista y sus perspectivas de conocimiento. Admitir la presencia de un problema y la consecuente necesidad de respuesta justa, sugerida por las circunstancias del caso, impide toda deducción *ex lege* y remite a ellas y a todos los saberes aptos para iluminar la respuesta. Como ha mostrado Zuleta Puceiro, esta perspectiva del saber jurídico concibe al ordenamiento “...no como un sistema normativo hermético y autosuficiente, sino como un conjunto de hipótesis problemáticas cuyo alcance es menester dilucidar en cada caso; consecuentemente, su idea del saber jurídico como saber aluvional, nutrido por perspectivas científicas diversas que concurren al análisis y solución de los problemas prácticos, su reconocimiento del carácter central del problema de la decisión y, dentro de ella, de la cuestión de la interpretación”.

“Desde esa perspectiva, a la vez nueva y permanente, el contenido de la solución jurídica escapa al molde estrecho del texto. No resulta admisible, por tanto, la visión ingenua del silogismo práctico configurada por la exégesis y sus numerosos aunque embozados seguidores actuales... La regla ofrece más bien puntos indicadores, fragmentarios, parciales, que ayudan juntamente con

⁶⁵ Massini, Carlos Ignacio, en “El conocimiento práctico-introducción a sus cuestiones fundamentales”, *Prudentia Iuris*, nº 1, pp. 45-46.

⁶⁶ Sentencia dada *in re* “Mastrángelo, María Luisa c. Kaiser Aluminio, S. A. y otros cit., considerando VIII, LL, diario del 18 de mayo de 1982, fallo 80.066.

⁶⁷ Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1976, p. 35.

⁶⁸ Pieper, Josef, ob. cit., p. 55.

otros, al descubrimiento de la solución verdadera —esto es, justa— en el caso concreto. El jurista no puede sustraerse por tanto a la consideración de la totalidad, y para ello necesita el auxilio de la racionalidad en sus más diversas instancias”.⁶⁹

Nuestro enfoque conduce a examinar la cuestión planteada con auxilio de todas las disciplinas idóneas para desentrañar sus verdaderas facetas.

XXI. Comenzamos examinando el aporte que las matemáticas suministran en el caso.

Adelanto desde ya que no pretendo sostener que este tipo de problemas deba resolverse diseñando un modelo de cálculo rígido, válido para todos los casos. No se trata de adoptar métodos matemáticos como ha propuesto para casos análogos, entre otros, Mosset Iturraspe,⁷⁰ sino de emplear instrumentalmente el cálculo al servicio del análisis prudencial.

Por otra parte los cálculos matemáticos o financieros son siempre explícita o implícitamente empleados en este tipo de casos. Por ejemplo cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación razona en la causa “Medina, Sixto c. López, Carlos”⁷¹ diciendo que quebranta el derecho de propiedad la indemnización que colocada a una tasa de interés puro produce una renta superior a los ingresos dejados de percibir, no hace sino emplear el cálculo para descalificar la razonabilidad de la prestación resarcitoria. Análogamente puede emplearse para obtener resultados más precisos, justos y razonables.

No se trata de hacer predicciones válidas para el caso concreto. Las mismas carecen de todo sentido, pues en lo rigurosamente concreto la vida de la víctima no puede fundar cálculo alguno, ya que justamente su fin, la muerte, es la que ha dado origen al problema.

Pero es justamente esa imposibilidad la que genera la necesidad de efectuar una predicción hipotética que induzca a determinar, razonablemente, en qué habría consistido su actividad económica futura y qué beneficios podría haber conferido la misma a los reclamantes.

A los fines propuestos resulta conveniente recordar que la matemática considera a la extensión o a la cantidad como objeto del pensamiento. “La cantidad, en el ámbito de las ciencias matemáticas no es considerada ontológicamente, es decir desde el punto de vista de su existencia real, sino exclusivamente desde el punto de vista —valga la redundancia— cuantitativo. La relación, el orden, la posición, lo cuantitativo, proporcionan la materia prima y la trama en que adquieren vida los objetos del pensamiento matemático...”. La cantidad pura, despojada del lastre de la materia sensible, se transforma en fuente de extraordinaria riqueza para que el espíritu descubra en ellas esencias, propiedades, relaciones y condiciones que son independientes de toda experiencia”.⁷² Es sólo dentro de ese ámbito propio donde la matemática posee

⁶⁹ Zuleta Puceiro, Enrique, en “Razón práctica e interpretación”, *Prudentia Iuris*, n° II, p. 48.

⁷⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. II B, Buenos Aires, Ediar, 1976, p. 175, nota 109.

⁷¹ LL, 1978-D, p. 858, n° 15.

⁷² Ghirardi, Olsen A., *Hermenéutica del saber*, Madrid, Gredos, 1979, p. 49.

la certeza, comprendida según Verneaux en el ámbito de la certeza metafísica.⁷³

En nuestro empleo, la matemática tiene sólo una función instrumental, consistente en establecer relaciones razonables entre los diversos presupuestos que se tienen en cuenta. Es absurdo pretender emplear el cálculo para obtener certeza en la materia, pues operamos con materia insusceptible de certeza. "La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos..."⁷⁴

También Massini ha explicado que "...en la misma medida en que el saber se va acercando a la *praxis* que se realiza siempre en los actos singulares, va disminuyendo la certeza de sus juicios. Por ello, como lo afirma Santo Tomás, es necesario contentarse con una *certeza* sólo probable, con un juicio, aunque inseguro, razonable, sin que pueda alcanzarse, en la gran mayoría de los casos, una certeza como la que se logra en el ámbito de las ciencias naturales o matemáticas".⁷⁵

Los cálculos matemáticos instrumentales no tendrán en estos casos más certeza que la proveniente de la verosimilitud o veracidad de sus presupuestos y de la validez de las relaciones que entre tales supuestos se establezcan.

Integra, por supuesto, el criterio prudencial el no sujetarse en forma rígida a los cálculos actuariales, o las meras relaciones aritméticas, confrontando sus resultados con los precios de mercado de los bienes que también en forma razonable pueden brindar alguna forma de compensación, que dada la pérdida sufrida nunca podrá suministrar un resarcimiento pleno.

Por ello también debe revalorizarse el resultado de las pericias actuariales; sostengo que las mismas no pueden ser desechadas por medio de afirmaciones dogmáticas y que ello importa incurrir en la causal de arbitrariedad, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consistente en omitir la consideración de prueba relevante.

XXII. Los supuestos propios de los cálculos matemáticos provienen del análisis económico de la cuestión. Jueces y abogados suelen eludir la consideración profunda de los asuntos en que entienden, bajo el prisma de la economía. Sin embargo, a menudo sus razonamientos implícitos versan sobre cuestiones económicas, y buceando en sus expresiones es posible rastrear los supuestos del pensamiento de los hombres de derecho en tal campo.

En lo que se refiere a la relación entre derecho y economía es fundamental aclarar nuestros presupuestos. Admitida la natural politicidad de la decisión judicial, debemos ahora referirnos en la subalternación del saber econó-

⁷³ Verneaux, Roger, "Epistemología General o crítica del conocimiento", *Curso de filosofía tomista*, Barcelona, Herder, 1975, p. 141.

⁷⁴ Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, I-II, q. 94 a. 4, Madrid, B. A. C., 1956, t. VI, p. 134.

⁷⁵ Massini, Carlos Ignacio, "El conocimiento práctico, Introducción a sus cuestiones fundamentales", *Prudentia Iuris*, n° I, pp. 44-45.

mico a la política. Como ha enseñado Julio Meinvielle "la economía política ha de servir al buen orden y gobierno de una sociedad constituida políticamente".⁷⁶ Por ello el saber económico iluminará el conocimiento de la realidad por parte del jurista y extenderá el soporte racional de sus decisiones.

Vale la pena referirse, siquiera someramente, a la evolución e importancia del análisis económico del derecho en los Estados Unidos. Según refiere Richard A. Posner, hasta 1960, aproximadamente, esa actividad se limitó en particular al estudio del régimen antimonopolio. A partir de entonces se profundizó ese estudio atendiendo a aspectos "del daño, contrato, propiedad y a la teoría y práctica del castigo, a procedimientos civiles y criminales, a la teoría de la legislación y a la puesta en práctica de la administración judicial".⁷⁷

Uno de los primeros y más fructíferos ámbitos para el desarrollo de los nuevos enfoques del análisis económico del derecho fue justamente el referido a los daños. Posner explica así que si se mira superficialmente la cuestión parecería que los daños suscitados por un accidente no preocuparían especialmente a un economista, pues significan una pura pérdida, están "sumergidos". Explica todo esto refiriéndose a la muerte de una persona causada por un cazador imprudente. En cambio si se advierte la importancia de medir el costo del daño para poder evaluar el significado económico de los costos de su prevención, y aun para precisar el valor persuasivo de la indemnización fijada para que sea evitado por quien lo causa, el pensamiento económico tiene importante papel.

Se pueden advertir la fertilidad de este enfoque y las graves distorsiones que la desatención de los verdaderos bienes en juego causa en esta cuestión. Uno de ellos, ya mencionado, ha sido la subordinación de la decisión judicial a las políticas sectoriales, administrativas o empresarias del seguro. El bien común impone que el sistema de seguro sea eficiente protección de asegurados y víctimas, a partir de los reales perjuicios de éstas. La real ponderación económica de esos datos es supuesto primario de racionalidad del sistema indemnizatorio y de seguro.

Otro aspecto es el persuasivo y el de determinación del costo de los accidentes. Sólo la desconsideración real de ese costo, posible en virtud de que es desatendido al fijar las indemnizaciones, permite mantener enclaves de tránsito de alta peligrosidad o brindar atención médica deficiente. Si las indemnizaciones se establecieran sobre los reales perjuicios alarmarían a los futuros responsables para extremar la seguridad de sus prestaciones que eventualmente pueden generar riesgos indemnizables.

XXIII. También hay que mostrar el papel que compete al derecho comparado en esta materia. Acudir a otros derechos tiene especial importancia en estos casos, siempre que busquemos en ellos instrumentos razonables que nos proporcionen respuestas valiosas a la cuestión. Por ello la comparación tiene sentido desde la perspectiva problemática que proponemos, pues más que com-

⁷⁶ Meinvielle, Julio, *Conceptos fundamentales de economía*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 13.

⁷⁷ Posner, Richard A., *Economic Analysis of law*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1977, p. 13, cap. II y cap. VI.

parar los parámetros legales vale examinar las respuestas concretas que se suministran en este tipo de asuntos. Así, si contemplamos un sistema de indemnizaciones tasadas será necesario estudiar sus puntos de partida y su real significado económico.

Es de gran utilidad acudir al *common-law*, sobre todo cuando ésta razona efectivamente conforme a las pautas idóneas del derecho casuista. Nótese que no propongo acudir indiscriminadamente al derecho anglonorteamericano, sino a investigar los modelos elaborados dentro del *common law*. En el *statute-law* se plantean los mismos problemas que en el derecho continental. A veces se pretende, en algunos Estados de la Unión, superarlos por vía de indemnizaciones tasadas. Otros Estados han vedado en sus constituciones que la legislación establezca topes indemnizatorios en la materia. Ello debe ser recordado aquí a la hora de imponer una legislación que los establezca, pues siempre será menester que los que sean fijados sean razonables y realmente indemnizatorios. En algunos casos las indemnizaciones quedan al arbitrio de los jurados. De allí surgen sin duda algunos montos desmesurados de los que tenemos noticia periodística. Por otra parte, el *common law* ha estudiado en concreto varias hipótesis de indemnización y generado una casuística aprovechable. Así, por ejemplo en un caso he tenido ocasión de acudir al módulo que denominan "costo de la madre sustituta",⁷⁸ que plantea la necesidad de determinar en concreto qué costos debe asumir el jefe de familia para seguir atendiendo a la suya, muerta su esposa.

Por supuesto que los modelos elaborados por el *common law* deben ser corregidos conforme con nuestros hábitos sociales, valores, posibilidades económicas.

Debemos ahora tener presente las reflexiones de Puig Brutau sobre el empleo de la comparación en el derecho. "El hecho de que con una técnica distinta de la que nos es familiar se hallen soluciones a los problemas que se presentan con motivo de proteger un mismo interés social, nos permite vislumbrar las diversas posibilidades de las instituciones jurídicas". Añade luego que "es posible profundizar en el contenido de nuestro propio derecho a medida que también profundizamos y comprendemos soluciones propias de otro sistema jurídico y precisamente cuando se trata de un sistema que ofrece tan fuerte contraste con el nuestro como el derecho anglosajón".⁷⁹

Las características del *common law*, como derecho del caso, determinan que sus soluciones deban originarse en razonamientos análogos a los que debemos emplear nosotros. Por ello su importancia como fuente de criterios aptos para resolver nuestro problema.

No acaba allí el recurso comparatista. Aun dentro de los países de derecho continental se han extendido las posturas que preconizan, como decía Jaime Santos Briz, adoptar "criterios de cierta fijeza". Conocerlos permitirá contar con otras herramientas aptas para dar respuesta justa a este tipo de casos.

⁷⁸ En los autos "Fernández, Ernesto Juan y otros c. Municipalidad de Morón", fallo del 30 de abril de 1982, firme, inédito.

⁷⁹ Puig Brutau, José, "La aplicación del método de comparación al estudio del derecho", en *Estudios de derecho comparado*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 20-21.

XXIV. No es posible concluir este trabajo sin una escueta consideración del problema del daño moral. Su examen detenido exige un desarrollo más extenso que el posible en este contexto, pero se impone considerar la cuestión.

Quiero expresar ante todo que he adherido reiteradamente a la concepción resarcitoria del daño moral. Importante sector de la doctrina nacional lo desdeña, en virtud de un conjunto de argumentos, que giran sobre dos líneas principales: la inmoralidad de pagar un *pretium doloris* y la dificultad de fijar un daño en esa hipótesis.

Con respecto a la inmoralidad quiero traer una reflexión de Santo Tomás de Aquino:

En I-II, q. 38, se ocupa "de los remedios de la tristeza y el dolor", explica que "la delectación es cierto reposo del apetito en el bien connatural, y la tristeza proviene de aquello que es contrario al apetito. Por tanto la delectación es respecto de la tristeza en los movimientos apetitivos lo que en los cuerpos el descanso es respecto de la fatiga procedente de alguna alteración no natural; porque también la tristeza implica cierta fatiga o padecimiento de la potencia apetitiva. Y así como todo reposo del cuerpo es un remedio contra cualquier fatiga que le provenga de alguna causa no natural, igualmente la delectación es un remedio para mitigar toda tristeza, cualquiera sea su procedencia".⁸⁰

Creo que la cuestión queda esclarecida sin mucha posibilidad de discutir. Si es lícito mitigar la tristeza con la delectación, no se comprende la ilegitimidad moral de suministrar recursos para obtener deleites razonables que mitiguen el sufrimiento causado.

Menos se comprende que si alguien puede suponer que haya en ello alguna inmoralidad, ésta deba ser considerada en el ámbito del derecho.

No debe olvidarse que conserva vigencia el principio enunciado por Paulo: *non omne quod licet honestum est*, pues el derecho se ocupa de suscitar una mínima moralidad, la que exige la buena convivencia.⁸¹

Advertimos que la exigencia de imponer a las víctimas la necesidad de soportar el daño moral, que algunos pretenden mantener en nombre de la ética cristiana, más bien se vincula con principios estoicos y con una moral de axiomas absolutos. Explicó Maritain que "en la raíz de la ilusión estoica está la absolutización de la virtud moral. Como hemos advertido era buscar lo suprahumano en aquello que es, por esencia, la medida de la acción humana, se refiere a la acción humana en sí y califica al sujeto humano específicamente, era buscar lo suprahumano en lo que de sí está centrado sobre lo humano. La ética misma en verdad, es algo humildemente humano, laborioso, paciente, prudente, que mide con la regla de oro de la razón, un medio de las relatividades humanas y pesa grandes y pequeñas cosas en la balanza de un perito en diamantes. Los estoicos han querido hacer de ella algo sublime: la gran

⁸⁰ Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, I-II, q. 38 a. 1, Madrid, B. A. C., 1956, t. IV, p. 887.

⁸¹ Santo Tomás de Aquino, ob. cit., I-II, q. 96 a. 2., Madrid, B. A. C., 1956, t. VI, p. 180.

sacerdotisa de la deificación del hombre, ocupada de separar los elegidos de los reprobados y de lanzar la condenación sobre la masa de los insensatos".⁸² El mismo Maritain señala que el epicureísmo "aportó una contribución valiosa a la filosofía moral" consistente en la revaloración del placer. No se trata de exaltarlo a sumo bien, sino de "infligir un mentís al orgullo estoico" y de dar a la delectación su lugar en la vida espiritual.⁸³ Lo tiene sin duda, a mi juicio, para confortar al dolor.

No parece entonces lícito invocar principios éticos para negar la reparación del daño moral y limitarla exclusivamente a los casos de agravio moral. Ello significa hacer soportar a la víctima el costo de mitigar su sufrimiento, o llanamente hacerle soportar estoicamente sus penurias.

La concepción punitiva del daño moral conduce además a eludir la valoración objetiva de su reparación, pues la cuestión se ve exclusivamente desde el ángulo del ofensor. Si se supera ese criterio y se examina en profundidad el tema, contemplando la reparación desde todo punto de vista, la respuesta del sistema jurídico a estos problemas será más justa. El mismo tiene especial relevancia en materia de daños a la persona, pues toda lesión —sobre todo si requiere un lapso prolongado de curación— suscita daño moral, mayor aún por supuesto si genera secuelas. Es obvio mencionarlo si consideramos el caso de muerte de un ser querido. En algunos casos de indemnización por muerte el resarcimiento sufraga casi totalmente ese tipo de perjuicios. Por ello es fundamental ahondar estas perspectivas al examinar la cuestión planteada.

Tiene enorme riqueza en este *quid* la reflexión de los hermanos Mazeaud: "cabe oponer dos categorías de perjuicios morales. Los dos están unidos a un perjuicio material. Así, aquellos que afectan a lo que puede llamarse el aspecto social del daño moral alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración. Igualmente, los otros están exentos de toda mezcla. Así, los atentados contra los sentimientos morales y religiosos. Asimismo los atentados contra la parte afectiva del patrimonio moral, cuando lastima a una persona en sus afectos, por ejemplo el dolor experimentado por el hecho de la muerte de una persona amada. Sin duda, la muerte de un ser querido puede implicar para aquellos que lo lloran, un perjuicio material; pero ese perjuicio es muy distinto de su pesar. Cuando el perjuicio moral está unido a un perjuicio material, al conceder la reparación al segundo, se le concede al primero. Por el contrario, cuando el perjuicio moral es distinto de todo perjuicio material, se plantea la cuestión de saber si la víctima puede obtener la reparación de aquél".⁸⁴

La distinción efectuada lleva a valorar especialmente la conveniencia y justicia de tener una comprensión amplia y equitativa de los daños materiales, para mitigar justamente tanto los perjuicios de esa naturaleza como los referidos al daño moral que puede asociarse al daño material. Mas bien, aunque se trate de un sutil matiz, advertimos que antes que asociarse el sufrimiento

⁸² Maritain, Jacques, *Filosofía Moral*, Madrid, Morata, 1966, p. 86.

⁸³ Ídem, p. 96.

⁸⁴ Mazeaud, Henri Léon et Jean, *Derecho Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E. J. E. A., 1961.

a un daño material, es la reparación generosa de éste que mitigará en parte las penurias suscitadas por el hecho dañoso.

Así, por ejemplo, si a un lisiado grave o a un paralítico le suministramos un medio de movilidad, ¿no reparamos de algún modo ambos aspectos? ¿O preferimos acudir al *statu-quo ante* y si carecía de vehículo dejarlo sin él? Que trepe a los colectivos y trenes con sus muletas o su silla de ruedas. Advirtamos a la vez que el Estado exonera de impuestos y en algunos casos subsidia la adquisición de vehículos a los discapacitados. ¿Cómo entonces vamos a omitir la consideración de su precio al fijar una indemnización a cargo de quien lo ha lesionado culpablemente causando su incapacidad?

XXV. Esta forma de razonamiento debe conducir a elaborar una casuística, una serie de tipos indemnizatorios, a esbozar modelos de prestaciones resarcitorias para los diversos casos.

¿Qué bienes hay que suministrar para que una familia tipo subsista, conservando su condición económica, muerto su jefe? ¿Cuál es el costo de atender a los suyos para un viudo? ¿Cómo atendemos a un paralítico? ¿Qué importancia tiene su situación familiar: padre, madre, hijo con padres a cargo? ¿Se advierte que en los casos de incapacidades graves las indemnizaciones menudas transfieren la solución del problema al núcleo familiar?

Esa tarea, cuyos puntos de partida están en la forma de razonamiento propuesta, es necesariamente obra de una labor colectiva. Se trata de una cuestión opinable y por ello, el intercambio de puntos de vista esclarece sus aspectos oscuros y permite ajustar criterios y superar problemas. También por ello el enfoque pluridisciplinario de la cuestión enriquece las perspectivas de su examen. El economista deberá suministrar datos sobre las consecuencias económicas de la incapacidad y sobre la incidencia de la muerte de las personas en las posibilidades de quienes dependen de éstos.

Los médicos y psicólogos deberán ilustrarnos sobre los modos y posibilidades de recuperación de los discapacitados. También nos mostrarán las necesidades sanitarias y de salud mental de las familias desequilibradas por un accidente. El sociólogo deberá indagar, más allá de la *notitia rerum* que todos tenemos, sobre los hábitos más comunes en materia de asistencia familiar y sobre las consecuencias de los accidentes en los ámbitos laboral y familiar. El aporte estadístico y actuarial en este tipo de cuestiones puede suministrar datos de singular valor.

XXVI. Cabe efectuar además una especial reflexión sobre la labor del abogado. La formación de abogados con una mentalidad positivista y materialista, sin conciencia sobre los fines del derecho y sobre los valores en juego en cada acto de ejercicio profesional tiene en este campo graves consecuencias. Por una parte la desconexión teleológica y axiológica, fruto del razonamiento deductivista los divorcia del problema que deben plantear. Si es arbitraria la sentencia así construida la pretensión articulada por abogados con esa concepción, en este género de cuestiones, es infundada. A menudo se omite reclamar rubros que serían pedidos por iletrados: no se pide ni la pierna ortopédica para el amputado, ni la silla de ruedas para el paralítico. No se trata de ejemplos arbitrarios sino de omisiones concretas que he advertido en demandas

promovidas en cuestiones en las que me ha tocado intervenir. Las omisiones en lo que respecta a invocación y prueba de hechos son muy relevantes. En algunos casos y aunque no medie duda alguna sobre la responsabilidad de los demandados por existir condena penal, a pesar de omisiones tan notorias se tiene noticia de pactos de cuota litis que alcanzan a los límites máximos del arancel. El servicio de justicia que se presta en semejantes hipótesis es de una deficiencia preocupante.

Es por todo eso que la labor del abogado resulta fundamental para modelar soluciones en el marco propuesto. Para que se constituya la trama de puntos de vista, la profundización que la cuestión exige, hace falta debate, intercambio de criterios. Ellos deben ser traídos al juicio por los abogados. Vale recordar ahora las explicaciones de Antonio Hernández Gil, que nos ha expuesto que “la valoración llevada a cabo por el abogado consiste en esencia, en constatar y resaltar las vibraciones justificativas de la solución pretendida, visto el caso en y desde el conjunto ético-social fundante y circundante. Equivale a contemplar nuestro problema no reducido a los concretos alojamientos normativos, sino además en el terreno de los fundamentos y de los fines, que no es un modo de eludir lo normativizado sino un modo de comprenderlo en su profundidad y en su historicidad. Se trata, en definitiva, de buscar un sentido al caso y éste lo alcanza desde el punto de vista de los valores. Para ello es preciso verle en su plenitud concreta, tal como ha irrumpido y se ha desarrollado, con sus implicaciones y adherencias, sin descuidar ninguna faceta de su peripecia humana. Sólo entonces estamos en condiciones de comprobar cómo responde a los troqueles estimativos...”⁸⁵

Para cumplir su misión el letrado debe cumplir con esas pautas y ejercer su labor argumentando concretamente en sustento de la pretensión de su parte y esbozando ésta con fundamentación explícita en razonamiento, invocación de hechos y prueba adecuada.

XXVII. Como tiene explicado Zuleta Puceiro, la moderna actitud científica hacia el derecho se caracteriza por el “abandono del carácter práctico de la ciencia del derecho, la actitud de neutralidad ante el problema valorativo y frente a las necesidades de justicia concreta, la vocación estrictamente descriptiva en la tarea científica, la adoración dogmática del texto legal y la confusión entre las realidades de la ley y el derecho”.⁸⁶

Esa mentalidad esteriliza la función ordenadora del sistema jurídico y desacredita el derecho como fuente de soluciones justas. Para superarla no basta con la mera adopción de puntos de partida filosóficos contrarios a los supuestos del materialismo positivista, ni siquiera adherir sólo afectivamente a valores de superior trascendencia. Es necesario que esas concepciones inspiren posturas activas que permitan restaurar el sentido de la tarea de los nombres de derecho. Ello tiene escenario principal en todo lo referente al método jurídico y a la interpretación. No sólo para la corrección del orden normati-

⁸⁵ Hernández Gil, Antonio, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, p. 131.

⁸⁶ Zuleta Puceiro, Enrique, *Razón práctica y codificación*, citado por Montejano en ob. cit. nota 87.

vo, sino de modo muy principal, para hacer del ordenamiento jurídico vigente una herramienta eficaz para la concreción de lo justo.

Con razón afirma Montejano que es menester “retomar las notas esenciales de las tesis jurídicas clásicas; afirmación del carácter práctico de la ciencia del derecho, actitud de compromiso respecto a la realización concreta de la justicia junto con la recuperación de la finalidad moral y del fundamento de lo jurídico; . . . adecuada comprensión del carácter instrumental en los textos legales, concepción plural de las fuentes (causa formal extrínseca), lo que implica la ruptura del monopolio legislativo y la admisión de diversos niveles de concreción normativa; finalmente, discernimiento de la analogía existente entre la ley (expresión del derecho normativo) y el derecho. Pero la afirmación doctrinaria no basta —agrega Montejano— porque la moderna actitud científica es solidaria con la mentalidad social «juridista» presente en gran cantidad de hombres de derecho de nuestro tiempo. Para renovar los sistemas jurídicos es, pues, también necesario superar esa mentalidad”.⁸⁷

Si el presente trabajo logra poner de manifiesto los errores metodológicos que suscitan las graves incoherencias de los criterios indemnizatorios de los daños a la persona, y si posibilita su superación, habremos contribuido —al menos respecto de estas cuestiones— a que esos puntos de partida iusfilosóficos —que son los nuestros— iluminen la solución del problema planteado.

HÉCTOR PEDRO IRIBARNE

⁸⁷ Montejano, Bernardino, *Ideología, Racionalismo y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, p. 203.

LA JURISDICCIÓN NAVAL MILITAR EN EL RÍO DE LA PLATA (1748-1895)

SUMARIO: 1. *Determinación de los cuerpos legales que rigieron en la jurisdicción naval.* — 2. *Las ordenanzas navales de 1748.* — 3. *Las Ordenanzas Generales de la Armada Naval de 1793.* — 4. *La Marina de Guerra española en cuestiones relacionadas con la represión de los delitos se rigió por las ordenanzas de 1802.* — 5. *Su convalidación por obra de leyes patrias.* — 6. *Hasta el año 1817 rigió en el país la ordenanza española sobre corso del año 1801.* — 7. *En las cuestiones náuticas los gobernantes argentinos no precisaron las ordenanzas españolas a cuya aplicación aludían.* — 8. *Las faltas disciplinarias del personal naval y las infracciones a las ordenanzas fueron consideradas faltas al servicio y juzgadas de acuerdo con las ordenanzas de 1748. Esta jurisprudencia varió al sancionarse los códigos militares de 1894.* — 9. *Organización de la jurisdicción marítima bajo el régimen español.* — 10. *Las cortes navales.* — 11. *Causas que tienden a explicar por qué durante la época independiente no se constituyeron tribunales navales para juzgar infracciones de carácter delictual con carácter permanente.* — 12. *Hasta la presidencia de Sarmiento la República Argentina no tuvo una escuadra permanente. Disposiciones adoptadas por Sarmiento para organizar en forma estable la escuadra de mar.*

1. Con relación a los ejércitos de tierra no se ha planteado el problema de la determinación de cuáles fueron las ordenanzas generales que rigieron en España durante el período pre-independiente, con relación a nuestro país, y en el tiempo que siguió a nuestra emancipación política, pues esas ordenanzas fueron las que mandó observar Carlos III en 1768.¹

En cambio, no ocurre lo mismo con referencia a la Armada de Guerra, en razón de que hubo varias ordenanzas generales en materia naval² y de que ellas tuvieron por razón de su contenido una competencia limitada, razón por la cual es necesario exponer el ámbito de aplicación de cada una de ellas.

¹ *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*; Madrid, Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, 1768 (ALMIRANTE, JOSÉ, *Bibliografía Militar de España*; Madrid, 1878, 578).

² Ver TANZI, HÉCTOR JOSÉ, "La justicia naval militar en el período hispánico" en: *Revista de Historia de América*; México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1976, nº 67-68. Este distinguido autor expresa en otro de sus documentados estudios: "En jurisdicción de la marina, también se dictaron normas especiales que reemplazaron paulatinamente las leyes castellanas y las irreguladas formas del período de la conquista. Las leyes de Indias otorgaron competencia para juzgar a la gente de la flota a los almirantes de ellas. (*Recop.*, IX, XV, 2, 21 y 76) y se tenía mandado que la justicia común no interviniera en las causas de la gente de mar y guerra (*id.*, IX, XV, 75). Hubo también para los embarcados reglas especiales: en 1606 Felipe III dio las *Ordenanzas del Océano*; en 1717, en tiempos del Ministro Patiño, se redactó una Instrucción sobre diferentes puntos que se han de observar en la marina con fuerza de ordenanzas, que intentó ordenar la dispersa legislación en la materia. En 1748 se publican las *Ordenanzas de S. M. para el gobierno militar, político y económico de su Armada Real*, que son las que introducen un cambio substancial, como que establecieron los consejos de guerra para

2. Para el régimen de la Armada española se dictaron a partir de mediados del siglo XVIII varias ordenanzas generales.

La primera de ellas es la Ordenanza Naval de 1748, cuya importancia radica en que en ella se estableció que los matriculados en la Marina Real gozarían de la jurisdicción privativa militar "en el conocimiento de sus causas civiles y criminales a sus respectivos jefes con inhibición de los demás tribunales y el privilegio exclusivo de la pesca y navegación en cuanto baña el agua salada", como se disponía en el título 3º del Tratado X de la expresada ordenanza.³

De estas ordenanzas de 1748 el Tratado V es el que se refería a la parte jurídica y judicial, pudiéndosela calificar hoy con criterio moderno como un código de faltas y de disciplina para el personal navegante.⁴

Como juicio crítico acerca de estas ordenanzas reproducimos el parecer de Zaffaroni y Cavallero quienes expresan que "De las Ordenanzas de la Armada de 1748, inspiradas en los precedentes españoles y en las Ordenanzas francesas de 1689, redactadas por el capitán de navío Joaquín de Aguirre y Oquendo, se ha dicho que resultaron superiores a los modelos que le inspiraron e incomparables con los precedentes que utilizaron, asegurándose que fueron la primera legislación militar, propiamente dicha, que ha habido en España (Montes I, p. 113). Bajo el epígrafe 'De la disciplina y materias de justicia' agrupaba la ordenanza cinco títulos dedicados a la política y disciplina en los buques; a los individuos y casos sujetos a la jurisdicción de marina; al consejo de guerra criminal; a los crímenes que deben examinarse en consejo de guerra y penas que les corresponde; y, finalmente, al modo de sustanciarse las causas de los oficiales de guerra de la armada. El título II reservado, como queda dicho, a la jurisdicción, establecía que quedaban sujetos al fuero de la armada, en el orden penal, todos los que prestaren servicios en ella, sea cual fuere el cuerpo a que pertenecieren, los obreros de construcción y armamento de las naves, y toda la gente y matriculados de mar. Las penas con que se conminaban las correspondientes figuras delictivas eran las de muerte, castigos corporales, etc., distinguiéndose la índole y gravedad de la pena según la condición del juzgado. El procedimiento se regulaba con cierta minuciosidad, otorgándose garantías al imputado, entre las que merece destacarse la de pro-

entender en las causas de los aforados desde tropa a oficiales (tratado V). Notables fueron también las *Ordenanzas Generales para la Armada Naval*, publicadas en 1793, muchos de cuyos artículos y disposiciones se reproducen en las reglamentaciones navales modernas de las armadas americanas. En 1802 vio la luz la *Real ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S. M.* derogada pocos años después (en 1806)" (TANZI, HÉCTOR JOSÉ: *El derecho militar indiano. Importancia, contenido de la materia y estado actual de la investigación*, Academia Nacional de la Historia, *Memoria del III Congreso Venezolano de Historia del 26 de septiembre al 1º de octubre de 1977*, Caracas, 1979, III, 274).

³ La ley 1, título 7, Libro VI de la *Novísima Recopilación* de 1805 reproduce en extracto al insertar la Real Cédula del 8 de marzo de 1793 las disposiciones de las Ordenanzas Navales de 1748 en lo referente a la determinación del fuero naval con carácter privativo o exclusivo.

⁴ *Tratado Quinto de las Ordenanzas de la Armada de 1748*; Madrid, Imprenta de Miguel Givesta, 1878.

veerle de defensor, lo que es tanto más meritorio si se tiene en cuenta que las referidas *ordenanzas* se dictaron en época en que en otras legislaciones europeas, los procesados no poseían más garantía que el caprichoso y amplísimo arbitrio de la autoridad militar o corte marcial. No obstante, el órgano juzgador, el consejo de guerra, no tenía obligadamente que fundamentar sus fallos, pero la sentencia requería dictamen del auditor, quien proponía al comandante general la aprobación o el disenso. En este último caso la causa se elevaba a la resolución del Consejo Supremo de Guerra. Las causas de oficiales de la armada, civiles y criminales por delitos comunes, eran juzgadas por el comandante general, previa consulta con el auditor, y apelables para ante el Consejo Supremo de Guerra". ^{4 bis}

3. La organización definitiva de la Armada Real se llevó a cabo durante el reinado de Carlos III y por la iniciativa de los Valdez y Mazarredo que navegaban sobre la estela del emprendedor Marqués de Ensenada.

Mediante la Real Cédula despachada en Aranjuez el 8 de marzo de 1793 con actuación del Secretario del Despacho Universal de Marina, el Bailío Don Antonio Valdez, se mandó observar la primera parte de la recopilación que se estaba preparando, comprensiva de la gobernación militar y marinera de la Armada en general y de las fuerzas embarcadas, que apareció con la denominación de *Ordenanzas Generales de la Armada Naval* cuya edición oficial dividida en dos volúmenes apareció impresa en el año de 1793 por las imprentas de Ibarra y la Real, respectivamente, después de siete años de meditaciones de su autor, el ilustre Mazarredo, las cuales se reputan tan sabias como famosas.

En la Real Cédula promulgatoria de estas ordenanzas se dejó consignado expresamente que ellas no se referían a la organización jurídica de la Armada, lo cual se expresaba al decirse "...observen y hagan observar cuanto queda instituido sobre esta parte primera de ordenanzas generales de la Armada Naval, sin embargo, de cualquier ley contraria siguiéndose entendiéndose por las que rigen actualmente las materias de justicia y demás partes de los cuerpos militares y otros ramos de marina que no comprende hasta que se verifique su nueva recopilación como lo tengo dispuesto".⁵

Ahora bien, la anunciada recopilación de las ordenanzas navales no llegó a publicarse, salvo la primera parte que queda indicada. Posteriormente, en 1805, al aparecer la *Novísima Recopilación*, en el Libro VI, título 7, se insertaron disposiciones referentes al servicio de marina, fueros y privilegios de los matriculados, con un título (el 8º) dedicado al curso marítimo.

De haber llegado a su término la Nueva Recopilación para Indias destinada a reemplazar a la que entró en vigor en 1680, se hubieran incluido preceptos sobre la materia, pero como la ley del nuevo código indiano que estaba preparando Manuel José de Ayala no llegó a su término, pues sólo se mandó

^{4 bis} ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; CAVALLERO, RICARDO JUAN, *Derecho Penal Militar. Lineamientos de la Parte General*; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas "Ariel", 1980, 174-176, § 162.

⁵ *Ordenanzas Generales de la Armada Naval*; Madrid, Imprenta Real, 1793, II, 573.

observar parte de su primer libro, nada podemos decir de su contenido en relación con la materia estudiada.

El contenido o materia propia de las ordenanzas de 1793 está relacionado con el régimen y organización de las flotas y navíos destacados para la carrera de las Indias. De esta compilación que para nada se refería a la penología aplicable al personal naviero, ya fuera en cuanto a delitos o faltas que pudieran cometer, los tratados más importantes son el V y el VI, que se referían respectivamente al régimen disciplinario y económico que debía imperar en los bajeles estando tanto en puerto como en navegación, en tiempo de paz como en estado de guerra.

4. No obstante esa insuficiencia de las fuentes de conocimiento podemos propiciar la hipótesis muy presumible de que con el transcurso de los años la Corona y sus consejeros áulicos variaran de parecer y pensarán por tanto llenar el hueco legal en materia punitiva criminal para el personal naval con los capítulos 32 a 36 de la ordenanza naval que se mandó observar en 1802.

Y así ocurrió, en efecto. Por Real Cédula expedida en Barcelona el 18 de septiembre de 1802 "se mandó todo lo establecido en la nueva ordenanza naval inserta en ella y comprensiva de 36 títulos en que se resuelve todo el servicio a bordo de los buques de guerra aboliendo cuanto se hallare con antelación instituido directa o indirectamente en contrario".⁶

La represión de las infracciones de carácter delictual cometidas por el personal perteneciente a la Armada de Guerra española fue contemplada en los títulos 32 a 36 de la *Real Ordenanza Naval para el servicio de los baxeles de S. M.* del año 1802, siendo impresa por la Imprenta Real en Madrid el año indicado. Su contenido se refiere a los siguientes tópicos: título 32: "De los juicios criminales", título 33: "De las penas extensivas a oficiales de guerra", título 34: "De las penas por delitos comunes a tropa y marinería embarcada", título 35: "Penas a la tropa por delitos que le son particulares" y título 36, que es el último, que trata lo relacionado con las penas a la marinería por delitos que le son especiales.

En la Real Cédula promulgatoria de esta ordenanza, expedida en Barcelona el 18 de septiembre de 1802, se consigna una disposición que merece ser comentada. Por lo general los cuerpos legales como son los códigos y leyes generales con efecto de tales, destinados a reemplazar ramas enteras de la legislación en vigor contienen una cláusula por la cual se produce la novación jurídica de las anteriores disposiciones por las nuevas que se dictan con el objeto de que los preceptos anteriormente en vigor ya legales y especialmente consuetudinarios dejen de tener validez jurídica. El sistema indicado, que es el común, fue aceptado como queda transcripto por la Real Cédula de 1793 mandando poner en vigor las *Ordenanzas Generales de la Armada Naval*. En cambio, en la citada Real Cédula de 1802 se acepta otro régimen desde que se dispuso "...continuando en vigor lo que anteriormente se practicaba y estaba

⁶ *Novísima Recopilación*, Libro VI, título 7, ley 14, nota 12.

dispuesto sobre los puntos de que no trata mientras Yo no haga publicar las innovaciones que tenga prevenidas".⁷

5. La vigencia en el país de estas ordenanzas fue especialmente dispuesta por el *Estatuto Provisional* de mayo 5 de 1815 (Sección VI, cap. 1º, art. 2) y por el *Reglamento* del 3 de diciembre de 1817 (Sección VI, cap. 1º, art. 1) sin la individualización correspondiente, pues en la primera de las disposiciones legales citadas se preceptuaba que regirían "las disposiciones de la ordenanza de Marina que actualmente rige, en todo lo adaptable a las actuales circunstancias del Estado". En el *Reglamento* de 1817, por su parte, se estatuyó: "En todo lo respectivo a las fuerzas de mar se observará la última ordenanza de Marina en todo lo adaptable a las actuales circunstancias del Estado", por lo que prácticamente se reiteraba lo ya dispuesto en términos similares.⁸

6. Por falta de la indicación adecuada por parte de los gobiernos patrios se presenta también en materia de presas y corso marítimo la indeterminación acerca de cuál fue la ordenanza naval española que se aplicó entre nosotros hasta que se dictó la correspondiente prescripción orgánica. Así, al crearse el Tribunal de presas marítimas el 20 de junio de 1814, en el art. 2º de la resolución respectiva se dispuso que el tribunal que entendería en esa clase de asuntos conformaría sus resoluciones "a lo dispuesto por las Ordenanzas generales y particulares sobre apresamientos y detenciones hasta tanto la Asamblea General establezca en la materia las formas y reglas que sean de su soberano beneplácito".⁹

En atención a que el reglamento sobre corso recién se dictó, y con carácter provisional, el 15 de mayo de 1817, es conveniente determinar a qué ordenanza española sobre corso se alude en esa disposición y ella no es otra que la que se dictó el 20 de junio de 1801, precisamente la que se indica en el art. 14 del decreto de noviembre 18 de 1816 que disponía se continuase la guerra de corso contra los españoles.¹⁰

7. Pareja ausencia en cuanto a la determinación de cuál era la ordenanza naval aludida encontramos en el decreto del Gobernador Interino de la Provincia de Buenos Aires, D. Juan José Viamonte, del 4 de septiembre de 1829, que disponía en su art. 4: "Se procederá, inmediatamente, al desarme de los buques de guerra que no queden destinados al servicio, practicándose esta operación en la forma prescripta por la ordenanza".¹¹

⁷ *Real Ordenanza Naval para el Servicio de los baxeles de S. M.*; Madrid, Imprenta Real, 1802, 506.

⁸ *Registro Nacional de la República Argentina que comprende los documentos expedidos desde 1810 hasta 1873*; Buenos Aires, Imprenta "La República", 1879, § 787 y 1144.

⁹ DOMÍNGUEZ, ERCILIO: *Colección de Leyes y Decretos Militares concernientes al Ejército y Armada de la República Argentina. 1810 a 1896. Con anotaciones de derogaciones, modificaciones, etc.*; Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1898, I, 143.

¹⁰ *Registro Nacional de la República Argentina...* cit.; § 1012.

¹¹ *Registro Nacional de la República Argentina...* cit.; § 2329. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares...* etc.; I, 487.

La determinación en éste y otros casos de cuál era la ordenanza referida era indispensable, pues, como queda aludido, en esta materia a diferencia de lo que ocurrió con los reales ejércitos, hubo varias ordenanzas en vigor. Es deplorable que no se hiciera la discriminación del caso determinando individualmente cuáles eran las ordenanzas navales españolas a las cuales o a la cual se consideraba en vigor o se ratificaba su vigencia legislativa. Esta deficiencia en la determinación de tales ordenamientos la encontramos también en obras de especialistas, como por ejemplo en la del Dr. Ramón Ferreyra que fuera Fiscal de Estado, Procurador de la Corte Suprema del Gobierno de la Confederación Argentina, luego Procurador del Tesoro y primer profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien se limitó a consignar al respecto: "rigen las ordenanzas generales, con algunas modificaciones de reglamentos".¹²

Como excepciones a esta falta de determinación a fin de precisar cuáles fueron las ordenanzas navales españolas que rigieron en las aguas jurisdiccionales argentinas podemos citar la reglamentación para el pago del personal embarcado en los buques de la Armada Nacional aprobada mediante el decreto del 29 de diciembre de 1880, que expresa en su art. 1: "El pago de haberes a las tripulaciones de los buques de Escuadra se hará por medio de oficiales habilitados elegidos en cada buque conforme a lo prescripto en el Tratado VII, título 4 de las Ordenanzas Generales de la Armada".¹³ Otra individualización concreta de las disposiciones legales dictadas por la Madre Patria que debían respetarse por la Armada Argentina fue determinada recién en el art. 1 del decreto del 5 de febrero de 1881 que disponía: "El Jefe del Estado Mayor se ajustará a la iniciación y secuela de las causas del fuero de marina a lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 8 del título 3º, Tratado V de las Ordenanzas Generales de la Armada".¹⁴

8. En materia naval, a diferencia de lo ocurrido en los ejércitos de tierra, en los que desde la primera época comenzaron a actuar los tribunales militares y aun los llamados juicios de tambor como en el caso de Liniers y luego en el de Álzaga, las cortes navales no tuvieron actuación.

Como contada excepción puede citarse lo sucedido a raíz de la derrota de Azopardo en el combate ocurrido frente a San Nicolás el 2 de marzo de

¹² FERREYRA, RAMÓN, *Derecho Administrativo General y Argentino*; Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, 231.

¹³ *Registro Nacional de la República Argentina*...cit.; § 11.790. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; II, 661.

¹⁴ *Registro Nacional de la República Argentina*...cit.; § 11.853. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; III, 14. En el art. 1 del decreto citado hay un error de cita y reenvío, pues todo el Tratado V, título 3 de las *Ordenanzas Generales de la Armada Naval* se refiere a los cambios de guardia y control de orden que debía reinar a bordo de los bajeles de S. M. Católica. En cambio, la cita es exacta si recurrimos a las ordenanzas de la Armada de 1748, pues en el Tratado V, título 3 de ellas, que se ocupa "Del consejo de guerra criminal", y en los artículos citados por el decreto de 1881, se indican las reglas de procedimiento para prevenir en las causas que competían al fuero de la marina, como puede comprobarse recurriendo al *Tratado Quinto de las Ordenanzas de la Armada de 1748* (Madrid, 1878, 133, 136 y 155).

1811 que motivó la formación de un consejo de guerra que puso de relieve el heroico comportamiento del mencionado jefe argentino.¹⁵

En una oportunidad infortunada como la ocurrida en el año 1833 cuando fuerzas británicas tomaron por la fuerza el establecimiento de Puerto Luis obligando a la goleta "Sarandí" a alejarse del lugar, ese descalabro no fue juzgado como acción naval, ya que se aplicaron, por el consejo de guerra que se formó, las disposiciones de las ordenanzas de los ejércitos de 1768.¹⁶

El Teniente Coronel José María de Pinedo fue procesado por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales que se constituyó en Buenos Aires por haber arriado el pabellón nacional sin oponer la resistencia debida al ser ocupado Puerto Luis en las Malvinas por la fragata inglesa "Clío" el 3 de enero de 1833. El Ministro de Guerra y Marina mandó formar la causa que debía estar en estado de ser vista en seis días, designando instructor al Coronel de Ejército al servicio de la Marina D. Francisco Lynch y al Auditor de Marina Dr. Rafael Macedo Ferreyra. Pinedo designó como defensor al General Tomás Guido que se excusó de aceptar, admitiendo el cargo el General Félix de Alzaga. Dispuso la sentencia: "Habiéndose recogido los votos, resultó visto el proceso seguido contra el teniente coronel José María Pinedo, comandante de la goleta de guerra «Sarandí» para esclarecer la conducta militar que observó en su derrota y comisión a las Islas Malvinas, permitiendo en ellas arriar ignominiosamente el Pabellón de la República, y enarbolar el de S. M. B. sin hacer respetar el honor y el crédito de la Provincia; y habiéndose hecho relación de todo, oída la defensa de su procurador, el general Félix de Alzaga, el dictamen y conclusión fiscal y teniendo en consideración las circunstancias que mediaron, el Consejo ha condenado y condena al referido teniente coronel José María Pinedo a la privación absoluta de su empleo; y se hará saber en el orden general del Ejército". Firman la sentencia condenatoria el General Celestino Vidal, los Coroneles Paulino Rojas, Ramón Rodríguez, Manuel Olazábal, Victorino Llorente, Nicolás Martínez Fontes y Bonifacio Ramos. Se excusó por razones de trabajo el Inspector y Comandante General de Armas D. Elías Galván. Ese mismo día, 14 de febrero de 1834, la causa se elevó al Ministerio de Guerra y Marina y el día siguiente el Auditor General, Dr. Insiarte, se expidió aconsejando la aprobación de la sentencia. El Ministro de Guerra, Gral. Juan Ramón Balcarce por resolución del 7 de marzo de 1834 modificó el pronunciamiento del Consejo de Guerra de Oficiales Generales disponiendo: "El Gobierno, fiel ejecutor de la ley, debe hacerla aplicar a todo aquel que falte a ella, pero es deber suyo en materia de gravedad, penetrarse si la que ha dictado contra algún individuo y debe recibir su sanción reúne todos los requisitos que para tales casos previenen las mismas leyes; y observando que en el proceso formado al teniente coronel José María Pinedo se halla: 1º que no se ha cumplido con lo que previene el Reglamento provisorio de 1814 en la sección 6ª, cap. 8º, cuyo mal no se ha subsanado con la medida que se adoptó después (declaración del

¹⁵ CAILLET-BOIS, TEODORO, *Ensayo de Historia Naval Argentina*; Buenos Aires, 1929, 48-52.

¹⁶ *Proceso mandado seguir por orden superior al Teniente Coronel D. José María de Pinedo, comandante de la goleta de guerra "Sarandí". 1833.* Archivo del Consejo Supremo de Guerra de las Fuerzas Armadas, legajo 2, expte. 15.

reo en presencia de su defensor); 2º no haber efectuado el cargo según se previene en el tratado 8º, tít. 6º, art. 10 de las Ordenanzas del Ejército; 3º haberse nombrado un intérprete que no debía, por ser un oficial que Pinedo había dejado preso en ésta a su salida; 4º haberse leído la conclusión fiscal faltando a lo prevenido en el tratado 8º, tít. 6º art. 17 de las prenotadas Ordenanzas; 5º no haberse estudiado los votos según se ordena en el mismo tratado y título anterior, art. 18. El Gobierno, teniendo en vista todo lo anteriormente dicho, y a más de estas consideraciones que se merece el oficial encausado, como también haciendo uso de las altas prerrogativas y facultades que le competen por la misma Ordenanza en su carácter de Jefe Superior de la Provincia, se conforma en su absoluta separación de la marina y se suspende de su empleo por 4 meses, después de los cuales será reincorporado a la Plana Mayor del Ejército permanente”.¹⁷

Pocos son los casos de consejos de guerra que se conocen.¹⁸ Es que en los casos de violación de los deberes militares por parte de jefes y oficiales de la Marina de Guerra, las infracciones no fueron de una gravedad inusitada, por lo cual fueron sancionadas aplicando castigos de carácter disciplinario cuya mayoría consistió en dar de baja al implicado.

A título ejemplificativo citaremos algunos casos.

Por decreto del 7 de febrero de 1888, por razones de mejor servicio, fue separado el Teniente de Navío D. Ramón Cavenago del comando del aviso “Resguardo”.¹⁹

Por haber desertado de la Plana Mayor del vapor “General Alvear” fue separado del servicio de la Armada el Alférez de Fragata D. José Ignacio Igarzábal, según decreto del 6 de octubre de 1888.²⁰

En sanción similar incurrió el Alférez de Navío D. Félix Casanova por ausentarse al extranjero sin licencia. Para separar definitivamente del servicio

¹⁷ RUÍZ MORENO, ISIDORO, “El proceso por la ocupación de las Malvinas” en: *Jurisprudencia Argentina*, 1948-III, sección doctrina, 24/27.

¹⁸ Ver v. gr. PICCIRILLI, RICARDO, *Lecciones de Historia Naval Argentina*, Buenos Aires, 1967, 213. *Defensa del Sargento Mayor al servicio de la Marina Argentina don César Fournier pronunciada por el Coronel Mayor Tomás Guido ante el Consejo de Guerra de Generales. Sumario de la acusación dirigida contra el mismo y apuntes de Ángel Justiniانو Carranza sobre el hecho de la causa*, 1827 (Archivo General de la Nación, Colección Biblioteca Nacional, documento N° 8.500). *Sumario formado contra el marinero Pedro Cechini por insubordinación. Sublevación en la goleta “Once de Septiembre”*. Archivo General de la Nación, *División Nacional, Sección Gobierno, Sumarios Militares, letra “S”, legajo 28, expte. 847* (10.30.2.6). *Causa seguida por intento de sublevación en la corbeta “La Heroína”*, 1820. Archivo General de la Nación, *División Nacional, Sección Gobierno, Sumarios Militares, letras “H-I-J”, legajo 17, expte. 449* (10.29.11.7). *Sumario formado en 1828 contra los sublevados en la goleta “Guanaco”*. Archivo General de la Nación, *División Nacional, Sección Gobierno, Sumarios Militares, letras “S-T”* (10.30.3.1). Sobre este último proceso mencionado véase el ilustrativo trabajo de JULIO ARTURO BENENECIA titulado *Sangre en la Guanaco. Azar y muerte en la Maldonado*, en *Academia Nacional de la Historia, Investigaciones y Ensayos*, Buenos Aires, XXV (julio-diciembre de 1978), 341-358.

¹⁹ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares...cit.*; III, 255.

²⁰ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares...cit.*; III, 305.

de la Armada a dicho oficial se invocó en este supuesto lo preceptuado en la ley de ascensos militares N° 1254, art. 44, i. 5° según el cual perdía el estado militar y sería dado de baja el oficial que se ausentase sin licencia por más de quince días estando en servicio activo.²¹

Al no aceptar sus puestos al tiempo de salir de sus puertos la corbeta "La Argentina" y las cañoneras "Paraná" y "Uruguay" fueron dados de baja los cirujanos afectados a esos buques, lo cual se dispuso en el decreto del 20 de noviembre de 1889.²²

Por abandono de su puesto, desempeñado en una oficina, fue también dado de baja el Teniente de Navío D. Santiago Albarracín, según puede leerse en el decreto del 4 de noviembre de 1893.²³

Sin sumario previo y por simple decreto —del 23 de agosto de 1895— fue exonerado del cargo de Jefe del Estado Mayor de la Marina el Contraalmirante Daniel Solier.²⁴

Cuando la cuestión planteada tomó algún viso de gravedad se designó administrativamente una comisión investigadora a fin de precisar los hechos imputados. Tal ocurrió con la comisión que se designó por decreto del 14 de septiembre de 1892 para investigar las irregularidades y faltas de disciplina en el personal docente de la Escuela Naval Militar puestas en conocimiento del Estado Mayor por el Director de ese establecimiento.²⁵

Como se infiere de los casos relatados, ninguno de los hechos imputados que motivaron la aplicación de las sanciones indicadas eran de carácter criminal o que motivaran la formación de cortes navales.

En la causa que se siguió ante un consejo de guerra integrado por marinos al Jefe del cazatorpedero "Rosales" (Capitán de Fragata Funes, y a su segundo comandante, Teniente de Navío Victorica), nave naufragada en alta mar con ocasión de integrar una división que debía concurrir al puerto de Palos en España con ocasión de celebrarse el cuarto centenario del descubrimiento de América el tribunal imputó a los enjuiciados la comisión de faltas de servicio que fueron sancionadas con suspensión en los empleos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24, tít. 5 de las ordenanzas de 1748, lo cual fue aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto del 4 de mayo de 1894.²⁶

²¹ Decreto del 7 de agosto de 1889 en: DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; III, 346.

²² Decreto del 20 de noviembre de 1889, en: DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; III, 361.

²³ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; III, 573.

²⁴ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; IV, 70.

²⁵ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; III, 467.

²⁶ *Registro Nacional*. Año 1894. Primer semestre; 556. Referencias a este luctuoso suceso, que fue atribuido a un temporal entonces no previsible meteorológicamente como puede ocurrir hoy día, pueden consultarse en MABRAGAÑA, HÉCTOR, *Los Mensajes. Historia del desenvolvimiento de la Nación Argentina redactada cronológicamente por sus gobernantes. 1810-1910*; V, 36-37. FIGUEROA, JOSÉ B., "La Torpedera Rosales", en: *Revista Nacional*... dirigida por ADOLFO P. CARRANZA; Buenos Aires, 1892, XVI, 294-311. En

En cambio, con posterioridad a la sanción de los códigos militares de 1894 la jurisprudencia anotada en materia naval de resolver administrativamente las infracciones de índole no delictual cometidas por el personal de la marina de guerra varió, ya que por decreto del 17 de abril de 1895 se dispuso la formación de un consejo de guerra para juzgar al comandante y a los marineros del vapor "Teuco" por la pérdida del mismo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 13 y 15 de la Ley de organización y competencia de los tribunales militares.²⁷

9. Una jurisdicción diferente tenía la marina con goce de fuero activo y pasivo con la particularidad de que para los matriculados de la Armada Naval no había fueros jurisdiccionales especiales pues las causas de los matriculados de cualquier especie que fueren pertenecían al juzgado de marina instalado en cada distrito o provincia marítima con apelación para ante el Capitán General de cada departamento marítimo y del cual sólo se podía recurrir ante el Supremo Consejo de Guerra y Marina.²⁸

10. Otro ejemplo que puede aducirse como demostrativo de la supervivencia de disposiciones castrenses de la época hispánica es el que se refiere al enjuiciamiento de las faltas cometidas por personal de la Armada.

Los codificadores de 1895 consignaron disposiciones adecuadas en los arts. 9 a 11 y 77 inc. 3º de la *Ley sobre organización y competencia de los tribunales militares* y 376 a 378 del *Código Penal Militar* sobre faltas y consejos de disciplina con carácter general, pues tomándolas de la institución que existía en la Armada Argentina, recogiendo los precedentes de la ordenanza naval española de 1748 que consistía en que en tiempos de paz las faltas menores eran juzgadas correccionalmente por tribunales especiales cuya práctica, como lo reconocía la comisión redactora, había producido buenos resultados, legalizándose así, para el enjuiciamiento de acciones de poca monta contrarias a los deberes militares, el mantenimiento de tribunales disciplinarios para entender en faltas, distintos de los consejos de guerra para prevenir en la represión de actos antijurídicos considerados como delitos.²⁹

este último artículo citado se estudia el hecho desde el aspecto de las inclemencias del tiempo y de la posibilidad de su previsión. El decreto por el que se dispuso la salida de la división naval que comandaba el Contraalmirante Solier es del 4 de julio de 1892 (*Registro Nacional. Año 1892. Segundo semestre*; 118. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares...* cit.; 462). Además de la circunstancia ciclónica de que hizo mérito Figueroa, es de tener en cuenta que antes de partir, el comandante de la Rosales hizo presente a la superioridad que el buque bajo su mando no se hallaba en condiciones de navegabilidad, lo que desgraciadamente resultó exacto. En cuanto a la conducta del jefe y demás oficiales de la Rosales —que fueron los únicos sobrevivientes del naufragio— fue expuesta en forma inteligente y hábil por su defensor, el entonces Capitán de Fragata D. Manuel García Mansilla.

²⁷ *Registro Nacional. Año 1895. Primer semestre*; 647.

²⁸ Consúltese *Novísima Recopilación* de 1805, Libro VI, título 7, leyes I a 3.

²⁹ *Códigos Militares para el Ejército y la Armada de la República Argentina*; Buenos Aires, 1895; 50-51, 63, 64, 70, 76 y 78. MAGNASCO, OSVALDO, *Introducción a los Códigos Militares...*; XVII y XXVI.

Creo que los redactores de los códigos militares de 1894 estaban en lo cierto cuando afirmaban que esos tribunales *ad hoc*, si especiales vigentes en aquel entonces en nuestra Marina de Guerra, eran una adaptación del extranjero, pero no creo que su filiación fuera italiana sino española, como queda consignado.³⁰ En cambio, en la reforma de 1898, se consignaron muy escuetas disposiciones como la contenida en el art. 504 relativa a la normalización de las faltas disciplinarias, lo que motivaría que el respectivo Ministro de Marina, al tiempo de discutirse la ley de reformas al *Código de Justicia Militar* (ley 4708) abogara por el restablecimiento de cortes especiales para entender en el juzgamiento de faltas típicas y leves cometidas por el personal de mar.

11. La explicación de las causales que tienden a fundamentar el porqué durante el siglo XIX no funcionaran en el país tribunales navales para juzgar casos por la comisión de infracciones delictuales previstas por las ordenanzas, puede basarse en dos órdenes de razones: 1) como la Marina de Guerra Argentina ha tenido durante su ya centenaria existencia una actuación ejemplar coronada con los lauros de la victoria, ello contribuye a explicar por qué no tuvieron oportunidad de llenar su cometido las cortes navales; 2) a ello debe agregarse que, hasta la presidencia de Sarmiento, la República no tuvo escuadra en forma permanente. A este respecto es muy ajustado a la verdad histórica lo que expresara el ya citado Dr. Ferreyra al decir: "en cuanto a la Marina de Guerra, la República no ha tenido armada permanente y cuando (la) ha necesitado ha improvisado, diremos, una escuadra como en 1859 y 1861. Después la desarmaba y daba otro destino a los buques arrendándolos, vendiéndolos o en algún servicio nacional, por no soportar los fuertes gastos en estado de paz y hasta hoy se sigue este sistema con excepción de algunos buques armados en guerra que sirven de base de la Escuadra".³¹

12. Las vicisitudes de nuestra Armada en cuanto a su rearme y desarme en la forma afirmada por el Dr. Ferreyra es lo exacto hasta los tiempos de Sarmiento. Después de la guerra contra el Emperador del Brasil, por decreto del 4 de septiembre de 1829 (arts. 7 y 10) fue dispuesto que, de acuerdo con lo establecido en la ordenanza, se procediese al desarme y venta en pública subasta de los buques de guerra que no continuasen afectados al servicio del Estado.³²

Terminado el conflicto entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires, tanto el Gobierno de Paraná —mediante el decreto del 23 de diciembre de 1859— como las autoridades porteñas por su parte —mediante resolución del 2 de enero de 1860— dispusieron el desarme, venta y arrendamiento de los buques a vapor y a vela que no fueran necesarios para la policía de los ríos interiores, conforme lo establecido en los acuerdos internacionales sobre libre navegación de los cursos de agua.³³

³⁰ *Códigos Militares para el Ejército y la Armada de la República Argentina*...cit.; 50 y 70.

³¹ FERREYRA, *Derecho Administrativo*...cit.; 230-231.

³² *Registro Nacional*...cit.; § 2329. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; I, 487.

³³ DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*...cit.; II, 136-137.

A título corroboratorio, es procedente reproducir aquí lo que expresara el Capitán de Fragata D. Héctor R. Ratto en un discurso pronunciado en el Museo Sarmiento hace varias décadas: "En el pasado —dijo el distinguido historiador naval— es cierto, la terminación de la lucha naval significó para sus miembros la baja, la miseria y el hambre. En esta triste afirmación no hay hipérbole alguna, así al término de la guerra contra el Imperio del Brasil pudo leerse en la prensa periódica un aviso que ofrecía en venta casacas, espadas y sombreros de dos picos para que sus dueños pudieran con su producto pagar el retorno a sus hogares. Situaciones análogas se presentaron en 1814, 1828, 1834, 1847 y 1852 al terminar las acciones que habían provocado el armamento de las improvisadas escuadras".³⁴

Las iniciativas del Presidente Sarmiento en materia de organización militar y naval estaban encaminadas —ante todo— al perfeccionamiento de la instrucción del personal de los cuadros, para que éstos llegaran a tener una jerarquía verdaderamente profesional y técnica. Entendía que con ejércitos analfabetos la estabilidad institucional peligraba por cuanto el desorden hacía presa fácil de ellos. Creía que elevando la instrucción de los cuadros el mantenimiento del orden institucional sería su consecuencia lógica, y en una ocasión llegó a afirmar que el espíritu revolucionario moriría el mismo día en que los primeros cadetes llegaran a los grados más altos de la jerarquía militar. Esa jerarquización del personal, respaldada por leyes penales adecuadas, hizo posible una Armada moderna.

GUILLERMO PALOMBO

³⁴ RATTO, HÉCTOR R., *Sarmiento y la Marina de Guerra*. Edición del Museo Histórico Sarmiento, Buenos Aires, 1944, serie II, N° 11; 19. Conferencia leída el 11 de septiembre de 1944.

ESCOLIOS

JUSTICIA Y MISERICORDIA (Reflexiones en las fronteras del Derecho)

"La misericordia auténticamente cristiana es también, en cierto sentido, la más perfecta igualdad entre los hombres y, por consiguiente, también la encarnación más perfecta de la justicia, en cuanto también ésta, dentro de su ámbito, mira al mismo resultado".

(JUAN PABLO II)

"Toda institución jurídica que se ajuste a los principios del derecho natural dispone a los sujetos comprendidos en su régimen para acceder al orden sobrenatural".

(TOMÁS CASARES)

SUMARIO: I. DE PORQUÉ UN SISTEMA LEGAL ES COMO ES. VALOR DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. — II. DERECHO, JUSTICIA Y SUS ANALOGADOS. — III. PLANTEO DEL TEMA. ¿ES SUFICIENTE LA JUSTICIA? — IV. UN CASO PARTICULAR: LA ELECCIÓN DEL COLEGIO EN CASO DE HIJOS DE PADRES SEPARADOS. — V. SUPUESTOS ÚTILES COMO HIPÓTESIS DE TRABAJO: a) *La cuestión del Derecho de Familia.* b) *El privilegio por gastos funerarios.* c) *El privilegio de los créditos provenientes de alimentos suministrados.* d) *Los principios de in dubio pro reo e in dubio pro operario.* e) *El socorro aeronáutico.* f) *Breve intromisión en el Derecho de la Navegación. Asistencia y salvamento. Avería gruesa.* g) *Otros casos.* — VI. LA JUSTICIA Y LA MISERICORDIA EN LA OPINIÓN DE LA IGLESIA. ENSEÑANZAS DE SU SANTIDAD JUAN PABLO II. — VII. JUSTICIA Y MISERICORDIA. — VIII. CONCLUSIONES PARCIALES.

I. DE PORQUÉ UN SISTEMA LEGAL ES COMO ES. VALOR DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La multitud de problemas que acucian al jurista, la vorágine de litigios con que se enfrenta, le impiden detenerse a reflexionar sobre la osamenta del sistema que aplica y lo ordena en convivencia.

La pereza intelectual o el escepticismo sobre las ideas filosóficas, en otros casos, evitan que se piense sobre las bases del esquema jurídico.¹

Un sistema jurídico, o legal específicamente, no nace por generación espontánea ni es una creación arbitraria. Responde a una serie de circunstancias

¹ Este llamado de atención ha sido efectuado antes de ahora por numerosos y calificados juristas. Por citar algunos, podemos recordar los trabajos de CARLOS RAÚL SANZ, "Consideraciones en torno al abuso del derecho", La Ley, 9 de abril de 1981; JORGE MOSSET ITURRASPE, en el prólogo al libro de Carlos Massini, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980; CARLOS IGNACIO MASSENI, *Necesidad y significado para el jurista, del estudio de la filosofía del derecho*, Mendoza, Idearium, 1980.

y se ordena tras determinadas ideas filosóficas. Los sistemas jurídicos se explican por la filosofía que los respalda y, en algunos casos, se destruyen por ella.

En relación a esto, debemos decir, tal como lo ha recordado el doctor Carlos Raúl Sanz, que no puede dejar de reconocerse “el merecido repudio de los juristas ante ciertas filosofías del derecho, que a fuer de coherentes terminan por no explicar el duro y desnudo campo de la actividad concreta de los prácticos”. “Así la reflexión iusfilosófica se torna mera logomaquia o —lo que es más frecuente, por desgracia— vacía expresión de buenas intenciones en boca de quienes ignoran lo que deberían saber”.²

Mas, el verdadero jurista no puede obnubilarse con falsas o estériles filosofías. Los espejismos, lógicamente perfectos y atrayentes a simple vista, son irreales.

Es obligación del jurista penetrar la coraza normativa, llegar al núcleo, aunque eso implique plantearse interrogantes profundos, o lo que resultaría más complicado, replanteárselos.

La filosofía del derecho muestra algunos temas que incitan a planteos novedosos. Uno de ellos, creemos, es el que en esta oportunidad intentamos dar a luz.

Sea éste o cualquier otro, queda dicho que es deber del buen jurista recapacitar sobre las esencias filosóficas que alimentan la estructura jurídico-positiva.

II. DERECHO, JUSTICIA Y SUS ANALOGADOS

No escapan a los interesados por el derecho los problemas que se suscitan a raíz de no poseer un concepto unívoco del término en estudio.

Tanto se ha denominado “derecho” al “arte de lo bueno y equitativo”, a la ley, a la prerrogativa individual, a la voluntad general, al lugar donde se imparte justicia, a “lo que los jueces dicen que es”, etcétera.

Preocupación antigua es la de discernir con precisión el analogado principal de la palabra. Mediante una analogía de atribución, y desentrañando la naturaleza misma de las cosas es como debe hallarse el verdadero sentido.

Lo cierto es que no siempre se consideró correctamente ese analogado principal.

En cierta forma, igual suerte corre la palabra justicia. Así es, ella no fue entendida en igual sentido, ni lo será sin duda.

Históricamente, y saltando etapas, puede recordarse el pensamiento aristotélico. Como se sabe, Aristóteles retoma las enseñanzas de Platón sobre el concepto de justicia y continúa su elaboración. A la idea moral de su maestro le agrega la relación de alteridad (“la justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro”),³ por un lado, y desa-

² SANZ, CARLOS RAÚL, ob. cit., p. 1.

³ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo I. Porrúa, S. A., p. 59.

rolla, por otro, otros conceptos de justicia (natural y legal; distributiva y correctiva).

Receptando vertientes filosóficas diversas, San Agustín elabora (sin proponérselo) una doctrina iusfilosófica con mucho, si no todo, de teología.

La justicia para el Hiponense ya no será la aristotélica, ahora "la verdadera y única justicia plena vive en Dios".

San Agustín es sólo un ejemplo de toda una etapa del derecho. Una etapa en la que esta disciplina era considerada en sentido sacral. Pensamiento emanado de las Sagradas Escrituras y no del *Corpus Juris*. Centrado sobre la idea de Torah, asimilada al *Nomos* y la *Lex* después de la traducción de los Setenta y en la Patrística Griega y Occidental. Línea de pensamiento en que también la justicia era muy diferente de la aristotélica.

Acerca de esto señala Villey que "es suficiente abrir la Biblia para comprender que la palabra justicia (*Zedaka*, que la versión griega de los Setenta traducía por *dikaïosune* y la Vulgata por justicia) está entendida de una manera muy diversa que en Aristóteles". "Ser justo es ser conforme a la voluntad divina, observar perfectamente su ley".⁴

En este ámbito trabaja siglos después Santo Tomás y "redescubre el *dikaion*". Coloca en su justo lugar lo temporal y lo espiritual, revaloriza la importancia del *sum cuique tribuere* pero desde una consideración teológica (Santo Tomás era un teólogo y no un jurista).

Para el doctor Angélico la justicia será "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho".⁵ Un "medio entre las cosas" (*medium rei*); armonía a obtener objetivamente.

De allí en más el concepto de justicia evoluciona, o mejor dicho, involuciona.⁶

⁴ VILLEY, MICHEL, *El derecho. Perspectiva griega, judía y cristiana*. Ed. Gherzi, p. 143.

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, IIa IIae, qu. 58, art. 1, ad. 1.

⁶ Particularmente sugerible es la obra de Massini mencionada en la nota 1, *La desintegración*. . . . Señala Massini que el pensar jurídico moderno tiene ciertos caracteres claros, a saber: racionalismo metódico, sistematismo deductivista, normativismo, abandono del finalismo, perspectiva individualista, carácter revolucionario. En el mismo lugar (p. 101), Carlos Massini trae un "Esquema del pensamiento jurídico moderno" en el que se sintetiza acabadamente la "involución" indicada. Sin ánimo de agotar la temática del "Esquema", al cual me remito, cabe destacar la influencia primordial de ciertos pensadores en los sistemas jurídicos actuales. Así, influye decididamente sobre el pensamiento moderno Guillermo de Ockham, a través de su filosofía Nominalista y su teología voluntaria. Esta línea definirá el criterio de varios pensadores protestantes, tal el caso de Lutero. De esta manera, el sesgo voluntarista en la noción de ley y de contrato estará presente en casi todos ellos. De allí se pasa indirecta o directamente a Grocio, quien a través de Puffendorf, Leibniz, Thomasius y Wolff engendrará los principales exponentes de la codificación decimonónica. En el Código Napoleón será capital la intromisión de Jean Domat. El que, amén de abrazar la filosofía cartesiana, era voluntarista en materia moral. Las consecuencias del pensamiento jurídico moderno, tal como destaca Massini, se observan especialmente en temas tales como el constitucionalismo, la dogmática, el deductivismo judicial, el voluntarismo en los contratos, la preterición de la justicia distributiva, la distorsión del derecho natural.

Toda elaboración jurídica que se precie debe rescatar del farrago las ideas claras. Limpiar la realidad de los objetos espurios es presupuesto para cualquier análisis.

III. PLANTEO DEL TEMA. ¿ES SUFICIENTE LA JUSTICIA?

En lo expresado en el párrafo anterior están las bases del cuestionamiento que propongo: ¿basta la justicia para ordenar la convivencia? No podemos intentar una respuesta sin antes precisar la terminología.

De allí el breve repaso efectuado. Porque si entendemos a la justicia al modo de San Agustín no es desmedido aseverar que la solución será distinta de la que se llegará si partimos de una concepción aristotélica.

Aquí, el concepto de justicia con el que trabajaremos, es el dado por Aristóteles y perfeccionado por Santo Tomás.

Siendo las cosas de esta forma, ¿hay casos en los que la exactitud de la justicia entendida en sentido aristotélico-tomista no es suficiente?, ¿basta la justicia para ordenar la convivencia en miras al bien común?

Y éste es el meollo de la cuestión, éste es el interrogante. Pienso, por mi parte, que deben plasmarse otros valores. Y voy a tratar de fundamentar en el desarrollo de estas ideas tal aserto.

En el ámbito de los derechos patrimoniales la función de los conceptos de justicia distributiva y justicia conmutativa es capital.

La distribución de las cargas y los beneficios conforme al criterio que se meritúe como el más apropiado para el orden de la ciudad, es sin duda suficiente. Y si a este momento distributivo le añadimos un momento correctivo o conmutativo, la armonía estará lograda.

Distribuyamos las cargas, corrijamos los repartos: la ciudad vivirá en armonía y mediante ella los individuos se realizarán en plenitud, convivirán en dignidad. Palabras más, palabras menos, tal la idea aristotélica ¿Errada?, ¿inapropiada? Desde ya que no. ¿Completa? Es lo que se discute.

Inmersos en la esfera del derecho de familia la cuestión no es tan matemática. Entran a jugar valores de diferente entidad. Ya no alcanzarán formas distributivas. Ya la tarea de los jueces no consistirá en corregir desproporciones, será mucho más delicada. Si un criterio judicial de no aceptar el reajuste del saldo de precio en una compraventa puede tener consecuencias serias, ¡qué decir de las derivaciones de una decisión respecto de la tenencia de los hijos!

No parece adecuado, por lo demás, que debamos manejarnos con el concepto de justicia estricta en la órbita de los derechos patrimoniales y con otro orden de valores en el campo del derecho de familia. Sucede que es más ajustado el concepto de justicia referido a lo patrimonial, mientras que la insuficiencia de ella en el derecho de familia se hace patente. Digamos también que el cuestionamiento que efectuamos en esta oportunidad puede canalizarse en dos aspectos. Uno, referido a la materia jurídica específicamente; otro, a la convivencia social. Mas, no creo que haya diferencias sustanciales entre ambos; no

puede arrancarse uno del otro. Sabemos que en derecho, intentar construir "teorías puras" no es más que hacer pura teoría. Por lo tanto, lo que intento aclarar es si en el ámbito jurídico y en la convivencia basta con la justicia estricta.

IV. UN CASO PARTICULAR: LA ELECCIÓN DEL COLEGIO EN CASO DE HIJOS DE PADRES SEPARADOS

Un tema particular en el que puede apreciarse con claridad el problema es el que hace a la elección del colegio de los hijos por padres separados o divorciados. A este respecto, hay una interesante serie de fallos en los que nuestros jueces han decidido dejando de lado esa justicia "mecanicista" que, a veces, suele propugnarse.⁷ Estudiando a fondo el tema, desechando la caparazón legal y obteniendo una adecuada composición de los intereses en juego.

En esa jurisprudencia a la que aludo, puede verse cómo los jueces no se limitaron a aplicar una fórmula: patria potestad + derechos inherentes a la misma = elección del colegio por quien ejerce la patria potestad. Nos enseñan que, en sentido reñido con las ideas matemáticas, dos más dos pueden no ser cuatro si la situación prudencial así lo requiere.

Muchas cosas hay en juego como para que los jueces omitan una respuesta, no sólo los artículos 15 y 16 del Código Civil.⁸ Muchas cosas como para que la sola herramienta de la justicia legal sea suficiente. Ni por pereza intelectual ni por apego desmedido a las normas puede despreciarse lo inapreciable: la personalidad de algún hombre. De poco vale que un principio diga expresamente que la elección del establecimiento educacional al que concurrirán sus hijos, está en manos de quien ejerce la patria potestad, si en la práctica tal solución destruye moralmente un ser al que ya el destino golpeó con la nada afortunada circunstancia de tener un padre y una madre, pero no padres. La ley sentará un principio general, nadie podrá exigir otra cosa. Al juez le corresponderá, en la medida de sus posibilidades, restaurar una vida magullada. Y no sólo con pautas de justicia, he aquí mi tesis, sino por sobre todo una mentalidad teñida de misericordia.

Reconozco que el planteo puede mover a inquietudes y conmocionar a más de uno. Comprendo que el tema no puede tratarse livianamente. Por esto, he de intentar ciertas precisiones.

⁷ En este sentido pueden verse los fallos obrantes en: *El Derecho*, 78-231 y ss.; 19-796; 87-142/143; *Jurisprudencia Argentina*, 1967-III-423; *La Ley*, 10 de marzo de 1981. También los fallos de la sala E de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, del 6/8/76 (R. 209.678) y del 24/8/76 (R. 211.346). De la sala B del mismo Tribunal, los casos sentenciados el 10/11/76 (212.484) y el 9/11/79 (R. 259.150).

⁸ Me parece interesante rescatar aquí el pensamiento de Jorge Mosset Iturraspe quien afirma que "los principios aludidos en el art. 16 son, para esta corriente (se refiere al individualismo), principios de derecho positivo, no de derecho natural". "Se extraen —continúa— por la vía de la abstracción o la síntesis. No hay otros principios que los que se desprenden de las normas legales". Su trabajo, "Derecho sin ley (la costumbre como fuente)", publicado en *La Ley*, tomo 1979-B-321; y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culsoni Editores, Santa Fe, 1980, t. I, p. 83.

V. SUPUESTOS ÚTILES COMO HIPÓTESIS DE TRABAJO

El sistema jurídico positivo argentino muestra, a mi juicio, varios casos en los que puede encontrarse un fundamento al objeto de este trabajo. A tal fin, reseñaré los que considero pertinentes con la finalidad primordial de acercar material suficiente como para emprender posteriores elaboraciones.

a) *La cuestión del Derecho de Familia*

En este ámbito del derecho, ya lo expresé más arriba, la insuficiencia de la justicia estricta resulta visible.

Esto en el caso de la interpretación o aplicación de las normas respectivas. En relación a la forma en que se estructura el sistema, la situación no varía.

Tal como ha dicho Guillermo Borda, refiriéndose a los caracteres del derecho de familia, "ninguna otra rama del derecho está tan directamente influida como ésta por ideas morales y religiosas". "El papel de la voluntad es, en materia de familia, mucho más restringido que en el resto del derecho privado". Destacando además, siguiendo a Castán Tobeñas, que "mientras los derechos patrimoniales se asientan sobre una base de igualdad entre las partes, los de familia, por el contrario, se refieren a relaciones de superioridad y relativa dependencia".⁹

Las peculiares características de las relaciones de familia explican por qué el soporte normativo varía en relación a la esfera patrimonial. Es elemento caracterizador del derecho de familia, al ver de Elías P. Guastavino,¹⁰ la "influencia directa y profunda de la infra y supraestructura moral: con mayor intensidad que en otras secciones del derecho civil se observa en nuestra disciplina la vigencia y la influencia de los sentimientos morales". En idéntica forma, Roberto de Ruggiero señala que "en ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral". "Antes que jurídico, la familia es un organismo ético: de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia...".¹¹

En definitiva, parece claro que las leyes atinentes al derecho de familia han de considerar algo más de lo suyo de cada uno.¹²

b) *El privilegio por gastos funerarios*

La materia de los privilegios es una de las que más dolores de cabeza causa a los juristas. Dentro de ella hay inúmeros temas a considerar, uno más apasionante que el otro.

⁹ BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1955, p. 12, n° 3.

¹⁰ GUASTAVINO, ELÍAS P., *Bien de Familia*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962, p. 34, n° 14.

¹¹ Citado por Elías P. Guastavino, ob. cit., p. 34, nota 94.

¹² Tal como ha expresado Spota, "nuestra ley civil, con frecuencia ha mostrado más preocupación por el aspecto patrimonial que por la persona individual, considerada ésta con prescindencia de si es o no titular de derechos patrimoniales". *Tratado de Derecho Civil*, t. 1, vol. 31, p. 20, n. 25. Esta tendencia que destaca Spota responde indudablemente a un desfasaje ideológico-jurídico producto de filosofías desorientadas o desorientadoras. Producto, en fin, de la "involución" mentada con anterioridad.

A los efectos del trabajo actual me referiré al fundamento del privilegio por gastos funerarios.

Sabido es que se han propiciado varias posturas con el fin de fundamentar la razón de los privilegios. De tal suerte, se ha echado mano a exigencias de equidad, a razones de orden público, etcétera. El doctor Molinario, por su parte, ha afirmado que todo privilegio es una garantía establecida por la ley a favor de determinados acreedores que se han encontrado o podido encontrar en la imposibilidad de exigir seguridades personales o reales.¹³

Considero que el fundamento inmediato no es uno, sino que, por el contrario, cada supuesto responde a circunstancias especiales.

El art. 3880 del Código Civil instituye como crédito privilegiado sobre la generalidad de los muebles, entre otros, a los gastos funerarios (inciso 1º). A su vez, la ley de concursos 19.551 lo prevé en el inciso 5 del art. 270.

Ha dicho Llambías al respecto: "La muerte, que es el hecho humano más trascendente, no podía dejar de contemplarse en la teoría de los privilegios. Para alentar *sentimientos de piedad* ante la muerte, y de *solidaridad humana*,¹⁴ la ley ha favorecido, con un privilegio de grado muy preferente, a los créditos que se originan en la sepultura de los muertos. De este modo los deudos de los fallecidos pueden costear con menores dificultades los gastos que la muerte impone: el favor concedido al acreedor, por este privilegio, es el resultado de *la consideración debida al difunto* y de *la conmiseración por sus deudos*".¹⁵

Nuevamente la ley ha traspasado el umbral de la justicia para contemplar valoraciones diferentes.

c) *El privilegio de los créditos provenientes de alimentos suministrados*

Tal es el caso previsto en el inciso 6 del art. 270, de la ley 19.551, protegido con privilegio general.

A juicio de Saúl Argeri,¹⁶ el fundamento de la norma obedece "a *razones de piedad y humanidad*,¹⁷ en cuanto la preferencia otorgada por la ley persuade otorgar el crédito a quien no lo haría temiendo la insolvencia".

d) *Los principios de in dubio pro reo e in dubio pro operario*

Se ha discutido la fundamentación de la regla del *in dubio pro reo*. Regla reconocida doctrinaria y legislativamente desde antiguo.¹⁸

¹³ MOLINARIO, ALBERTO D., *Los privilegios en el derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1941, nº 26.

¹⁴ La bastardilla es mía. Tiende a dejar de manifiesto a qué conceptos se han echado mano para fundamentar el instituto.

¹⁵ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, p. 662, nº 501.

¹⁶ ARGERI, SAÚL A., *La quiebra y demás procesos concursales*, La Plata, Editora Platense, 1974.

¹⁷ La bastardilla es mía. (Ver al respecto la nota 14).

¹⁸ La Constitución de 1949 recibió este principio en el art. 29, en los siguientes términos: "...En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado...". El art. 13 del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital Federal y Territorios Nacionales observa una redacción casi idéntica. En el orden provincial las normas respectivas hacen lugar al mismo principio.

Por ejemplo, Obarrio aseguró¹⁹ que "la interpretación que conduce a restringir su aplicación (la de la ley penal) en caso de duda o de falta de precisión en sus términos, no sólo es admitida sino que es reclamada por los principios de la equidad y de la justicia misma".²⁰

Mientras que Ricardo Núñez entiende que "históricamente, la admisión del principio *in dubio pro reo* como límite de la interpretación gravosa para el acusado, debe mirarse como un resguardo más de la libertad individual, la que presupone la determinación consciente de la persona frente a la prohibición y a sus consecuencias". "Pero científicamente —agrega Núñez— su lugar se encuentra en el problema de la culpabilidad, aunque transformada la solución de duda en la de error o ignorancia del derecho por parte del autor".²¹

En el plano iusfilosófico creo ver la esencia del axioma en valoraciones superiores a la justicia. La intención del legislador (o constituyente) al plasmar dicho principio no parece ser la de resguardar el *sum cuique tribuere*. Denota una actitud protectora hacia el individuo objeto del proceso penal. Una intención de ayuda que excede la colaboración de la mera virtud de la justicia, previendo las consecuencias dañosas que produciría una solución exenta de un grado suficiente de certeza.

El derecho laboral presenta un supuesto semejante al comentado. Es el que ordena al juez o al intérprete que, entre los varios sentidos posibles de la norma, debe elegir el que resulte más favorable para el trabajador.²² Y va tomado de la mano con la regla de la norma más favorable al trabajador. La que, a diferencia del *in dubio pro operario*, no se refiere a la interpretación sino a la aplicación de la norma.

Se ha buscado justificar el principio, genéricamente, en el carácter tuitivo del derecho laboral.²³

Quiero rescatar la opinión de Bayón Chacón y Pérez Botija, quienes afirman que estos principios interpretativos "son simples postulados, que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o por resoluciones judiciales, se han convertido en criterio de orientación del legislador y del juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para restablecer, con un privilegio jurídico, una desigualdad social".²⁴

Incursionando más allá del matiz protectorio del derecho laboral la idea en cuestión nuevamente nos plantea el interrogante de si sólo se tiene en miras

¹⁹ OBARRIO, MANUEL, *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, Lajouane, 1902, p. 90.

²⁰ Intencionalmente omito toda referencia a la cuestión de si la regla *in dubio pro reo* vale tanto en lo referente a la valoración de la prueba cuanto como principio rector de la interpretación de la ley penal.

²¹ NÚÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires-Córdoba, Lerner, 1976, t. I, p. 208.

²² Ver en nuestro derecho, el artículo 9, párrafo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo.

²³ TISSEBAUM, MARIANO en el *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario Deveali, Buenos Aires, La Ley, 1964, t. I, p. 395. En este lugar leemos: "El citado principio interpretativo, que tiende a solucionar las situaciones de duda en favor del trabajador, constituye una consecuencia lógica del fundamento que inspira al derecho del trabajo, en cuanto sus normas se orientan a la protección de aquél".

²⁴ Citados por Tisseinbaum, ob. y loc. cit.

la justicia o si, de manera más amplia, la tutela del más débil significa la recepción de valores diferentes.

e) *El socorro aeronáutico*

Este instituto consiste, tal como lo explica el doctor Videla Escalada, en "el conjunto de obligaciones que el derecho aeronáutico impone a diversos sujetos en beneficio de quienes con motivo de un accidente sufrido durante el desarrollo de una actividad aeronáutica, se encuentran en precarias condiciones de vida o expuestos a experimentar graves daños en sus personas o bienes, así como también en la determinación de las recompensas que deben pagarse por las ayudas prestadas en aras de esas circunstancias".²⁵

El mismo profesor, al escudriñar en el fundamento del socorro aeronáutico precisa que "se trata de la proyección jurídica de un deber de profundo contenido moral que a raíz del desarrollo adquirido por la aeronavegación ha trascendido el campo en que originalmente estuvo situado, para dar lugar a una penetración en el terreno estrictamente jurídico, proceso que permite apreciar, una vez más, la integración del conjunto de los preceptos de contenido ético".²⁶

f) *Breve intromisión en el Derecho de la Navegación. Asistencia y salvamento. Avería gruesa*

Siguiendo con el intento de presentar ciertas instituciones de diversas ramas jurídicas en las que puede estudiarse la existencia de un fundamento superior al justo, toco ahora el tema en el derecho de la navegación. Reiterando que este repaso es necesariamente muy breve.

En cuanto a la asistencia y el salvamento ha dicho el doctor Luis Beltrán Montiel²⁷ que son, "incuestionablemente, típicos institutos del derecho de la navegación cuya influencia se ha proyectado incluso sobre el derecho aeronáutico". "Se inspiran ambos —dice— en *principios de solidaridad humana* y encuentran su fundamento en los riesgos específicos que acechan a la actividad navegatoria".

Por otra parte, la fundamentación del instituto de la avería gruesa²⁸ ha hallado múltiples elaboraciones y respuestas.²⁹ Conforme cierta opinión, el fundamento estaría en los principios de solidaridad e interdependencia que caracterizan al derecho de la navegación.

²⁵ VIDELA ESCALADA, FEDERICO, con la colaboración de María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Ed. Zavallía, 1979, p. 567.

²⁶ Autor, ob. y loc. cit.

²⁷ BELTRÁN MONTIEL, LUIS, *Curso de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 412.

Recordemos que conceptualmente pueden distinguirse la asistencia del salvamento. Siendo ambos dos variantes del auxilio que un buque puede prestar a otro.

²⁸ Según las Reglas de York-Amberes, versión de 1974, "existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha efectuado o contraído, intencional y razonablemente, algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima".

²⁹ Ver: Luis B. Montiel, ob. cit., p. 432, n. 10. También Osvaldo Blas Simone, "Fundamento de la avería gruesa en el derecho de la navegación", ED, 99-811.

Personalmente, creo que el fundamento último de la contribución en avería gruesa debe buscarse en el postulado de justicia distributiva conforme al cual las cosas salvadas deben compensar las sacrificadas.

No obstante esto, señalo el tema como útil a los efectos de la tarea.

g) *Otros casos*

El ordenamiento jurídico es capaz de sorprender a cualquiera. Infinidad de variantes, gamas y posibilidades. Intrincadas cuestiones que hacen ver al jurista que mientras más profundiza sus conocimientos, más le falta por conocer. ¡Atrapante paradoja la del derecho!

Es así que pueden citarse otros casos que merecerían mayor detenimiento y atención en pos de una respuesta al interrogante que planteamos. En este sentido, creo significativos los supuestos de la representación promiscua de incapaces, la institución del defensor de oficio, y otras tantas. Aspectos que convulsionan los pensamientos acartonados y exigen una cosmovisión amplia, sobrepasando la rigidez habitual. También se me ocurre ahora, la norma del art. 76 de la ley 2393: "Salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo del cónyuge inocente, *a menos que esta solución fuere inconveniente para el menor*; si ambos cónyuges fueran culpables, *el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos*, según las circunstancias del caso".³⁰

Este párrafo sirvió para apuntar algunos ejemplos en los que el sistema jurídico ha dado respuesta a imperativos distintos de la justicia estricta.

Generalmente me apoyé en las ideas de diversos autores, especialistas en cada rama, demostrando así que aún queda mucho por avanzar. Y, por cierto, queda mucho por equivocarse. Porque el análisis no excluye los posibles errores.

VI. LA JUSTICIA Y LA MISERICORDIA EN LA OPINIÓN DE LA IGLESIA. ENSEÑANZAS DE SU SANTIDAD JUAN PABLO II

Desde una posición no jurídica sino pastoral, la Conferencia Episcopal Argentina, siguiendo los pasos de Su Santidad Juan Pablo II, ha expresado con exactitud en el documento "Iglesia y Comunidad Nacional" (del 8 de mayo de 1981) la índole del problema: "La comunidad —han dicho nuestros obispos— se constituye por la acción de todos sus miembros. Aunque haya diversas funciones, todos tienen la responsabilidad de sostenerla y enriquecerla con el servicio de sus virtudes. No bastan actos aislados socialmente buenos. Son necesarias las actitudes permanentes, que es lo que llamamos virtudes sociales. Destacamos la justicia por la cual se ejercen derechos y se cumplen deberes, y se distribuyen las cargas y los bienes conforme a la ley". Concluyendo la idea en estos definitivos términos: "La sola justicia, sin embargo, no es suficiente para regular la conducta de una comunidad".³¹

³⁰ Destaco la parte en bastardilla.

³¹ Conferencia Episcopal Argentina, "Iglesia y Comunidad Nacional", XLII Asamblea Plenaria, 4-9 de mayo de 1981. Claretiana, p. 26, nos. 67 y 68.

No es casualidad que la Iglesia Católica se preocupe por la justicia. La expresión "justicia social" encuentra en la doctrina de la Iglesia su más precioso contenido. Dentro del Magisterio de la Iglesia, la expresión fue usada por primera vez por San Pío X en la Encíclica *Jucunda Sanæ*, dedicada a San Gregorio Magno (a quien se llama "*Publicus justitiæ socialis absertor*").

Desde ese punto de partida hasta la actualidad, pasando por las fundamentales prédicas de *Rerum Novarum* (por nombrar la de mayor notoriedad), el concepto ha alcanzado una trascendencia sin par. La Encíclica del Papa Juan Pablo II, *Laborem Exercens*, ha vuelto a hacernos reflexionar sobre este concepto.

Las injusticias sociales provocaron las manifestaciones de la Iglesia, consolidando un sentido de justicia complementario del sentido clásico.³²

Siguiendo con la tónica de sus antecesores, el Sumo Pontífice Juan Pablo II en su Encíclica *Dives in Misericordia*, del 30 de noviembre de 1980, nos advierte sobre la insuficiencia de la justicia pura.

"La experiencia del pasado y de nuestros tiempos —expresó Juan Pablo II— demuestra que la justicia por sí sola no es suficiente y que, más aún, puede conducir a la negación y al aniquilamiento de sí misma, si no se le permite a esa forma más profunda que es el amor plasmar la vida humana en sus diversas dimensiones".³³

Amor y misericordia que en lenguaje bíblico se superponen. Amor que se hace notar en especial ante el sufrimiento, la injusticia, la pobreza; en contacto con la condición del hombre y su fragilidad moral o física. Misericordia que es definida en el Antiguo Testamento de dos formas principales y con diferencias semánticas de matiz: *hesed* y *rahamim*; y otras expresiones que nos demuestran la riqueza conceptual con que debe entenderse la misericordia divina.³⁴

VII. JUSTICIA Y MISERICORDIA

Entre la justicia y otros valores como la misericordia, el amor, la caridad, hay estrechos puntos de contacto a la par que algunas diferencias sustanciales. Estos extremos han sido estudiados por el doctor Abelardo Rossi, a cuyas en-

³² El doctor Carlos Sanz, en su enjundioso trabajo sobre el contrato y su problemática ("Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato", *La Ley*, 1978-D-945 y ss.), observa en la elaboración del concepto de justicia social por la Iglesia una reacción contra las tendencias maquiavelistas: "A tal punto el mundo post-maquiavelista ha reducido lo jurídico a lo contractual que cuando la Iglesia —desde León XIII— trató de rescatar la dimensión política de la justicia, no encontrando un término moderno adecuado, acuñó aquello de la "justicia social", pues era menester volver a poner sobre el tapete la vieja noción de la justicia distributiva".

³³ JUAN PABLO II, *Dives in Misericordia*. Ediciones Paulinas, p. 52.

³⁴ El Sumo Pontífice nos ilustra respecto de este tema en la nota nº 52 de su Encíclica mencionada (Ed. cit., pp. 19 y ss.). En esta oportunidad señala Juan Pablo II que, por ejemplo, el término *hesed* "indica una actitud profunda de bondad". Actitud que deriva de una fidelidad, incluso hacia sí mismos. "Cuando en el Antiguo Testamento el vocablo *hesed* es referido al Señor, esto tiene lugar siempre en relación con la Alianza que Dios ha hecho con Israel. Esa Alianza fue, por parte de Dios, un don y una gracia para Israel. Sin embargo, puesto que en coherencia con la alianza hecha Dios se había comprometido a res-

señanzas me remito.³⁵ Así, ha observado refiriéndose a la justicia y la caridad que esta última "es cristiana y tiene proyección de eternidad". Mientras que "la justicia es temporal y puede ser pagana".³⁶

La justicia y aquellos valores se diferencian también por su objeto: "el amor se centra en la persona que es, la justicia en los derechos que tiene". En la caridad, en el amor, "persona y objeto se identifican, en la justicia se distinguen". "He aquí pues, toda la diferencia que va entre lo tuyo de la justicia y el tú del amor, entre dar algo y amar a alguien, entre dar lo que al otro pertenece por derecho y darse al otro gratuitamente y por entero como Cristo se dio por nosotros, sin que lo mereciéramos". "Es así que en las relaciones de justicia siempre existe una medida objetivamente determinable, pues el *quantum* de mi obligación me está dado e impuesto por los límites y en la extensión del derecho del otro. En el amor no hay medida; por su propia naturaleza no hay exceso en el amor, porque es una abertura a lo infinito".³⁷

El amor, como impulso unificante y a la vez elevante, en idéntica forma que la justicia, no es proceso unilateral: "Bienaventurados los misericordiosos, porque ellos alcanzarán misericordia".³⁸

Los comunes juicios humanos sobre la misericordia la consideran efectivamente proceso unilateral, manteniendo la distancia entre el que da misericordia y quien es gratificado. De ahí deriva que se intente basar todo en la justicia; liberando "de la misericordia las relaciones interhumanas y sociales".³⁹

La justicia estrictamente entendida puede separar a las personas, la misericordia y el amor, por el contrario, tienden a la unión. Reúnen en lo sublime. Amando, actuando caritativamente, el hombre realiza su fin propio. Se perfecciona en su tránsito terreno. Con la justicia se apunta a integrar ordenadamente la comunidad. En palabras de Juan Pablo II: "Es imposible lograr establecer este vínculo entre los hombres si se quiere regular las mutuas relaciones únicamente con la medida de la justicia".⁴⁰

petarla, *hesed* cobraba, en cierto modo, un contenido legal. El compromiso jurídico por parte de Dios dejaba de obligar cuando Israel infligía la Alianza y no respetaba sus condiciones. Pero precisamente entonces *hesed*, dejando de ser obligación jurídica, descubría su aspecto más profundo: se manifestaba lo que era al principio, es decir, como amor que da, amor más fuerte que la traición, gracia más fuerte que el pecado".

Por su parte *rahamán* ya en su raíz denota el amor de la madre (*rehem* significa regazo materno). Como dice Juan Pablo II, es una variante casi "femenina" de la fidelidad masculina a sí mismo, expresada en el *hesed*.

En los dos términos se muestra el "original aspecto antropomórfico" de la misericordia.

A su vez, el término *hanan* expresa un concepto más amplio. En palabras de Su Santidad, significa "la manifestación de la Gracia, que comporta, por así decir, una constante predisposición magnánima, benévola y clemente".

Mientras que el verbo *hamal* literalmente significa "perdonar (al enemigo vencido)", pero también "manifestar piedad y compasión", y, como consecuencia, perdón y remisión de la culpa. "También el término *hus* expresa piedad y compasión, pero sobre todo en sentido afectivo".

³⁵ ROSSI, ABELARDO "Justicia y Caridad", en *Acerca de la justicia*, Tomás Casares y otros. Abeledo-Perrot, pp. 51 y ss.).

³⁶ ROSSI, ABELARDO, ob. cit., p. 57.

³⁷ ROSSI, ABELARDO, ob. cit., p. 58.

³⁸ Mt. 5, 7.

³⁹ JUAN PABLO II, *Dives in Misericordia* cit., p. 59.

⁴⁰ JUAN PABLO II, ob. cit., p. 61.

Pero la tesis que sustento no implica desdeñar a la justicia, muy por el contrario. Entre justicia y amor misericordioso hay una relación íntima. La misericordia como exigencia de perdón no anula las exigencias objetivas de la justicia. "Un mundo del que se eliminase el perdón, sería solamente un mundo de justicia fría e irrespetuosa, en nombre de la cual cada uno reivindicaría sus propios derechos respecto de los demás; así los egoísmos de distintos géneros, adormecidos en el hombre, podrían transformar la vida y la convivencia humanas en un sistema de opresión de los más débiles por parte de los más fuertes o en una arena de lucha permanente de los unos con los otros".⁴¹

En las relaciones interhumanas la justicia apunta a los bienes materiales, la misericordia a los valores del hombre en cuanto hombre.

Comprendo a la misericordia como un estado superior a la justicia, componentes ambos valores del proyecto supremo de bien común.

"La misericordia se hace elemento indispensable para plasmar las relaciones mutuas entre los hombres, en el espíritu del más profundo respeto de lo que es humano y de la recíproca fraternidad".⁴²

En el acto justo damos al otro lo suyo, lo que le corresponde en justicia. La actitud misericordiosa es entregar al prójimo una parte de nosotros; dar lo nuestro al otro por la excelsa retribución de no obtener retribución.

Si cuando obramos justamente tenemos una conciencia saludable, reconfortada, la acción misericordiosa, el acto de caridad, provoca en nuestro espíritu un impacto diverso: alivio que nos produce la justicia y elevación sobrenatural que conseguimos con el amor.

En los tiempos actuales palpita con singular potencia un deseo ferviente de justicia. Como se ha dicho, en la etapa actual de la humanidad hay apatía de justicia. Existe una inclinación mayor hacia lo justo. Pero así como es evidente, también lo es que se trata de encubrir fines espurios con la cortina de una falsa justicia. Sufrimos a veces una utilización intencionalmente falseada del término. Lo bueno es rescatarlo de ese fárrago para que vuelva a ser en todo momento y lugar un instrumento insustituible para la convivencia armónica.

VIII. CONCLUSIONES PARCIALES

En definitiva, para saber si es suficiente la justicia en el ordenamiento de los vínculos humanos es imprescindible precisar el concepto mismo de esa virtud. En el caso de entender a la justicia como una actitud caritativa, piadosa, fraternal, a la manera de San Agustín, no hace falta decir otra cosa; todo queda allí dentro.

Mas creo que el sentido correcto es el aristotélico.

Ya Santo Tomás tuvo oportunidad de analizar esa confusión agustiniana que atribuía a la justicia el "socorrer a los desgraciados". A juicio del Aquinate, "a la justicia como virtud cardinal que es, se unen ciertas otras virtudes secundarias, como la misericordia, la liberalidad y otras semejantes (...), por lo

⁴¹ JUAN PABLO II, ob. cit., p. 62.

⁴² JUAN PABLO II, ob. cit., p. 60.

tanto, socorrer a los desgraciados, lo cual pertenece a la misericordia o a la piedad, y hacer beneficios liberalmente, lo que pertenece a la liberalidad, se atribuyen, por cierta reducción, a la justicia como virtud principal".⁴³

Siendo así, para lograr una sana convivencia, en algunos casos no alcanzará con ser justo (no al modo de Job sino más bien al de los griegos). Debemos llenar de amor nuestros actos, actuar con el corazón abierto hacia nuestros semejantes.

Pero el derecho, a todo esto, sigue siendo el objeto de la justicia. Sostener que tanto la misericordia como la justicia transitan hacia el bien común no implica la postulación de un derecho sacral. El derecho como objeto de la justicia por un lado; el amor, la misericordia, la caridad, la fraternidad, por otro. Con la única e inmensa semejanza inmediata de movilizarse ambos hacia el mismo fin.

La tarea que en este lugar emprendimos queda inconclusa. De allí que las conclusiones sean meramente parciales; porque el tema solicita nuevas y más profundas elaboraciones.

En contados ejemplos pudimos ver que, tanto en la *praxis* judicial como en el terreno del derecho positivo, suelen aparecer valoraciones diferenciables de la justicia.

Estos dos campos permiten estudiar el tema en forma escindible. Por un lado, encontrando en el ordenamiento positivo las valoraciones mentadas. Por otro, el que consiste en la interpretación y aplicación jurisprudencial, donde los magistrados, intencionalmente o no, acercan a los litigios consideraciones misericordiosas.

Es en este último plano donde las discusiones pueden surgir con mayor fuerza. Aunque no se acepte este recurso judicial, no debe ignorarse jamás que al juez siempre le queda la herramienta de la equidad.⁴⁴

En el ámbito del derecho positivo, y tal como lo enseñara Tomás Casares, "la esencial rectitud de las leyes, la perfección de su formalidad específicamente jurídica, requiere que la asignación de lo suyo a cada uno tenga en vista el supremo fin de la existencia humana, y se constituya bajo una guía *supra jurídica*".⁴⁵

La finalidad es ir más allá de la justicia, pero siempre hacia el bien común.

Ha dicho Casares:⁴⁶ "La comunicación del derecho positivo con el orden sobrenatural que promueva; en los límites de su ámbito y según el modo propio de su naturaleza, un bien común temporal que posibilite y favorezca esa suma perfección de la existencia humana que es su formalidad cristiana, concierne particularmente (...), a la práctica de la Fe y la Caridad".

JULIO MARCELO CONTE-GRAND

⁴³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *IIa IIae*, qu. 58, art. 11, ad. 1.

⁴⁴ Ver por ejemplo el interesante trabajo de Carlos Massini, "El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino", en *El Derecho* 83-843. Lugar donde Massini aclara el verdadero concepto de la equidad y recuerda que Tomás Casares sostuvo que ella era "la última puerta de acceso a la plenitud de la justicia".

⁴⁵ CASARES, TOMÁS, "Plenitud del derecho", en *Universitas*, n° 5, p. 6.

⁴⁶ CASARES, TOMÁS, *ob. cit.*, p. 27.

DOCUMENTOS

EL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

*Alocución del Papa a los participantes
en un curso sobre las
nuevas leyes eclesiásticas
organizado por la Pontificia Universidad
de Santo Tomás de Aquino de Roma*

Deseo saludaros en el Señor a vosotros, amadísimos profesores y alumnos y alumnas todos, que habéis participado hasta ahora en el curso especial que la Pontificia Universidad de Santo Tomás de Aquino ha organizado para profundizar en el nuevo Código de Derecho Canónico. Me es muy grato saludaros hoy directamente, y dirigiros la palabra en latín, lengua en la que está escrito todo el Código. Habéis llevado a cabo con aplicación el trabajo académico, con el que habéis intentado penetrar en un conocimiento más profundo de las leyes del Código promulgado en el pasado mes de enero.

Deseo testimoniar en primer lugar mi grato sentimiento y declarar mi estima a los organizadores y a los participantes en este curso especial. Porque con semejante iniciativa han mostrado entender bien el significado que tiene en estos tiempos la mente del legislador y cuál es la importancia que tiene dentro de sus preocupaciones pastorales, de forma que se estimule y confirme en todas partes un recto conocimiento y conciencia de la misma ley, que comenzará a regir a partir del I domingo de Adviento de este Año Santo Jubilar de la Redención.

Doy gracias a Dios por el gran interés con el que han sido preparados o son preparados en toda la Iglesia cursos similares de renovación canónica a iniciativa de las Conferencias Episcopales o de los obispos en particular, de las Universidades o de las facultades eclesiásticas, de las asociaciones de peritos o estudiosos de Derecho Canónico, e incluso por iniciativa de simples grupos de fieles deseosos de saber cuáles son las nuevas normas universales de la disciplina eclesiástica. La tarea es necesaria por sí misma: no sólo conocer, sino también hacer que todos conozcan estas normas, que nacieron después de tan cuidadoso y largo trabajo de investigación y consulta y que deberán regir en el futuro el ordenado y tranquilo caminar de la vida social del Pueblo de Dios. Vosotros sabéis muy bien que estas normas no son sólo patrimonio de los Pastores de almas o de los especialistas en Derecho Canónico. Pues las leyes de cada sociedad interesan a todos y cada uno: tanto a los gobernantes como a los súbditos. La ley canónica, cuyos principios nacen del mismo derecho divino, y de la teología confirmada por el Magisterio de la Iglesia, exige la misma obligación moral o responsabilidad a todos los fieles de la Iglesia —ministros sagrados, laicos, religiosos— pues una misma ley rige sus derechos y deberes, al mismo tiempo que regula la participación común de aquéllos en la tarea

y en la misión apostólica y misionera de la Iglesia (*Lumen gentium*, 31; *Apostolicam actuositatem*, 2), según la múltiple variedad de carismas y ocupaciones, condiciones y formas de vida entre los fieles (*Lumen gentium*, 7 y 13).

Es tarea de los ministros sagrados —en todos los órdenes y sectores del cuerpo eclesial— ayudar mediante el propio e importante trabajo pastoral a que todo el Pueblo de Dios adquiera el conocimiento y la conciencia de la gran significación y de la virtud salvífica que la ley canónica tiene para la vida de la Iglesia, y a que el mismo Pueblo de Dios comprenda, observe y respete estas normas sagradas con espíritu de amor y veneración. Conviene que los maestros, los estudiosos y los peritos en Derecho Canónico aporten a los Pastores de almas, en trabajos serios, los frutos del estudio y de la investigación y sólidas ayudas para cumplir la nueva ley; estas ayudas deben evitar el uso inmoderado y parcial, al mismo tiempo que aclarar de forma precisa la tarea que conviene que el nuevo Código cumpla como instrumento de disciplina para conseguir de manera recta los fines del Concilio Vaticano II.

Sé con certeza que vosotros pensáis todas estas cosas con atención y que estos mismos sentimientos vuestros y deseos y propósitos son corroborados por el estudio común de estas semanas. Por todo ello invoco para vosotros y para vuestro trabajo el auxilio de Dios Omnipotente y pido por vosotros a María Santísima, Madre de la Iglesia y Espejo de Justicia. Sea para vosotros testimonio de estos deseos y ayuda de estos propósitos la bendición apostólica, impartida muy afectuosamente a los presentes, corporal y espiritualmente.

14 de mayo de 1983.

Notas Bibliográficas

LAS CAUSAS DEL DERECHO, por Rodolfo Luis Vigo (h.), prólogo de Georges Kalinowski, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, 182 pp.

Luego de treinta años de la aparición del libro de Alfredo Fraguero *Las causas del derecho*, se notaba la necesidad de un replanteo del tema, sobre todo a raíz de los muy numerosos aportes y reformulaciones efectuadas dentro del campo de la filosofía de corte clásico. Era necesario receptor todas estas contribuciones contemporáneas y proponer una nueva versión del permanente tema de la etiología del derecho; y decimos que el tema es permanente, porque sólo quien conoce las causas de algo puede tener auténtica "ciencia" acerca de él.

Rodolfo Vigo ha encarado la tarea con intrepidez y solvencia, ajustándose del modo más estricto al pensamiento de Tomás de Aquino, pero teniendo también en cuenta todas las más recientes contribuciones al tema. Puede decirse que el libro de Vigo recoge la auténtica doctrina tomista acerca del derecho, enfocada desde la perspectiva causal; por ello, este volumen se constituye en un breve manual de Filosofía Jurídica *ad mentem Sancto Thomae*.

El libro se inicia con una consideración acerca de las necesarias raíces metafísicas de la Filosofía Jurídica, encarando una vigorosa defensa del realismo metafísico clásico. Pone de manifiesto la indispensable elucidación por la Metafísica de ciertos temas, como el del bien y el del conocer, como supuesto fundamental para la elaboración de un saber filosófico acerca de las realidades jurídicas, ya que, según el A., sin un conocimiento acerca del ente no es posible un conocimiento acerca de lo justo.

A continuación desarrolla el A. la analítica causal del derecho en el primero

de sus analogados, es decir, considerado como conducta justa. Estudia las notas de la conducta que es materia del derecho, concluyendo que ellas son: humanidad, exterioridad y alteridad. Respecto de la causa formal, pone de relieve que, según Santo Tomás, ella radica en la igualdad o proporción que adecua la conducta a los títulos de otro.

Pasando al tratamiento de las causas extrínsecas, Vigo desarrolla todo lo referente a la causa ejemplar, no siempre estudiada por quienes abordan el tema; para el A., la causa ejemplar del derecho como conducta justa es doble: remotamente lo son las normas, próximamente el dictamen de la prudencia jurídica. Pero las normas jurídicas son también causa eficiente moral de lo justo, si bien la eficiencia física corresponde a un acto voluntario, a la voluntad informada por el juicio racional de la prudencia, que pone en la existencia concreta la conducta recta en que el derecho consiste. Por último, desarrolla el A. el tema del bien común político como causa final de las leyes y de las conductas que éstas contribuyen a causar.

Todo lo antedicho se encuentra intrínsecamente vinculado por el A. a los temas del derecho natural y el derecho positivo, de la naturaleza de la ley Eterna, de la estructura del acto voluntario, de la radical politicidad del derecho, etc., es decir, prácticamente a todos los tópicos fundamentales de la Filosofía Jurídica entendida al modo clásico. Por ello y por la fundamental verdad de sus conclusiones, no dudamos en afirmar que se trata de una obra fundamental para la enseñanza de la Filosofía del Derecho y para el conocimiento de todos aquellos que quieran saber lo que el derecho esencialmente es, más allá de sus contingentes concreciones en la vida social de los pueblos.

CARLOS IGNACIO MASSINI

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA ARGENTINA (desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX), por María Isabel Seoane, Buenos Aires, Perrot, 1981, 108 pp.

Este análisis histórico sobre la enseñanza del derecho en la Argentina, desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX comprende un enfoque de las universidades españolas e indianas, en su primera parte, y de las argentinas, en la segunda. Se analiza su génesis y desarrollo, planes de estudio, métodos de enseñanza, grados acordados, base bibliográfica, etc.

En la primera parte se resalta la importancia de la reforma carolingia del siglo XVIII, en la que se extiende marcadamente la influencia de la Escuela de Derecho Natural Racionalista.

En la segunda sección, M. Isabel Seoane indica también la gravitación de diversos profesores y políticos en la enseñanza universitaria de nuestro país, tales como Deán Funes, Escalante, Sáenz (partidario de las ideas de la Escuela del Derecho Natural Racionalista) Somellera, J. M. Moreno, Tejedor, J. V. González (quien dio una orientación positivista-sociológica a la Universidad de La Plata), entre otros. Un sucinto análisis del desarrollo y características de las universidades de Córdoba, Buenos Aires, Tucumán, Santa Fe, Entre Ríos y La Plata, sin omitir señalar la existencia, funcionamiento e importancia de las Academias de Jurisprudencia, permite una visión de conjunto, cuyos principales destinatarios son los estudiantes, según lo expuesto por la misma autora, en su Advertencia Preliminar.

El libro posee la cualidad de ser didáctico, en cuanto al método ordenado de su exposición, lo cual facilita la comprensión del desarrollo histórico de la enseñanza del derecho. La concisión se debe, en parte, a la voluntaria omisión de autores, fechas, nombres, para que "a costa de erudición, ganase en agilidad y fuese fácilmente comprendida".

Hubiera sido tal vez útil, del mismo modo, para los estudiantes, contar con los elementos para realizar un juicio crítico del tema. Señalar en qué consisten los aportes ideológicos fundantes de los cambios y estructura de la uni-

versidad, hubiera permitido esclarecer la verdadera trascendencia de los mismos, y comprender la actual identidad de nuestra enseñanza del derecho.

La reforma realizada en España, durante el siglo XVIII, por Carlos III, es el reflejo del pensamiento ilustrado de la época. El hecho de introducir, además de la enseñanza de un derecho nacional, el aporte de la Escuela de Derecho Natural Racionalista, señala ya un rumbo que, pretendidamente "tomista", se aleja del genuino concepto del "derecho", acuñado por Santo Tomás. En las raíces de este pensamiento racionalista ilustrado, subyace la afirmación de que la razón puede "deducivamente", derivar hasta los últimos postulados del Derecho Natural, a partir de una "naturaleza humana" abstracta e ideal.

En nuestro país, las influencias del viejo continente no dejaron de hacerse sentir. La Universidad de Charcas, asimiló las ideas reformadoras carolingias. En Córdoba, se leían los textos "suarecianos y tomistas"; es de lamentar que esta indicación acerca de la base bibliográfica no se vea acompañada por una explicación de la sensible divergencia que existe entre ambos. Deán Funes ha logrado, según la autora, una "armonía" entre la antigua enseñanza del Derecho Romano y Canónico, y las leyes patrias y las tendencias iusnaturalistas racionalistas, completadas con un perfil historicista. Tal fusión de orientaciones, bien merecería un mayor detenimiento en la explicación de su importancia y significado.

En el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Bs. As. se nota también la absorción de ideas heterogéneas. Sáenz se muestra seguidor de Grocio, y Somellera transita por rumbos benthamianos. Y así como están presentes los elementos racionalista, historicista, evolucionista, lo están también el positivismo legal y el sociológico. No fue de poca importancia la influencia de la ideología liberal y enciclopedista de la revolución francesa. Es así como en la Facultad de Derecho de Bs. As., a "Introducción general al Derecho", se la llamó también "Enciclopedia Jurídica", como si sólo se tratara de yuxtaponer, sin ningún tipo de perspectiva axiológica, diversidad de "datos" sin relación entre sí; como si el

tema de la "justicia", quedara fuera de todo planteo jurídico. El método exegético favoreció esta desvinculación de toda inquietud por la "justicia", reduciendo el "derecho", a su dimensión puramente legal positiva.

Este libro, cuya virtud está dada, sin óuda, por la claridad y concisión expositiva, que permiten una visión de conjunto de la historia de la enseñanza del derecho, cumple, sí, uno de los fines de la actitud didáctica y pedagógica: la facilidad de comprensión; mas deja incumplida otra meta, no menos formativa, cual es la posibilidad de que el estudiante pueda formular un juicio de valor, por sí mismo. Para eso, necesita disponer de los elementos básicos. Se vería claro, entonces, por qué la concepción del "derecho" en nuestras facultades, tiene la característica de es-

tar desligado de toda referencia a "lo justo" y pretende autoafirmarse en una situación autónoma, sin parámetros superiores. Sí forma, acaso, nuestra universidad, en no pocos casos, "hombres de ciencia", como dice M. I. Seoane. "Hombres de ciencia", escépticos frente una naturaleza que, a través de su cuádruple orden de causalidad, se nos revela "normativa", delineando pautas muy generales que informan al derecho. "Hombres de ciencia" indiferentes a la "justicia", considerando todo planteo axiológico extrajurídico, y ciñéndose únicamente a la ley.

Este análisis "lineal", "externo", aséptico, ganaría en profundidad, si se indicara el sentido de las corrientes de pensamiento que forjaron nuestra actual universidad.

SILVIA MÓNICA DE NÁPOLI

Impreso en los Talleres Gráficos de
UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 — Buenos Aires
